

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales



**Vladimir
Fernández Andrade**



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o un aparte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons
Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN edición electrónica: 978-958-8968-90-2

ISBN edición impresa: 978-958-8968-91-9

- © VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE, 2018
 - © Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2018
- Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra
Cra. 18 # 39A-46, Teusquillo, Bogotá, Colombia
PBX: (571) 703-6396, FAX (571) 323 2181
www.ilae.edu.co

Ilustración de portada: Detalle de GUSTAV KLIMT. *Der Kuss*, óleo con laminillas de oro y estaño sobre lienzo, 180 X 180 cm., 1907-08, Österreichische Galerie Belvedere, Viena.

Diseño de carátula, composición y edición electrónica: Editorial Milla Ltda. (571) 702 1144
editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia
Published in Colombia

Al maestro

TABLA DE CONTENIDO

ESTUDIO PRELIMINAR CUATRO INTERROGANTES SUSTANCIALES Y PROCESALES SOBRE EL ARBITRAMIENTO EN COLOMBIA. SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES	15
INTRODUCCIÓN	35
CAPÍTULO PRIMERO UN ASPECTO TRANSVERSAL: LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE	41
Introducción	41
I. El principio de habilitación en el arbitraje: autonomía de la voluntad y pacto arbitral	46
A. Autonomía de la voluntad, contratación administrativa y arbitraje	46
1. Concepto, crítica, contenido y límites de la autonomía de la voluntad	46
a. Evolución del concepto de autonomía de la voluntad	46
b. Críticas a las consecuencias del principio de autonomía de la voluntad en su concepción básica	50
c. Límites de la autonomía de la voluntad	56
2. La autonomía de la voluntad en la contratación de la Administración Pública	59
3. Autonomía de la voluntad y arbitraje	68
B. El pacto arbitral como expresión del principio de habilitación	72

1.	Concepto, naturaleza y contenido del pacto arbitral	73
2.	Modalidades del pacto arbitral: la cláusula compromisoria y el compromiso	80
	a. La cláusula compromisoria	81
	b. El compromiso	87
3.	Breve aproximación al pacto arbitral y al arbitraje en el derecho comparado	90
	a. Argentina	90
	b. Perú	93
	c. Chile	101
	d. Francia	104
II.	Carácter jurisdiccional del arbitraje: el reconocimiento de jurisdicción a los árbitros	106
	A. Jurisdicción y derecho de acción: una visión desde la teoría general del proceso	106
	B. Naturaleza jurídica del arbitraje: la jurisdicción de los árbitros	118
	C. La arbitrabilidad objetiva en el derecho colombiano	129

CAPÍTULO SEGUNDO

UN ASPECTO PARTICULAR: LOS LÍMITES A LA JUSTICIA ARBITRAL EN LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES DEL ESTADO		139
Introducción		139
I.	El arbitraje administrativo en Colombia y, en especial, el arbitraje sobre los actos administrativos contractuales	142
	A. Los actos administrativos y el contrato estatal	143
	1. El concepto de acto administrativo: breve exposición	144
	2. La aplicación del concepto de acto administrativo en las relaciones contractuales de la Administración Pública	151
	B. Evolución de la legislación del arbitraje administrativo en el derecho colombiano	156
	1. Situación antes de la Constitución Política de 1991	156
	2. Situación posterior a la Constitución Política de 1991	160

Contenido

3.	Reglas especiales para el arbitraje administrativo en el nuevo Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012)	169
C.	Posiciones de la jurisprudencia en cuanto a la arbitrabilidad de las controversias relacionadas con actos administrativos	173
1.	Primera etapa: interdicción absoluta de la arbitrabilidad de las controversias sobre actos administrativos	174
2.	Segunda etapa: arbitrabilidad de las controversias sobre los efectos económicos de los actos administrativos	176
3.	Tercera etapa: regreso a la interdicción absoluta de la arbitrabilidad de las controversias sobre actos administrativos	179
4.	Cuarta etapa: interdicción limitada exclusivamente a los actos administrativos producto del ejercicio de potestades excepcionales	189
5.	Un aspecto adicional. La jurisdicción administrativa no es la única competente para estudiar la legalidad de los actos administrativos: el ejemplo de las controversias laborales	194
6.	Recapitulación	198
D.	Utilización real del arbitraje en el derecho colombiano	201
II.	Competencia de los tribunales de arbitramento para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos	205
A.	Interpretación de las normas constitucionales sobre la competencia de la jurisdicción administrativa y sobre el arbitraje	205
1.	Desde el punto de vista constitucional, no es cierto que la única autoridad judicial competente para conocer de la legalidad de los actos administrativos es la jurisdicción de lo contencioso administrativo	206
2.	La Constitución Política no establece un límite material a las controversias susceptibles	

de ser conocidas por un tribunal de arbitramento, puesto que defiere esos límites a la ley	210
3. La existencia de la cosa juzgada constitucional derivada de la Sentencia C-1436 de 2000 no es elemento suficiente para señalar que los árbitros no tienen plena competencia	213
B. Carácter transigible o de libre disposición de las controversias sobre la legalidad y los efectos de los actos administrativos contractuales	214
1. Posibilidad de que los tribunales de arbitramento conozcan asuntos diferentes a las materias transigibles	215
2. El concepto de “asuntos de libre disposición” y la arbitrabilidad de las controversias sobre los actos administrativos contractuales	217
3. Transacción y arbitrabilidad de las controversias sobre los actos administrativos contractuales	219
a. Concepto, importancia y marco normativo de la transacción	219
b. Elementos esenciales de la transacción	221
c. Efectos de la transacción	229
d. Conclusión de las características de la transacción a la luz de la arbitrabilidad de la legalidad de los actos administrativos	230
C. La conciliación de los actos administrativos expedidos con ocasión del contrato estatal como fundamento de la arbitrabilidad de las controversias sobre actos administrativos contractuales	239
1. La conciliación de los actos administrativos contractuales en la Ley 80 de 1993	239
2. Al conciliar los efectos económicos, los actos administrativos desaparecen y son reemplazados por el acuerdo	240
3. Consecuencia: la competencia integral de los tribunales de arbitramento para conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales	245

Contenido

4. Definición de competencias por parte del legislador	251
5. Aplicación de la Ley 1563 de 2012 y 1682 de 2013	252
CONCLUSIONES	253
BIBLIOGRAFÍA	257
EL AUTOR	275

ESTUDIO PRELIMINAR
CUATRO INTERROGANTES SUSTANCIALES Y
PROCESALES SOBRE EL ARBITRAMIENTO EN COLOMBIA.
SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES

1.- En el derecho administrativo colombiano las controversias surgidas de las relaciones contractuales del Estado no constituyen, en cuanto a su conocimiento, un privilegio de la jurisdicción contenciosa administrativa. Precisamente, con el ánimo de garantizar a los asociados la resolución pronta y oportuna de los conflictos derivados de las relaciones negociales del Estado, y con el propósito de mantener la seguridad jurídica necesaria en el tráfico jurídico, la confiabilidad indispensable en las instituciones se ha desarrollado de tiempo atrás en nuestro ordenamiento¹, pero sobre todo acentuado, con la entrada en vigencia

1 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 26 de febrero de 1998, expediente 11.477. "La antigua institución de la jurisdicción arbitral, que LAUBADERE define como aquella por la cual, y por ministerio de la ley, las controversias jurídicas son resueltas, no por los órganos jurisdiccionales del Estado, sino por árbitros que, para el caso controvertido son designados por las partes, fue acogida por la legislación colombiana en diferentes momentos de nuestra evolución procesal, concretamente por el Título XLVII del Libro 2.º del Código Judicial de 1931 (Ley 105 de ese año) y por la Ley 2.ª de 1938, y luego, en forma más detallada por los actuales Códigos de Procedimiento Civil (Dcto. 1400 y 2019 de 1970) y de Comercio (Dcto. 410 de 1971). Por referirse esa normatividad no solo a personas privadas sino también, eventualmente, a actos y conflictos en que uno de los intervinientes podía ser una persona pública, la aplicación de las disposiciones sobre arbitramento a los conflictos de una y otras fue unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia y se cumplió corrientemente en la práctica. Mediante una de estas remisiones expresas (fuera de las analógicas y supletorias) en que el derecho administrativo echa mano de la normatividad civil y comercial, la Ley 4.ª de 1964 sobre contratos administrativos, expresamente reguló la materia de la cláusula compromisoria en dichas convenciones, mediante la siguiente norma: 'Artículo 13.- Las entidades a que se refiere la presente ley quedan facultadas para someter a arbitramento, en los términos de la Ley 2.ª de 1938, las diferencias que se presenten con los contratistas'. Despejando toda posible duda sobre el uso de la institución arbitral en los contratos admi-

de la Constitución Política de 1991², un complejo sistema de justicia alternativa, que en materia de litigios del Estado³, sobre todo los derivados de los contratos estatales, se caracteriza por la incorporación de la cultura de la prioridad en la utilización de mecanismos de solución directa de las diferencias y discrepancias surgidas entre las partes y de la utilización –de ser el caso– de alternativas diferentes a las tradicionalmente judiciales, como las de la conciliación, amigable composición, transacción y cualesquiera otras de las previstas en la ley⁴, sin que de manera alguna puedan ser estos mecanismos objeto de restricciones o limitaciones por la administración o por cualquier interesado, llegando incluso el legislador a prohibir limitaciones administrativas a la utilización de este tipo de instrumentos⁵.

nistrativos, el derecho administrativo colombiano por la norma transcrita no sólo admite la solución arbitral sino que remite a los términos, vale decir al procedimiento y formas en que debe efectuarse el arbitramento, a la Ley 2.^a de 1938, que no es de la órbita de aquel derecho sino de la órbita del derecho comercial. Esta remisión subsiste hasta hoy, y continúa subsistente mientras no haya un procedimiento arbitral específico para los conflictos surgidos de los contratos administrativos. El reenvío a la legislación comercial y civil sobre el procedimiento arbitral se mantiene tácitamente en el artículo 66 del Decreto 150 de 1976 y en el 76 del Decreto 222 de 1983. Este último, además, prescribe que la designación de los árbitros será ‘en la forma prevista en el Código de Comercio’, y en ambos se ordena que ‘el fallo será siempre en derecho’”

- 2 Artículo 116 Constitución Política de Colombia. “... Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derechos o en equidad, en los términos que determine la ley”.
- 3 La Ley 1563 de 12 de julio de 2012 (*Diario Oficial*, n.º 48.489, de 12 de julio de 2012, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1683448>]) consagra una fórmula amplia en materia del arbitraje nacional no reconducible única y exclusivamente a los litigios propios de los contratos. Determina al respecto el inciso primero, del artículo 1.º de esta ley que “... El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice...”.
- 4 Ley 80 de 28 de octubre de 1993 (*Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1790106>]), artículo 68.- De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo del presente Estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción. Parágrafo.- Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.
- 5 *Ibíd.*, Artículo 69.- De la Improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de

2.- En este contexto, se destaca por su utilidad, necesidad y procedencia bajo las consideraciones y fundamentos de nuestro Estado de derecho la figura del arbitramento⁶, la cual, para el caso concreto de los

solución directa. Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales. // Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.

- 6 Véase artículo 116 constitucional, en concordancia con la Ley 1563 de 2012, cit. Ahora bien, en cuanto a su entendimiento material, podemos decir que son Múltiples son las definiciones de lo que se entiende por arbitramento o arbitraje. El artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1.º del Decreto 2279 de 1989, recogido en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, define el arbitraje como un "... mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral...". Otra definición señala que "... es una figura jurídica que consiste en la resolución de las diferencias surgidas entre dos o más personas por un tercero a cuya decisión se someten las partes libre y voluntariamente...". ANTONIO ALBANÉS MEMBRILLO. "El arbitraje y el contrato de seguro", *Revista Española de Derecho de Seguros*, n.º 55, Madrid, julio-septiembre, 1988, p. 64. Otra definición también cercana al derecho de seguros indica que es "... el escenario procedimental al cual las partes contratantes, en desarrollo de su autonomía privada, alternativamente acuden en procura de resolver, con carácter definitivo, sus controversias –potenciales o puras y simples– confiando su resolución a particulares denominados árbitros que, transitoriamente, por imperio de la ley, son investidos de los mismos poderes inherentes a los jueces y magistrados ordinarios (justicia estática). "El arbitraje y la mediación en el derecho de seguros: visión comparada –arquetipos de mecanismos de solución alternativa de conflictos derivados del contrato de seguro–". Ponencia presentada por el Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –ACOLDESE– en el marco del IV Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros del Comité Ibero-Latinoamericano de AIDA-CILA, celebrado en Santiago de Chile en el mes de noviembre de 1995, p. 9. Una visión más global acerca de la definición de arbitraje la encontramos en las siguientes citas: "... es un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basado en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas –por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica– a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria –el laudo arbitral– que ponga fin a la diferencia entre ellas...". LUIS FERNÁNDEZ DE LA GANDARA y ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA. *Derecho mercantil internacional*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995, p. 709; "... Se entiende por arbitraje la institución de una justicia privada merced a la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción de derecho común, con el objeto de resolverlos por parte de individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar...". JEAN ROBER. *L'Arbitrage, Droit Interne, Droit International Privé*, Paris, Dalloz, 1983, p. 3; y "... el arbitraje consiste en la solución de un conflicto por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque adquieren la figura para efectos de adelantar y fallar el proceso que se somete a su jurisdicción, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión...". JULIO BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano*, Bogotá, Temis, 1994, p. 4.

litigios propios de los contratos estatales, fundada en razones de legalidad, planeación y así mismo de autonomía y voluntariedad de las partes, establecidas en los estudios previos que se concretan en el denominado pacto arbitral⁷, permiten dar vida jurídica a la posibilidad de que árbitros habilitados juzguen las diferencias surgidas de la relación negocial del Estado⁸.

3.- El consentimiento emanado de la voluntad de las partes contratantes puede traducirse materialmente en la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato, o en la celebración de un acuerdo, por fuera del texto mismo del contrato estatal, denominado

7 Ley 1563 de 2012, cit. "Artículo 3.º *Pacto arbitral*. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria. En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho. Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral". Las normas derogadas indicaban lo siguiente: artículo 115 de la Ley 446 de 7 de junio de 1998, *Diario Oficial*, n.º 43.335, de 8 de julio de 1998, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1660326>]. *Pacto Arbitral*. El artículo 2.º del Decreto 2279 de 7 de octubre de 1989, *Diario Oficial*, n.º 39.012, de 7 de octubre de 1989, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1764297>], quedará así: "Artículo 2.º Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces". Artículo incorporado en el Decreto 1818 de 7 de septiembre de 1998, artículo 117, publicado en el *Diario Oficial*, n.º 43.380, de 7 de septiembre de 1998, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1831140>], "Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos".

8 Las normas derogadas indicaban lo siguiente: Ley 80 de 1993, cit. Artículo 70.- De la Cláusula Compromisoria. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación. // El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro. // La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia. // Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo. (Original del texto que se cita).

compromiso, en ambos casos, con la fuerza y sustancia necesarias para demarcar el ámbito de acción de los particulares que habrán de resolver los conflictos emanados de la relación contractual principal, a la cual se accede por estas vías extraordinarias⁹.

4.- Esta orientación se deducía sin mayores dificultades de la redacción de los artículos 68 y 69 de la ley contractual del Estado, disposiciones incorporadas en los artículos 226 y 227 del Decreto 1818 de 1998, al disponer precisamente que las entidades estatales y los contratistas debían buscar solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, al acudir a cualquiera de los mecanismos antes señalados, o incorporando en los contratos estipulaciones que privilegiaran este tipo de soluciones, frente a los conflictos y discrepancias que surgieran de la relación contractual.

5.- Esta decisión del legislador, de retomar los senderos de la solución directa y pacífica de las diferencias contractuales, se acentúa en la redacción del artículo 69 del mencionado estatuto, al indicar, que las autoridades, no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales, ni establecer prohibiciones en torno a la posibilidad de acudir al arbitramento, para resolver los conflictos que se presenten en todo lo relacionado con los contratos del Estado. Esto es, se abren todas las posibilidades para que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, acuerden cuando lo consideren, habilitar árbitros para que diriman las diferencias o litigios emanados de la relación contractual.

9 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1436-00.htm>]. “La Constitución de 1991, facultó expresamente a los particulares para administrar justicia en forma transitoria en calidad de árbitros o conciliadores, con la capacidad de dictar fallos en derecho o equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispongan y según las prescripciones señaladas por la ley, como una forma no sólo de descongestionar los despachos judiciales sino de lograr que en forma pacífica las partes pongan fin a sus controversias. En términos generales, el Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de desarrollar los institutos de la conciliación y el arbitramento, como mecanismos alternos de solución de conflictos, teniendo como único parámetro, el conservar la orientación, los principios y valores que inspiran la Carta fundamental”.

6.- De conformidad con las normas constitucionales relativas al ejercicio de autoridad judicial por los particulares (en concordancia con los ya derogados artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993 e incorporados en los artículos 228 a 230 del también derogado Decreto 1818 de 1998, o norma compiladora de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, y hoy el artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012), la acción contractual podrá ser ejercida ante los tribunales de arbitramento, conformados por particulares elevados a la categoría de árbitros, a través de la habilitación, que en ejercicio de la autonomía de la dispositiva efectúan las partes contratantes, para resolver los litigios o controversias que surjan del contrato mismo, o los que se adviertan con posterioridad y que sean de carácter transigible¹⁰. Habilitación esta de carácter solemne, contenida en pactos arbitrales que pueden tener la forma de cláusula compromisoria, o si es del caso, de compromiso.

7.- Esta forma alternativa de conflictos contractuales deriva su existencia de la decisión de las partes, la cual es aceptada y reconocida por la Constitución Política en el inciso cuarto del su artículo 116, como un mecanismo válido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, constituyéndose en este sentido la autonomía negocial¹¹, entonces, es el sustento supremo del mecanismo arbitral; su indiscutible base de carácter material, determinadora de los alcances, limitaciones y, sobre todo, conformadora del ámbito de sus competencias funcionales¹². Indica la disposición que “Los particulares pueden

10 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 8 de junio de 2000, expediente 16.973.

11 La jurisprudencia constitucional ha resaltado el papel determinante, que tiene en este asunto la autonomía de las partes, al ser las únicas con potestad para habilitar el tribunal arbitral por así decidirlo, facultando a los sujetos intervinientes en una relación contractual, de optar por su uso. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294 de 6 de julio de 1995, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-294-95.htm>]; CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 20 de mayo de 1997, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-242-97.htm>].

12 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 27 de junio de 2002, expediente 21.040. “Desde esta perspectiva, la indicación de las materias objeto de arbitramento reviste suma importancia porque esa indicación junto con las pretensiones que en forma específica formulen las partes, al convocar el Tribunal de Arbitramento, respetando el tema o materia arbitral previamente señalado, son las que en lo particular constituyen la competencia del Tribunal, siempre que sean transigibles; y

ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

8.- El principio se retoma así mismo en la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”, al desarrollar el anterior precepto constitucional, sin embargo, la ley estatutaria lo hace bajo la advertencia –en su artículo 8.º– de proclamar como una regla fundamental para la administración de justicia el de la alternatividad de mecanismos para la solución de los conflictos entre los asociados, destacándose entonces, la tendencia a abandonar como vía única frente a la de los litigios, la de la solución jurisdiccional tradicional y aceptándose otras alternativas, entre ellas la de la administración de justicia por árbitros habilitados por las partes dentro de los términos de la Constitución y la ley.

9.- Es así como, en el artículo 13 numeral 3 de esta misma codificación estatutaria, al referirse al ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares, determina que la justicia en Colombia puede ser ejercida –entre otros– por los árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.

10.- Esto es, al elevarse a norma suprema y ser esta desarrollada por la ley estatutaria de la administración de justicia, en el sentido de que las partes de un contrato pueden habilitar árbitros para conformar tribunales tendientes a resolver conflictos con fuerza vinculante y de carácter judicial, en asuntos que puedan ser susceptibles de transacción, se incorpora al ordenamiento constitucional un típico principio negocial, fundamentador de la capacidad constructiva de la autonomía

es a partir de tales pretensiones que se deberá determinar o la congruencia del laudo o su eventual nulidad”.

de la voluntad, como es el de la habilitación consensuada para instituir autoridades y, sobre todo, para determinarles el contenido sustancial de sus competencias¹³.

11.- La facultad de habilitación propia del derecho privado y de las relaciones negociales entre particulares se incorpora en el derecho constitucional de manera general, irrigando en consecuencia absolutamente todo el espectro contractual, incluso el del Estado, lo que permite que el arbitraje a través de tribunales de arbitramento, se desarrolle como un instrumento viable, entratándose de los conflictos que se presenten en las relaciones contractuales de las entidades estatales, de carácter judicial, respetuoso del debido proceso y de los demás derechos fundamentales tal y como acontece en todo proceso judicial¹⁴.

12.- En la perspectiva estrictamente legal, esta es la orientación que las normas reguladoras del arbitramento le otorgan a la institución¹⁵,

13 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO., SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 7 de noviembre de 2002, expediente 21.943. “Esta misma Sala ha sostenido que la importancia de la justicia arbitral radica en el reconocimiento que el Estado otorga a la autonomía de los particulares en la regulación de sus intereses, sin abdicar de su función esencial, y destaca entonces, la naturaleza contractual de la justicia arbitral y de allí la necesidad de una voluntad expresa de someterse a una vía de excepción sustrayéndose de la regla general, voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado. El reconocimiento de la autonomía privada, no es una renuncia a la soberanía del Estado, ni dimisión de sus funciones, ni la cesión del monopolio de la justicia; el Estado apenas faculta, autoriza, patrocina y homologa la actividad de la justicia arbitral, dentro de la cual debe observarse la Constitución y la ley y todas las garantías procesales, que son expresión de orden público jurídico y protección de los usuarios”.

14 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-330 de 22 de marzo de 2000, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-330-00.htm>]. “El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial –en sentido material– y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”.

15 “... La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 29 de mayo de 1969 que declaró exequibles los artículos 1214 a 1227 de la Ley 105 de 1931 y la Ley 2.^a de 1938, expresó que: ‘El arbitramento es una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho...’”.

al aceptarla como una habilitación de árbitros a particulares para que, actuando a través de tribunales por ellos conformados, definan con fuerza de decisión judicial un conflicto entre partes interesadas¹⁶. Se trata en términos de la ley de “un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice” (art. 1.º Ley 1563 de 2012).

13.- Así las cosas, la institución adquiere en nuestro derecho una importancia inusitada no obstante su carácter excepcional, temporal y predefinido por las partes del negocio jurídico, la utilidad que representa en el sistema judicial, por sus diversas características, hace de éste mecanismo una herramienta indispensable en la solución de diferencias que surgen con ocasión de la celebración de un contrato estatal.

14.- La Corte Constitucional¹⁷ ha perfilado las características de esta institución alterna de conflictos, que no obstante la claridad de sus fundamentos y propósitos dentro del contexto de nuestro ordenamiento jurídico, padece de serios problemas que le generan dificultades inevitables en su dinámica y cotidianidad.

15.- Para efectos de este trabajo quiero hacer referencia a cuatro de ellos, de incidencia tanto sustancial como procesal, que se podrían traducir en los siguientes interrogantes: (i) *¿Es competente el juez del recurso de anulación para declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal?*; (ii) *¿Es competente el Consejo de Estado en el trámite del recurso de anulación para declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal?*; (iii) *¿Cuáles son los efectos jurídicos de la declaratoria de nulidad de un contrato estatal?*; y (iv) *¿La justicia arbitral tiene competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contrac-*

16 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 1997, cit., dice sobre el arbitramento que “es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”.

17 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1038 de 28 de noviembre de 2002, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1038-02.htm>].

tuales emitidos en ejercicio de facultades excepcionales?, interrogantes que procuraré responder a la luz de la evolución jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en la materia.

16.- En relación con el primero de los interrogantes, el de si *es competente el juez del recurso de anulación para declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal*, debemos recordar que las nulidades absolutas son sanciones que prevé la ley para aquellos negocios jurídicos que contravienen, entre otros, el orden público y las normas imperativas. Las nulidades absolutas protegen intereses generales y es por esta razón que no pueden sanearse por ratificación de las partes y así lo dispone el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, siendo esto así, las facultades del juez se incrementan pues las puede decretar de oficio.

17.- Los árbitros como cualquier otro juez, por mandato legal, son guardianes de la legalidad del contrato. Ostentan la competencia para pronunciarse sobre la validez de los contratos estatales como si fuesen verdaderos jueces ordinarios. (En este sentido, ver, entre otras, las providencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera siguientes: Sentencia de 4 de abril de 2002, expediente: 20.356; Auto de 14 de agosto de 2003, expediente: 24.344; Sentencia de 25 de noviembre de 2004, expediente 25.560; y Sentencia de 3 de agosto de 2006, expediente 31.354).

18.- De esta forma, en ejercicio del principio de habilitación, las partes a través de la cláusula arbitral tienen la potestad de habilitar a los árbitros para que estos se pronuncien sobre la existencia y validez del contrato celebrado, de forma tal que cuando las partes convienen que todas las diferencias surgidas con ocasión del mismo serán dirimidas por un Tribunal de Arbitramento, por virtud de la ley dicha competencia se extiende a las eventuales nulidades del negocio jurídico.

19.- Precisamente este planteamiento deviene de la línea diseñada entre otras providencias en la Sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 3 de agosto de 2006, expediente: 31.354.

De acuerdo con estas normas, el juez arbitral en materia de estudio sobre la validez del contrato no está limitado a que el punto le haya sido asignado expresamente o propuesto en las pretensiones o en las excepciones formuladas por las partes, dado que el ordenamiento jurídico le otorga los poderes oficiosos necesarios para el efecto, como son los establecidos en los artículos 305 y 306 del C. P. Civil, el inciso 3.º del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo (modificado por el art. 32 Ley 446 de 1998); el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, y el artículo 1742 del Código Civil subrogado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1936.

20.- Los tribunales de arbitramento, así mismo, tienen competencia para pronunciarse sobre la validez del contrato, no sólo como pretensión formulada por el demandante o excepción alegada por el demandado, sino también de manera oficiosa, conclusión a la que se llega con fundamento en las normas constitucionales y legales que invisten a los árbitros de la facultad de administrar justicia como verdaderos jueces para el caso concreto con los mismos deberes, poderes y facultades como ya se advirtió, de los jueces ordinarios, en la realidad constitucional colombiana, los árbitros, así estén habilitados por las partes, son jueces y ejercen jurisdicción, con lo que están por lo tanto sometidos integralmente a la Constitución y a la ley Estatutaria de la Administración de Justicia. La Corte Constitucional, así lo ha reconocido en Sentencia C-431 de 28 de septiembre de 1995¹⁸, cuando dispuso que “Los árbitros obran en forma similar a cualquier juez...”.

21.- Por lo tanto, es posible, que los árbitros decreten de oficio la nulidad, si está plenamente demostrada y en el proceso están presentes todas las partes que celebraron el contrato nulo, es reiterada por el artículo 87 del C. C. A. en la nueva redacción que le dio el artículo 32 de la Ley 446 de 1998.

22.- Esta posición puede ser consultada entre otras providencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, en las siguientes providencias: Laudo Arbitral de 3 de agosto de 2006, expediente 31.354, Municipio de Santiago de Cali vs. U. T. Administración de recursos urbanos-UT. ARU; Laudo Arbitral de 29 de mayo de 2014, Subsección B, expedien-

18 M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-431-95.htm>].

te 46.992, Comisión Nacional de Televisión vs. CEETTV S. A.; Laudo Arbitral de 31 de octubre de 2016, Subsección C, expediente 57.422, Consorcio Aseo Capital S. A. E. S. P. vs. Distrito Capital y U. A. E. S. P.

23.- Respecto del segundo de los interrogantes, el de si *es competente el Consejo de Estado en el trámite del recurso de anulación para declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal*, debemos recordar que el inciso final del artículo 42 de la Ley 1563 de 2010 establece que

la autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el Tribunal arbitral al adoptar el laudo.

24.- De lo allí expuesto se desprende, junto con el análisis de las causales de anulación de laudos arbitrales enlistadas en el artículo 41 de esa misma ley, que el recurso de anulación de laudos arbitrales persigue de manera fundamental enmendar yerros en el procedimiento y no equivocaciones en el juzgamiento, y que por lo tanto el juez que conoce del recurso no puede, por regla general, inmiscuirse en el fondo de la cuestión litigiosa.

25.- De forma excepcional y en los términos del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, en los únicos casos en los cuales el juez que conoce del recurso de anulación puede en forma eventual entrar a resolver sobre el fondo del asunto, son aquellos en los que prosperan las causales octava, esto es, “Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral” y novena, esto es, “Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, pero solo para corregir o adicionar las equivocaciones, según fuere el caso.

26.- Así las cosas, se entiende que únicamente en esos eventos y no en otros, puede el juez que conoce del recurso extraordinario de anulación abordar el fondo de la cuestión litigiosa. Ahora bien, la validez del contrato que sirve de fundamento para el ejercicio de una acción

contractual, es una cuestión que tiene que ver con el fondo del asunto litigioso, pues no se trata de analizar un punto de procedimiento sino mas bien un aspecto sustancial o de juzgamiento.

27.- Luego, si la validez del contrato es un asunto que tiene que ver con el fondo de la controversia y existen normas que de manera expresa le prohíben al juez que conoce del recurso de anulación de laudos arbitrales que se pronuncie sobre este tipo de asunto, no podrá entonces proceder a declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato que sirvió de base para el litigio ante el Tribunal de Arbitramento y mucho menos cuando ya este se ocupó del asunto y lo decidió.

28.- Fluye entonces de todo lo expuesto que entratándose de recursos de anulación de laudos arbitrales, la interpretación del artículo 141 del CPACA debe realizarse armónicamente con el artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, de forma tal que se entienda con claridad que el juez que conoce de ese recurso carece de competencia para pronunciarse sobre asuntos relacionados con el fondo de la controversia, tal como en efecto lo es la declaratoria de nulidad absoluta de un determinado contrato.

29.- Y es que las normas imperativas no son solo aquellas que prohíben, sino también las que mandan u ordenan y, por ende, la transgresión del orden público se presenta tanto cuando se viola la que prohíbe, como cuando no se observa o se desatiende la que ordena. Este entendimiento resulta natural y obvio pues, de no entenderse así, se llegaría al absurdo de que la violación de una norma imperativa que sólo manda u ordena, pero que en forma explícita no prohíbe, no aparejaría sanción alguna o, lo que es lo mismo, que sería una norma inane, que manda pero no manda porque puede ser inobservada sin ninguna consecuencia.

30.- Este recto, natural y obvio entendimiento ya fue expuesto por la Corte Suprema de Justicia al poner de presente que el orden público puede ser positivo o negativo, dependiendo de “si prescribe cómo y qué debe hacerse” o si se vierte “en restricciones, limitaciones o prohibiciones”.

31.- “El *ius cogens*, derecho imperativo de la Nación u orden público, representa una restricción a la autonomía privada dispositiva (cas. civ. Sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01), y su vulneración, a no dudarlo, produce la nulidad absoluta del contrato o de la estipulación afectada, ampara principios y valores fundamentales del sistema jurídico por constituir “núcleo central, medular, básico, cardinal, primario e inmanente de intereses vitales para la persona, la existencia, preservación, armonía y progreso de la sociedad [...] valores, principios e ideales considerados esenciales al concernir a materias, asuntos o intereses esenciales para la organización social en determinado momento histórico, en función al respeto y primacía de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, la libertad, la democracia, los intereses individuales o sociales. En general, su concepto tutela razonables intereses nacionales vinculados a la organización política, económica o social del país, y no admite sustitución, cambio, modificación, derogación ni exclusión por decisión particular”, sea “positivo, si prescribe cómo y qué debe hacerse, ora negativo, al verse en restricciones, limitaciones o prohibiciones, y puede obedecer a factores estrictamente políticos, económicos o sociales con sentido directivo o protector de ciertos intereses, situación, posición económica, social o jurídica”, “como mecanismo para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico, [donde] hay una economía dirigida (orden público de dirección), y en ocasiones, para proteger determinados intereses (orden público tutelar o de protección) en razón de cierta posición económica, social, jurídica, factores sociales (Estado providencia, proteccionismo social) para proveer al bienestar social y la satisfacción de las necesidades económicas de los ciudadanos, suprimir o atenuar manifiestas desigualdades socio-económicos (contratos de adhesión, derecho del consumo), ora económicos (política deflacionista-control de precios-de crédito, derecho de la competencia, interés general)”, esto es, actúe en sentido político, social o económico (cas. civ. sentencias exequátur de 8 de noviembre de 2011, exp. E-2009-00219-00, y sentencia de 19 de octubre de 2011, exp. 11001-3103-032-2001-00847-01).

32.- Como corolario de todo lo que hasta aquí se ha expuesto es que existen normas de carácter imperativo que le impiden al juez que conoce del recurso de anulación de laudos arbitrales pronunciarse sobre

asuntos que tienen que ver con el fondo del asunto litigioso y que como la validez del contrato es una cuestión relacionada con el fondo de la controversia, no podía el juez del recurso de anulación proceder a declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato.

33.- Entre otras sentencias sobre esta temática, pueden consultarse las siguientes: Laudo Arbitral de 29 de mayo de 2014, Subsección B, expediente 46.992, Comisión Nacional de Televisión vs. CEETTV S. A.; Laudo Arbitral de 31 de octubre de 2016, Subsección C, expediente 57.422, Consorcio Aseo Capital S. A. E. S. P. vs. Distrito Capital y U. A. E. S. P.; Aclaración de voto mía frente al laudo arbitral proferido el 20 de junio de 2017, Subsección B, expediente 54.080.

34.- En lo que respecta con el tercer interrogante, *cuáles son los efectos jurídicos de la declaratoria de nulidad de un contrato estatal*, debe preverse que de conformidad con la ley, ella tiene la virtualidad de eliminar del mundo jurídico el contrato, de extinguir todas las obligaciones de él derivadas (art. 1625 C. C.) y de retrotraer la situación al estado inicial, como si este nunca hubiera existido. Al efecto, el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo, en el siguiente sentido:

Artículo 48.- De los efectos de la nulidad. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido.

Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

35.- Ahora bien, dentro del régimen de derecho común, como regla general, el artículo 1746 del Código Civil establece que la nulidad del contrato declarada mediante sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o la causa ilícita”.

36.- Entonces, debe afirmarse que por regla general en el régimen del derecho privado, la declaratoria de nulidad da lugar a las restituciones mutuas, aunque, a diferencia de lo establecido por el artículo 48 de la Ley 80 de 1993, como regla de excepción, el artículo 1525 del Código Civil, dispone que no es posible repetir lo que se ha dado o pagado en razón de un objeto o causa ilícitas, a sabiendas; prohibición que no se extiende a los eventos en que el juez decreta oficiosamente la nulidad absoluta por estas causas.

37.- Sin embargo, debe reiterarse que en materia de contratación del Estado, para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícita, es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado, como lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 en su inciso final.

38.- Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción.

39.- En conclusión, declarada la nulidad del contrato habrá lugar a las restituciones mutuas, aunque, por supuesto, cuando nada se ha dado o pagado en razón del contrato nulo, no hay lugar a considerar y a resolver sobre las eventuales restituciones mutuas.

40.- Al respecto pueden consultarse entre otras, las siguientes providencias: Sentencia de 9 de febrero de 2017, Subsección C, expediente 52.805, Municipio de Maní vs. Unión Temporal Maní 2013 (PARCOR Ltda. Roccia S. A. S.) y otros; Sentencia de 15 de diciembre de 2017, Subsección C, expediente 50.045, Compañía Eléctrica de Tuluá S. A. E. S. P. vs. Municipio de Tuluá.

41.- En relación con el cuarto de los temas propuestos, el que se traduce en el interrogante de si *la justicia arbitral tiene competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales emitidos en ejercicio de facultades excepcionales*, se tiene que los particulares investidos de modo transitorio de la facultad de administrar justicia carecen de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las denominadas potestades excepcionales al derecho común previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, la de interpretación unilateral; la de modificación unilateral; la de terminación unilateral; la de sometimiento a las leyes nacionales; la de caducidad administrativa; y la de reversión.

42.- Así lo precisó no sólo la Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 2000:

... cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

43.- También la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia de Sala Plena del 18 de abril de 2013, expediente 17.859, expuso lo siguiente:

... la Sección Tercera de esta Corporación, mediante Sentencia de 10 de junio de 2009, expediente 36.252 se pronunció sobre el alcance de la Sentencia C-1436 de 2000, mediante la cual la Corte Constitucional examinó la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993. En aquella oportunidad, esta Sección concluyó, tal como lo hizo el juez constitucional, que *los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el*

ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado, con clara alusión a aquéllos que consagra expresamente el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir, los de: a) interpretación unilateral del contrato, b) modificación unilateral del contrato, c) terminación unilateral del contrato, d) sometimiento a las leyes nacionales, e) caducidad y f) reversión, y concluyó también que los demás actos administrativos contractuales, es decir, aquellos que surgen del ejercicio de facultades distintas a aquellas que de manera expresa recoge el artículo 14 acabado de citar, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de árbitros, “en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la ley establecen restricción alguna”.

44.- Este planteamiento ha sido reiterado en decisiones anteriores de esta Corporación como por ejemplo, en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 10 de junio de 2009, expediente 36.252 y más recientemente en sentencia de la Subsección B, de 8 de noviembre de 2012, expediente 36.709, jurisprudencia reiterada de la cual se pueden extraer las siguientes ideas básicas.

45.- Así las cosas, es claro que la competencia de los jueces arbitrales no solo se encuentra limitada en un aspecto temporal, sino también en un aspecto material al tener en cuenta el tipo de asuntos que pueden ser sometidos a su conocimiento, estudio y decisión.

46.- No obstante lo anterior y tal como ahora lo establece el último inciso del artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012, los jueces arbitrales sí ostentan la competencia para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de las referidas potestades excepcionales al derecho común.

47.- El análisis o estudio de los efectos económicos de un determinado acto administrativo implica el análisis, estudio, valoración y determinación de las cargas o prestaciones correlativas entre las partes con ocasión de la celebración de un contrato estatal, así como también la verificación de que las sumas contenidas en este no resulten lesivas al patrimonio público y se encuentren suficientemente respaldadas en las pruebas arrojadas para ello.

48.- Luego, si lo que ocurre en un asunto es que se expide un acto administrativo por medio del cual una entidad pública, entre otras cosas, ordena la liquidación unilateral de un contrato de concesión, incluyendo la reversión de unos bienes determinados y ante las controversias presentadas entre las partes por dicho aspecto, el tribunal de arbitramento decide que en el referido acto administrativo no hay lugar a incluir la reversión de dichos bienes argumentando que ello iría en contra de lo estipulado por las partes en el contrato, es evidente que en esta hipótesis los jueces arbitrales no se estarían pronunciando ni sobre la cláusula de reversión como potestad excepcional al derecho común, ni sobre la legalidad del acto administrativo, sino sobre sus efectos económicos.

49.- Los demás actos pueden ser objeto de juzgamiento por los tribunales de arbitramento.

50.- Sobre esta problemática pueden consultarse –entre otras– las siguientes providencias: Sentencia de 25 de octubre de 2000; Sentencia C-1436 de 2000; Laudo Arbitral de 13 de abril de 2015, Sección Tercera, Subsección C, expediente 52.556, Emgesa S. A. vs. Sociedad Hotelera Tequendama S. A.; Laudo Arbitral de 31 de octubre de 2016, Subsección C, expediente 57.422, Consorcio Aseo Capital S. A. E. S. P. vs. Distrito Capital y U. A. E. S. P.

51.- Con el análisis, exclusivamente a la luz de los trabajos jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, quiero contribuir a la amplia discusión, no siempre pacífica, que se produce de manera permanente en nuestra doctrina sobre estos temas, en mi modesta opinión, muchas veces perturbadora del libre desarrollo de una actividad fundamental para el Estado de derecho, como es la propia de los jueces arbitrales.

52.- De esta forma, deseo contribuir así mismo, al profundo debate de carácter jurídico que plantea el profesor VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE, sobre la “Arbitralidad de los actos administrativos contractuales”, importante y trascendente trabajo doctoral del cual tuve la oportunidad de participar como jurado, en el Doctorado de la Universidad Externado de Colombia, estudio que abre las puertas no solo a un importante escenario de sustentación constitucional y legal del arbitra-

mento en Colombia, sino también, y de manera muy especial, a lo que se ha convertido en un viacrucis, como es el derivado del interrogante *de si los árbitros pueden juzgar actos administrativos vinculados con la actividad contractual*, como si ellos, tal como se expone, no fuesen jueces, y además, poniendo en duda el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia que los instituye como verdaderos jueces.

53.- El aporte de VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE a esta problemática es significativo, no solo nos llama la atención en torno a las variaciones de la jurisprudencia constitucional, que no ha sabido abordar de manera sustancial el tema, en el sentido de abandonar de manera efectiva viejas taras del derecho administrativo clásico, en relación con el concepto de acto administrativo y su juzgamiento, reivindicando la idea material y coherente con el moderno Estado social y democrático de derecho, y consistente en la aceptación plena que los particulares juegan para el ejercicio de funciones públicas –entre ellas las jurisdiccionales–, lo cual resulta vital para entender y concebir al árbitro como juez pleno, y al arbitramento como un instrumento judicial de la mayor trascendencia institucional, económica y cultural.

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Profesor Emérito de Derecho Administrativo
Universidad Externado de Colombia
Consejero de Estado

INTRODUCCIÓN

Bien sea que se asuma una posición a favor o en contra de la firma de tratados de libre comercio –TLC–, hay una realidad de facto imposible de desconocer: traen como consecuencia el aumento de la inversión extranjera. El Gobierno Nacional así lo espera y vaticina un incremento de casi un 20% cuando el TLC con Estados Unidos se encuentre en pleno funcionamiento. Incluso, desde antes de la aprobación de dicho acuerdo, Colombia viene presentando una tendencia consistente hacia el incremento de la inversión extranjera¹.

En el marco de esta dinámica, nuestras prácticas comerciales se han refinado, la agenda ambiental hace parte de la discusión nacional cotidiana y los protagonistas del sistema financiero han tenido que competir como nunca, pero ¿cuál ha sido la agenda jurídica para participar de este crecimiento nacional?, ¿cuáles han sido las medidas que se han tomado para ponerse a tono con las ya imparable tendencias económicas?, ¿qué lecciones hemos aprendido y puesto en práctica los juristas?

Al interior de la Comunidad Andina de Naciones –CAN–, organización suprarregional integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, se ha

1 De acuerdo con la Corporación Financiera Colombiana (Corficolombiana), la inversión extranjera directa –IED–, según la balanza de pagos reportada por el Banco de la República, mostró un incremento neto del 73,8% al comparar los resultados del primer semestre de 2010 con el primer semestre de 2011. En su concepto, esta continuará siendo favorable: “Adicionalmente, las últimas cifras de la balanza cambiaria a octubre de 2011 continúan mostrando una favorable dinámica de la IED que entra al país, alcanzando los 11,8 mil millones de dólares, lo que representa el 95,7% del total de monetizaciones netas de capital en lo corrido de 2011. Esta cifra es superior en 48% a la registrada en el mismo periodo de 2010 y también a la registrada durante todo 2010 (9,5 mil millones de dólares), lo que ratifica la muy positiva dinámica de los flujos de IED en Colombia”. CORFICOLOMBIANA. “IED: Motor de la revaluación”, en *Informe Anual 2011*, Bogotá, 2011, pp. 89 y ss.

propuesto reglamentar el arbitraje como forma alternativa de solución de controversias entre diversos actores, para lo cual se creó el Tribunal de Justicia, “encargado de dirimir, en forma definitiva las controversias que se deriven de la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico comunitario”² y la Secretaría General, que como órgano ejecutivo tiene a su cargo los procedimientos y administración. Se entiende como una facultad nueva en cabeza del Sistema Andino de Integración –SAI–, para resolver conflictos de diferente tipo.

El TLC hace poco suscrito entre nuestro país y Estados Unidos³ contiene el siguiente mandato:

Artículo 21.22: Medios alternativos para la solución de controversias.

1. En la mayor medida posible, cada parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en el área de libre comercio.
2. A tal fin, cada parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.
3. Se considerará que una parte cumple con lo dispuesto en el párrafo 2, si es parte y se ajusta a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1948, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.

La tendencia continental es innegable. Las empresas de servicios públicos –otrora públicas– hoy compiten hombro a hombro con voraces multinacionales, se le requiere a la contratación pública transparencia pero también agilidad para atender las necesidades de los ciudadanos y procurar la mayor eficiencia posible en la inversión de recursos públicos. ¿Están nuestros jueces sintonizados con estas difíciles exigencias? La respuesta que se ofrece a partir del presente trabajo es, por

2 COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Procedimientos administrativos y solución de controversias, disponible en [<http://www.comunidadandina.org/SolControversias.aspx?fr=99>].

3 Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América, Capítulo 21, Solución de controversias, disponible en [<http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727>].

desgracia, negativa, de ahí que a la vez se hace un tímido llamado a enderezar el rumbo respecto de un tema que, si bien resulta polémico, ya no da espera, además que requiere de otros puntos de vista para renovar tanto la discusión como los argumentos jurídicos, económicos y, por qué no, pragmáticos.

Colombia se encuentra hoy frente a una oportunidad única para cambiar su enfoque respecto al arbitraje, a partir de la expedición del Estatuto de Arbitraje (Ley 1563 de 12 de julio de 2012⁴) cuya motivación se explica, en parte, por la necesidad de seguridad jurídica en general y en particular para los inversionistas como motores de desarrollo económico. En la exposición de motivos de lo que fue entonces el Proyecto de Ley n.º 18 de 26 de julio 2011⁵ (Senado) se verifica:

Como uno de los principales objetivos de este Proyecto es fortalecer y difundir el arbitraje a nivel nacional, con el fin de garantizar el acceso a la Administración de Justicia a más ciudadanos sin que sea necesario acudir al aparato estatal. Este instrumento legal unido a las normas que regulan el arbitraje internacional, pretende mejorar el clima y calificación de inversión para Colombia, coadyuvando a fortalecer la seguridad jurídica para los inversionistas nacionales y extranjeros.

Los fundamentos del razonamiento que se exponen en el presente trabajo es probable que sean básicos, pero por eso mismo sólidos: el soporte de nuestro ordenamiento es la libertad de las personas capaces, el reconocimiento de la voluntad de las personas naturales y jurídicas para obligarse, para condonar una obligación y así mismo para ceder a un tercero la revisión de esas obligaciones y comprometerse a cumplir con cualesquiera decisión que ese tercero tome. El Estado moderno se ha desarrollado en torno al acrecentamiento de esas libertades, por lo que la economía fluye contando con esa libertad.

¿Por qué entonces nuestros jueces parecen encontrar que el desarrollo de esa libertad se encuentra del lado opuesto de los intereses estatales?

4 *Diario Oficial*, n.º 48.489, de 12 de julio de 2012, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1683448>].

5 *Gaceta del Congreso*, n.º 542, de 29 de julio de 2011, disponible en [http://servoaspr.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.pdf?v_numero=542&v_anog=2011],

¿En qué punto se desvió la razonable y necesaria protección de los recursos públicos hacia el desarrollo de un paradigma según el cual lo estatal no puede ser discutido por expertos porque estos no hacen parte de los jueces que “sí defienden los intereses del Estado”?

El presente trabajo parte de un supuesto: el desarrollo de las libertades humanas, el reconocimiento de su voluntad y capacidades no es incompatible con los fines del Estado. Por el contrario, al tener en cuenta que los contratistas del Estado colaboran con este en la consecución de sus fines y que se requiere de su iniciativa y libertades económicas y jurídicas para que ello sea posible, debe permitirse a las entidades estatales acudir a todos los mecanismos de solución de conflictos para posibilitar que su contratación sea más eficiente.

El arbitraje es uno de esos mecanismos, y su aceptación y acogida a nivel nacional e internacional no puede ser ni fortuita ni gratuita. ¿Por qué entonces limitar su alcance y posibilidades en perjuicio del logro de los fines del Estado?

Consideración adicional

La Ley 1563 de 2012, “por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, fue publicada en el tiempo en que se culminaba el presente texto. El último de sus artículos contiene el siguiente mandato:

Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia.

Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores.

Por otro lado, la Ley 1682 de 22 de noviembre de 2013⁶ o Ley de Infraestructura también trae algunas normas que tienen que ver con el objeto de este estudio.

6 *Diario Oficial*, n.º 48.982, de 22 de noviembre de 2013, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1686323>].

Introducción

Es decir que, 1. La revisión del presente trabajo se cumplirá en un momento en el que acaba de entrar en vigencia la norma; y 2. No se habrá presentado la oportunidad para que las altas Cortes, los árbitros ni las cámaras de comercio hayan hecho un estudio decantado sobre su aplicación. La nueva normatividad, sin embargo, no implica que el tema pierda vigencia, es posible, más bien, que tenga el efecto contrario, toda vez que no es claro el partido que se tomará respecto de la competencia de los árbitros para conocer de la legalidad de actos administrativos contractuales, a pesar de que la ley en comento representa un avance significativo respecto de la ampliación de la competencia de los árbitros, ya que permite someter a su conocimiento no solo aquello que es transigible, sino además todo asunto de “libre disposición”, además de cuanto el legislador considere susceptible de decisión arbitral y de que de manera clara abre una nueva puerta legislativa al aceptar lo que ya la jurisprudencia había permitido en algunos casos, como es el conocimiento de actos administrativos diferentes a aquellos que se producen en virtud de una facultad excepcional de la Administración Pública y frente a estos últimos permite conocer sobre sus efectos económicos.

CAPÍTULO PRIMERO

UN ASPECTO TRANSVERSAL: LAS BASES CONSTITUCIONALES DEL ARBITRAJE

INTRODUCCIÓN

Como lo ha sostenido con insistencia la doctrina, a pesar de que la solución arbitral de las controversias tiene origen en la antigüedad y su auge y desarrollo a partir de la década de los 1950 se da en el seno de las relaciones entre los comerciantes, el arbitraje no es una figura propia del derecho comercial como a veces se piensa: se trata de una figura transversal en el derecho⁷. Es decir, que el análisis del arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, resulta relevante tanto en el derecho comercial como en otras ramas del saber jurídico, incluyendo al derecho administrativo, en el cual cada vez resulta más importante y más extendida su utilización, como se ha resaltado en la introducción a este trabajo. Pero, además, el carácter transversal se refleja en que es una materia cuyo estudio es importante no solo desde la perspectiva solo jurídica y normativa, sino también desde una visión sociológica y filosófica.

Dentro de ese contexto de transversalidad, el primer problema que aparece se refiere a la constitucionalidad de este mecanismo de solución de controversias ajeno a la justicia estatal institucionalizada, pues en últimas se trata del otorgamiento a los particulares de la facultad de ejercer un poder que típicamente se ha considerado como público. La

7 Cfr. BRUNO OPPETIT. *Teoría del arbitraje*, Bogotá, Legis y Universidad del Rosario, 2006, pp. 23 y ss.

justicia es, quizás, junto con el monopolio de las armas y el tema de la seguridad, una de las funciones que de manera indiscutible se ha considerado pública desde la antigüedad.

En ese sentido, la validez constitucional de que sean los particulares quienes asuman el conocimiento y la solución de las controversias que de ordinario resolvería el Estado constituye un problema que resulta, al menos en principio, idéntico para todas las ramas del derecho en las cuales pretenda ser utilizada la figura del arbitraje. Sin embargo, en materia de derecho administrativo, dada la especialidad y el compromiso de otras potestades públicas dentro del concepto mismo de lo contencioso administrativo como el conjunto de reglas aplicables a la solución jurisdiccional de litigios de la administración⁸, aparecen aún más dudas desde el punto de vista constitucional sobre la pertinencia de la utilización de la figura del arbitraje. Al respecto, la doctrina ha resumido este problema así: a partir de la Constitución se exige que la administración se someta al principio de legalidad y que sirva al interés general, de tal manera que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es quien desde la Constitución se encuentra encargada de controlar ese sometimiento a la legalidad, así como del cumplimiento del interés general en las actuaciones de la administración⁹.

Por lo tanto, el primer asunto que debe resolverse en este capítulo es la constitucionalidad del arbitraje como materia transversal del derecho. Pero, de manera especial, debe decidirse sobre la validez constitucional de la utilización del arbitraje en asuntos contencioso administrativos, como problema específico del derecho administrativo y como insumo fundamental para establecer los límites reales del arbitraje en la solución de controversias relacionadas con los contratos estatales. La respuesta a esa inquietud en el derecho colombiano siempre ha sido resuelta de manera mas o menos pacífica, en el sentido que no se ha

8 Sobre el concepto de lo contencioso administrativo, cfr. CHARLES DEBBASCH. *Contentieux administrative*, 3.^a ed., Paris, Dalloz, 1981; JEAN MARIE AUBY y ROLAND DRAGO. *Traité de contentieux administratif*, t. 1, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence -LGDJ-, 1962.

9 Cfr. ROBERTO BUSTILLO BOLADO. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Elcano, Navarra, Aranzadi, 2001, pp. 301 y ss.

encontrado obstáculo constitucional al hecho de que los particulares, en su calidad de árbitros y en uso de la figura del arbitraje, administren justicia de la misma manera en que lo hace la justicia institucionalizada por medio de cortes, tribunales y juzgados, es decir, como función pública del Estado.

En vigencia de la Constitución Política de 1886¹⁰, la cual no preveía en forma expresa la posibilidad de hacer uso de la figura del arbitraje para la solución de conflictos¹¹, en múltiples ocasiones la Corte Suprema de Justicia estudió la figura del arbitraje y la consideró ajustada a dicha Carta Magna¹². En ese sentido, a pesar de que el arbitraje existe en el derecho colombiano desde la Ley 105 de 24 de diciembre de 1890¹³⁻¹⁴, solo hasta una muy famosa sentencia de 1969 la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre su validez constitucional, en el contexto de la Constitución Política de 1886¹⁵

En esa ocasión, la Corte estudió la constitucionalidad de las normas sobre arbitraje que consagraba el entonces Código Judicial de 1931¹⁶ y la Ley 2.^a de 25 de febrero de 1938¹⁷, y consideró 1. Que la importancia histórica de la figura del arbitraje era indiscutible; 2. Que la Constitución no prohibía la utilización del arbitraje para solucionar

10 Disponible en [<http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/colombia1886.pdf>].

11 Cfr. JULIO BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 2001, p. 41: "La Constitución Política de 1886 no mencionó el arbitraje como medio para la solución de conflictos, o dentro de los cuerpos judiciales que administran justicia, lo cual dio lugar a que se discutiera su constitucionalidad".

12 En relación con la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia en materia de arbitraje, véase ENRIQUE GAVIRIA GUTIÉRREZ. "Algunos aspectos del arbitramento", en *Temas de derecho procesal (civil y comercial)*, II Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1980, pp. 262 y ss., quien relaciona las principales sentencias de esa corporación en materia de constitucionalidad del arbitraje.

13 *Diario Oficial*, n.º 8.296, de 7 de enero de 1891, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1641028>].

14 Cfr. BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano*, cit., pp. 43 y 44.

15 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA. Sentencia de 26 de mayo de 1969, M. P.: LUIS SARMIENTO BUITRAGO.

16 Ley 105 de 17 de octubre de 1931, *Diario Oficial*, n.º 21.823, de 24 de octubre de 1931, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1639321>].

17 *Diario Oficial*, n.º 23.727, de 12 de marzo de 1938, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1786193>].

las controversias de mero derecho privado; y 3. Que la expresión del artículo 58 de la Constitución de 1886, en el sentido de que la justicia es un servicio público a cargo de la Nación, tiene efectos tan solo fiscales y no implica que los particulares no puedan administrar justicia en su calidad de árbitros. En ese orden de ideas, concluyó la Corte que el arbitraje era una figura del todo admisible en el ordenamiento constitucional colombiano¹⁸.

Más adelante, la misma Corte Suprema de Justicia se pronunció a favor de la constitucionalidad de las normas del Decreto 150 de 27 de enero de 1976¹⁹ que permitían el arbitraje en los contratos de empréstito celebrados con la banca internacional. Para este caso, la Corte consideró el sometimiento de las controversias contractuales de la Administración Pública al arbitraje nacional, pero no al internacional que requería la celebración de un tratado de ese tipo²⁰.

En suma, en vigencia de la Constitución Política de 1886, si bien no existía una previsión constitucional que admitiera la utilización del arbitraje en general y mucho menos que permitiera el uso de esa figura en las controversias contractuales de la Administración Pública, la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia en forma expresa consideró ajustadas al texto constitucional las normas que regulaban el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, aunque sin precisar si se le otorgaba una naturaleza contractual o jurisdiccional.

Contrario a la anterior incertidumbre derivada de la redacción de la Constitución Política de 1886, en el ordenamiento constitucional vigente no existe la menor duda de que el arbitraje es una figura autorizada por la Constitución por haber regulado expresamente en la norma fundamental. En efecto, el artículo 116 de la Constitución Política de

18 Los argumentos de esta sentencia fueron reiterados por la Corte Suprema de Justicia, así: SALA PLENA. Sentencia de 28 de julio de 1977, M. P.: EUSTORGIO SARRIA; y SALA PLENA. Sentencia de 21 de marzo de 1971, M. P.: PEDRO ESCOBAR TRUJILLO.

19 *Diario Oficial*, n.º 34.492, de 18 de febrero de 1976, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1708308>].

20 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA. Sentencia de 26 de agosto de 1976, M. P.: GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRY.

1991²¹ de manera expresa se refiere a la figura de los árbitros como mecanismo para que los particulares ejerzan la función de administrar justicia, previa habilitación de las partes:

los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Con base en la anterior norma, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han aceptado de manera pacífica y constante que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias cuya validez constitucional es incuestionable. Sin embargo, como lo veremos, dichas corporaciones han impuesto diversas clases de exigencias constitucionales y de limitaciones para la utilización del arbitraje en el derecho colombiano²².

En el contexto constitucional vigente, según lo han entendido las jurisprudencias constitucional y administrativa²³ así como la doctrina²⁴,

21 CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>]. En adelante, todas las referencias a la Carta Magna remiten a esta fuente.

22 Sobre el arbitraje en la Constitución Política de 1991, cfr. CARLOS MARIO MOLINA. "Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia", en EDUARDO SILVA ROMERO y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA (coords.). *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis y Universidad del Rosario, 2005, pp. 53 y ss.

23 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-174 de 14 de marzo de 2007, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/SU174-07.htm>], en la cual se recoge la jurisprudencia constitucional expedida hasta esa fecha en materia de arbitraje. Igualmente, cfr. íd. Sentencia C-330 de 9 de mayo de 2012, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-330-12.htm>], en la cual se resumieron las principales características constitucionales del arbitraje así: "(i) Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, (ii) Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación, (iii) Es un mecanismo de carácter temporal, (iv) Es excepcional, (v) Es una institución de orden procesal".

24 La doctrina ha destacado como características básicas del arbitraje en la Constitución, las siguientes: "1. El arbitraje es un mecanismo transitorio, 2. El arbitraje es una actividad jurisdiccional, 3. El arbitraje es una actividad voluntaria de carácter privado, 4. El arbitraje es una actividad judicial de carácter excepcional, 5. El arbitraje versa sobre derechos y bienes de carácter patrimonial, 6. El arbitraje está supeditado a la ley". Cfr. MOLINA. "Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia", cit., pp. 55 y ss.

existen diversos aspectos constitucionales que pueden resumirse en dos pilares fundamentales para el arbitraje en el derecho colombiano: de una parte, el principio de voluntariedad o de habilitación y de otra, el carácter jurisdiccional.

En consecuencia, en esta primera parte estudiaremos por separado –desde la perspectiva transversal anunciada atrás, aunque con particular énfasis en el arbitraje en derecho administrativo–, el principio de habilitación (acápite I) y la naturaleza jurisdiccional del arbitraje (acápite II).

I. EL PRINCIPIO DE HABILITACIÓN EN EL ARBITRAJE: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y PACTO ARBITRAL

A. Autonomía de la voluntad, contratación administrativa y arbitraje

1. Concepto, crítica, contenido y límites de la autonomía de la voluntad

a. Evolución del concepto de autonomía de la voluntad

Se entiende por autonomía de la voluntad, aquella facultad que el ordenamiento reconoce en los individuos para que, mediante actos o negocios jurídicos, establezcan relaciones jurídicas y regulen sus propios asuntos, gozando de la protección del derecho como garantía de eficacia de lo dispuesto en forma autónoma²⁵.

Esta definición es el punto de llegada de la evolución del concepto, acuñado por primera vez al final del siglo XIX como una estrategia para

25 Sobre la autonomía de la voluntad en general, entre muchos, cfr: EMILIO BETTI. *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2008, pp. 43 y ss.; CHRISTIAN LARROUMET. *Teoría general del contrato*, t. I, Bogotá, Temis, 1993, p. 83 y ss.; FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO. *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 23 y ss.

evitar el intervencionismo del Estado en las relaciones entre particulares y de esta forma proteger las ideas liberales que habrían inspirado el Código Civil francés de 1804²⁶. Contrario a lo que pudiera creerse, el mencionado principio no tiene fuente legal en el Código de Napoleón, sino fue acuñado en forma tardía por la doctrina. Sobre el particular, afirma la profesora MARÍA VENEGAS GRAU:

Como ya se ha apuntado, el principio de autonomía es una construcción doctrinal, y una construcción tardía. La expresión no aparece hasta finales del siglo XIX, *precisamente en la obra de aquellos autores que pretenden criticar* las insuficiencias de este mismo principio. No obstante, ya en ese momento, otros juristas cuestionan el alcance de esta elaboración doctrinal, su idoneidad para describir la situación real del Derecho privado de principios de siglo y, más concretamente, su aptitud para reflejar el significado de las disposiciones del Código Civil Francés de 1804²⁷. (Resaltado fuera del texto).

En sentido similar, para explicar el origen del principio el profesor JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI expone:

Al contrario de lo que se afirma, el Código Civil no consagró la teoría de la autonomía de la voluntad, que no surge del derecho positivo sino de la doctrina y constituye por tanto una interpretación *a posteriori*.

En 1886, [ANDRÉ] WEISS enunció el principio en su tratado elemental de derecho internacional privado para aportar una solución al problema del conflicto de leyes en materia contractual, fundamental en esta área del derecho, las partes contratantes pueden decidir qué ley será la aplicable al contrato. Así, la autonomía se ejerce en las materias que la ley nacional reglamenta a través de disposiciones facultativas. Es la ley la que indica y crea el espacio de soberanía del que disponen las partes²⁸.

Al tener claro el origen tardío del principio, parece pertinente conocer la razón por la cual aparece y cómo se convirtió en el dogma que llegó

26 Se puede descargar el texto completo en español del Código en [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf].

27 MARÍA VENEGAS GRAU. *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 57.

28 JOSÉ LUIS BENAVIDES RUSSI. *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, 2.ª ed., Bogotá, Externado, 2004, p. 100.

a fundamentar buena parte del derecho privado. Al efecto, basta con traer las consideraciones del profesor BENAVIDES RUSSI –por no tratarse del objeto principal que motiva el presente trabajo–, según el cual, el surgimiento del concepto de autonomía de la voluntad obedece a dos factores: el primero deriva de la incapacidad de la interpretación literal del Código para proveer una solución a los diversos asuntos que la realidad presentaba, mientras que el segundo se basa en la presencia amenazante del intervencionismo.

Sobre esa crisis de la exégesis, afirma:

La idea de identificar el derecho con los textos cede frente a la posibilidad y necesidad de buscar principios generales y realizar una reflexión crítica. Los juristas comienzan a impregnarse de las ciencias sociales nacientes con las obras de [ÉMILE] URKHEIM y [LUCIEN] LEVI-BRUHL. A partir de ahí el derecho se concibe como una ciencia, con sus principios y sus métodos propios, entre los que la ley no constituye sino uno entre otros. A la jurisprudencia y la costumbre se agrega así el estudio de la historia, la economía, la política y el derecho comparado²⁹.

En ese contexto de apertura conceptual aparece una corriente que encuentra en la voluntad una verdadera fuente del derecho, que debe gozar de gran autonomía dadas sus especiales características, como la precisión y la capacidad de adaptarse a los cambios y necesidades de los hombres. No obstante lo anterior, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el consentimiento o la unión de voluntades aparecen en la definición del contrato desde el siglo xvii³⁰.

El segundo factor determinante para la aparición del principio, según el profesor BENAVIDES RUSSI, fue la presencia amenazante del interven-

29 Ídem.

30 Sobre el particular, cfr. JORGE LÓPEZ SANTAMARÍA. “Auge y deterioro de la libertad contractual”, en *Estudios de derecho civil*, obligaciones y contratos, t. II, Bogotá, Externado, 2003, p. 317: “En efecto, la voz *contractus* etimológicamente solo designa lo contraído, o sea, la relación jurídica. Tal fue la esencia del contrato en el derecho romano clásico. En este, a pesar de la ausencia de un concepto genérico del contrato, las diversas figuras contractuales específicas ponen de manifiesto que lo típicamente contractual no es el acto generador de la relación jurídica, sino la relación ya constituida. Solo a partir del siglo xvii, bajo el influjo de la llamada escuela racionalista del derecho natural, el contrato pasa a ser concebido como un consenso o acuerdo de voluntades”.

cionismo. Con el paso de casi un siglo desde la redacción del Código, se hizo evidente que algunas de sus disposiciones debían ser modificadas y adaptadas a las nuevas situaciones. Sobre el particular, resulta necesario recordar el momento en el que este fue expedido y las concepciones que sobre diferentes temas –por ejemplo, el relativo a la familia–, tenían sus redactores³¹.

Como consecuencia de los dos factores mencionados, aunados al hecho de que los ideales de la filosofía de la Ilustración³² que motivaron la Revolución Francesa³³ también habían venido cambiando con el paso del tiempo y los acontecimientos³⁴, se hizo necesario para proteger, en-

-
- 31 BENAVIDES RUSSI. *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, cit.: “Los límites de la exégesis se hicieron evidentes con la evolución jurídica. La dinámica social imponía el cambio de los textos. Las reformas en el campo de la familia, que reconocieron los derechos de la mujer y del niño, así como la posibilidad del divorcio”. Sobre este punto en particular, la profesora MARÍA VENEGAS GRAU estudia la concepción del hombre que tenían los redactores del Código, quienes lejos de la perspectiva optimista de la Ilustración lo veían como “Un entramado de intereses e inclinaciones” y en particular respecto de las relaciones familiares afirma: “La idea de una sociedad constituida por seres puros, moralmente intachables, es una quimera, y una aspiración innecesaria. A la sociedad le bastan virtudes morales inspiradas en las relaciones, regidas por la necesidad, y cuyo resultado es siempre la concordia y la unión de los miembros de las familias; sólo en estas virtudes reside la fuerza de la sociedad, y sólo ellas protegen a las costumbres frente a la influencia de divisiones escandalosas. Porque lo ignominioso sería esa ruptura de los vínculos: lo más importante es preservar la cohesión, la paz y el orden, proteger el tejido social reconstituido tras la experiencia desintegradora del terror. Y el interés es el mejor instrumento para asegurar esa unión social, empezando por el ámbito doméstico. En efecto, la estabilidad familiar se funda en el interés económico, y ello es aplicable tanto a las relaciones entre los cónyuges como a las paterno-filiales y las que se establecen entre los propios hermanos”. VENEGAS GRAU. *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad*, cit., pp. 68 y 69.
- 32 Derrocamiento de JACOBO II de Inglaterra y VII de Escocia el 11 de diciembre de 1688-fines del siglo XVIII.
- 33 Autoproclamación del Tecer Estado como Asamblea Nacional, 5 de mayo de 1789-golpe de estado de NAPOLEÓN BONAPARTE, 9 de noviembre de 1799.
- 34 “A principios del siglo XIX, la clase política francesa aparece ciertamente influida por las tesis individualistas, pero se trata de un individualismo muy alejado de la exaltación optimista del hombre propia de los ilustrados revolucionarios, como se puede constatar a través de los trabajos preparatorios del Código Civil. En ellos se pone de manifiesto el profundo pesimismo antropológico de los autores, marcados por la reciente época del terror. Esta traumática experiencia política ha permitido comprobar la vacuidad de las teorías ilustradas, la futilidad del optimismo revolucionario, que concebía al hombre como un ser racional, libre, dotado de una voluntad autónoma [...] Todo ese gran proyecto de regeneración se desmorona brutalmente con el régimen tiránico y la anarquía del terror, cuyo recuerdo está muy presente en la Francia de principios del XIX”. VENEGAS GRAU. *Derechos*

tre otras, a las concepciones económicas liberales, establecer un escudo jurídico en contra del intervencionismo que las amenazaba. Sobre este punto comenta el profesor BENAVIDES RUSSI:

Para proteger el individualismo se reformuló primero un soporte filosófico sobre el derecho, que se tradujo luego en la expresión jurídica de la autonomía de la voluntad.

Los autores intentaron así rechazar el intervencionismo a través de la afirmación jurídica del principio de la autonomía de la voluntad: Quien dice contractual dice justo, y para que hubiese contractual debía reconocerse la mayor libertad posible³⁵.

Hechas estas consideraciones en torno al origen de la autonomía de la voluntad, a continuación se hace una breve referencia a las críticas y transformaciones de las que han sido objeto cada una de las consecuencias derivadas de este principio, lo que se conoce como la crisis de la autonomía de la voluntad y de donde se deriva el moderno concepto de autonomía privada, al que se hizo alusión líneas arriba.

b. Críticas a las consecuencias del principio de autonomía de la voluntad en su concepción básica

En primer lugar, se debe advertir que en este punto se parte del concepto clásico de autonomía de la voluntad, el cual, tomado como dogma, era un presupuesto fundamental para la economía burguesa e implicaba que *la voluntad del individuo era fuente de derecho*³⁶. Como consecuencia de lo anterior, en el derecho privado se reconoció que el individuo podía, por medio de su voluntad, crear derechos subjetivos y obligaciones con la fuerza obligatoria de la ley, a través de negocios jurídicos.

fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad, cit., p. 70.

35 BENAVIDES RUSSI. *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, cit., p. 103.

36 NICOLÁS PÁJARO MORENO. *Autonomía privada y constitucionalización del derecho privado*, Bogotá, Externado, 2006, pp. 56 y 57: "El contrato es una norma, es decir, es ley para las partes de obligatorio cumplimiento, protegida por el ordenamiento estatal, porque es producto de la voluntad libre del individuo, en sí misma protegida por el derecho objetivo. Esta posición se asocia, es claro, a una concepción voluntarística del negocio jurídico, enmarcada en la tradición del *Willensdogma*".

De ese dogma de la autonomía de la voluntad se derivan varios sub principios que, a su vez, al haber sido objeto de críticas, se han modificado para dar lugar a la actual formulación del principio de autonomía privada. En seguida se expone cada uno de ellos haciendo hincapié en las críticas y reformulaciones de las que han sido objeto.

El primer sub principio a considerar es el del *consensualismo*. De acuerdo con este, la sola unión de las voluntades de las partes contratantes basta para producir la relación obligacional; se presenta como una evolución frente al formalismo y ritualismo propio de las primeras formas de contratos. No obstante, como se advirtió, su origen es anterior al concepto de autonomía de la voluntad, pues surgió de la evolución histórica de la figura del contrato y, en particular, por la proliferación de relaciones jurídicas del *ius gentium*, en las cuales el *consensus* era la regla en los negocios de los peregrinos, por oposición al *ius civile* aplicable solo entre ciudadanos romanos, donde las obligaciones surgían del agotamiento de fórmulas y ritos. Sobre este punto en particular resulta suficiente citar las palabras del maestro FERNANDO HINESTROSA FORERO:

Todos fuimos formados en la letanía del consensualismo: la alabanza y el reconocimiento al derecho canónico por habernos liberado, especialmente a los comerciantes, del formalismo, fardo pesado, inútil producto del atraso mental, que la humanidad soportó inveteradamente. El *solus consensus obligat*, como himno de independencia, que llevó a creer que la voluntad arbitraria de los particulares era suficiente para obligarse como a bien tuvieran, en cuanto no vulneraran las reglas del orden público y las buenas costumbres. Efluvios de aquellos sueños de poder creador del ser humano, que pierden de vista que el contrato y cada una de sus manifestaciones singulares no son más que productos de la iniciativa, la imaginación y la experiencia de las generaciones sucesivas que se las han ido arreglando para intercambiar bienes y servicios entre sí y juntar esfuerzos para alcanzar finalidades comunes, mediante figuras que la sociedad respectiva acoge y respalda, al encontrar propicias y conformes a su sistema de valores, para a la postre incorporarlas a su ordenamiento dotándolas de una disciplina³⁷.

Por su parte, el sub principio de la *libertad contractual* involucra varios aspectos, siendo el primero la libertad de contratar o no contratar, toda

37 FERNANDO HINESTROSA FORERO. "El contrato frente al Código de Comercio," *Revista Foro de Derecho Mercantil*, n.º 23, abril-junio de 2009, p. 10.

vez que según el dogma nadie puede resultar obligado sino a partir del otorgamiento voluntario de su consentimiento³⁸. En la actualidad, esta manifestación del sub principio se ha visto relativizada por aquellos eventos en los cuales el legislador establece el mandato de celebrar un contrato, permitiendo en ocasiones al sujeto escoger con quién lo celebra y algunas de las cláusulas, y en otros eventos consagrando de modo legal todos los aspectos del contrato. El profesor JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA explica así esta situación:

La riqueza del derecho de los contratos justifica por sí sola que, ante la opción de conferir a determinadas obligaciones carácter legal o carácter contractual, el legislador a veces escoja la última alternativa, empleándose, entonces, el instrumento del contrato forzoso, ortodoxo o heterodoxo³⁹.

La segunda manifestación del sub principio de libertad contractual se encuentra en la selección de la figura y las cláusulas que regirán la relación jurídica entre las partes. En este aspecto, se suele hacer referencia a la posibilidad que tienen los contratantes de acudir a las figuras tipificadas en la ley, como garantía de seguridad en la producción de los efectos esperados, derogar esas regulaciones con cláusulas expresas o bien establecer una forma diferente de obtener los resultados esperados. En la actualidad, sin embargo, se encuentran con frecuencia normas imperativas en las cuales se establece –con amparo en el concepto de orden público social, al que se hará referencia más adelante– el contenido específico que deben tener determinados contratos. Ejemplo de lo anterior son el contrato de arrendamiento de vivienda urbana (Ley 820 de 10 de julio de 2003⁴⁰) y el contrato laboral. Sobre este aspecto explica el profesor LÓPEZ SANTA MARÍA:

38 VENEGAS GRAU. *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad*, cit., p. 44: “El principio de autonomía de la voluntad implica que cada individuo se obliga única y exclusivamente cuando él así lo quiere: dentro de los límites establecidos por el ordenamiento, las partes tienen la libertad de establecer o no vinculaciones entre sí y de decidir el contenido de esas obligaciones. El sujeto del derecho es, por tanto, un hombre autónomo, capaz de ejercitar libremente su voluntad, una voluntad individual que se convierte en fuente y medida del derecho”.

39 LÓPEZ SANTAMARÍA. “Auge y deterioro de la libertad contractual”, cit., p. 319.

40 *Diario Oficial*, n.º 45.244, de 10 de julio de 2003, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1669010>].

Los artículos de los códigos, en materia de contratos, casi siempre son supletivos o supletorios de la voluntad de las partes. O sea que se aplican sólo en el silencio de los contratantes. Tratándose de los contratos dirigidos, por el contrario, la reglamentación legal asume carácter imperativo, sin que las partes puedan alterar, en el contrato particular que celebran, lo estatuido de manera general y anticipada por el legislador, sea en materia de contenido o efectos de la convención, sea en materia de persona con la cual se ha de celebrar el contrato⁴¹.

Por último, en relación con el sub principio de libertad contractual aparece la libertad de escoger al cocontratante, aspecto que como se mencionó antes no es absoluto en la actualidad, porque en ocasiones el legislador establece con quién se debe celebrar determinado negocio (caso del seguro obligatorio de accidentes de tránsito) o derechos de preferencia para celebrar determinados contratos, como sucede con el artículo 521 del Código de Comercio⁴² relativo a establecimientos de comercio arrendados⁴³.

El tercer sub principio es el de *la fuerza obligatoria del contrato o pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil⁴⁴ que establece: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los con-

41 LÓPEZ SANTAMARÍA. “Auge y deterioro de la libertad contractual”, cit., p. 320. En este aspecto resulta importante hacer referencia a la situación que se presenta con los contratos de adhesión, para lo cual se traen las palabras de BENAVIDES RUSSI: “La libertad contractual se vio fuertemente restringida con la estandarización de los contratos, fruto de la generalización de los contratos de adhesión. Además, los contratos no son libremente discutidos sino ofrecidos por una parte a la otra sin otra posibilidad que tomarlos o dejarlos [...] Los contratos habían entonces cambiado profundamente desde el punto de vista del rol de la voluntad. Esta no estaba caracterizada necesariamente por la libertad de contratar, puesto que en los contratos de adhesión, tipo y de condiciones uniformes hay una oferta masiva de un modelo de contrato. Aunque en teoría nada obliga al contratista a celebrar un contrato de adhesión, la práctica hace ciertos contratos obligatorios por el hecho del monopolio o la supremacía económica de algunas empresas en muchos campos, así como por la unificación de las condiciones de la oferta”. *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, cit., p. 104.

42 Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, *Diario Oficial*, n.º 33.339, de 16 de junio de 1971, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1833376>].

43 Artículo 521: “El arrendatario tendrá derecho a que se le prefiera, en igualdad de circunstancias, a cualquier otra persona en el arrendamiento de los locales reparados, reconstruidos o de nueva edificación, sin obligación de pagar primas o valores especiales, distintos del canon de arrendamiento, que se fijará por peritos en caso de desacuerdo”.

44 Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1827111>].

tratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. El texto transcrito se ha entendido, de manera equivocada, como la referencia positiva del principio de autonomía de la voluntad en su concepción racionalista, equiparando el acto voluntario con la ley, interpretación que ha sido objeto de una larga discusión doctrinaria en torno a la pregunta sobre el origen de la fuerza obligatoria de la declaración de voluntad.

Para no entrar en esa discusión –que por su extensión y profundidad desviaría el tema del presente trabajo–, se parte de la conclusión de que la fuerza obligatoria del contrato proviene del ordenamiento jurídico, como lo pone de presente el profesor peruano CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO al comentar las reflexiones de LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS:

Aunque los autores no lo explicitan, se deduce de estas expresiones que la libertad es un genérico “poder hacer”, mientras que la autonomía de la voluntad, además de sustentarse en la libertad en cuanto es un aspecto de dicho “poder hacer”, requiere del derecho para determinar la eficacia, el poder vinculante y la calidad preceptiva de aquel “hacer” o acto en que se manifiesta la libertad. La “autonomía de la voluntad” sería, así, la libertad referida al ámbito del “poder de gobierno de la propia esfera jurídica”⁴⁵.

La consecuencia principal de este sub principio es que las partes pueden acudir al poder coercitivo del Estado, administrado por las autoridades dotadas de jurisdicción, para obtener el cumplimiento de lo pactado en forma equivalente a como se impone el cumplimiento de la ley, contrario a la concepción dogmática de la autonomía de la voluntad, en la cual el juez encargado de imponer el cumplimiento del acuerdo no podía revisar o modificar sus términos, puesto que solo le era posible interpretar lo manifestado por las partes para hallar en las declaraciones su íntima intención.

Esa imposibilidad se justificaba con la expresión “quien dice contractual dice justo”, en el entendido de que nadie consentiría en obligarse en una relación jurídica que no le fuera beneficiosa, pues se partía de

45 CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO. “Reflexiones en torno a la autonomía de la voluntad”, en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, t. 1, Bogotá, Externado, 2003.

la presunción de que las partes que manifestaban de manera libre su voluntad eran iguales. Todo lo anterior implicaba que el juez no podía evaluar la justicia de los pactos, pues estaría invadiendo la libertad de las partes para regular sus asuntos; tampoco podía alterar las condiciones del contrato así cambiaran por hechos sobrevenidos, volviéndose en extremo oneroso para una de las partes.

Con el paso del tiempo y la crisis del principio de autonomía de la voluntad se evidenció que las partes que concurrían a la celebración de un contrato no eran en forma necesaria iguales y que esta situación determinaba que las relaciones mediante él establecidas no siempre resultaban justas. Estas consideraciones dieron paso a la llamada teoría de la imprevisión y a la figura de la lesión enorme, de conformidad con las cuales –una vez variada la figura del juez exegeta, propia de la Revolución Francesa y la codificación– el juez podía reequilibrar el contrato en el evento en que se presentaran situaciones imprevistas por las partes al momento del pacto, que lo alteraran y dificultaran al extremo la ejecución de las prestaciones, así como reajustarlo en determinados casos establecidos legalmente, cuando lo pactado resultara en extremo lesivo para una de las partes, aun cuando esta lo hubiere consentido.

En este punto es importante mencionar que, de la misma forma en que se entendió que el juez no podía invadir el ámbito de regulación de las relaciones jurídicas propio de los particulares, tampoco le era posible al legislador revisar los términos en que los contratantes acordaron sus asuntos, a través de la expedición de una ley posterior a la celebración del contrato. Esta es la justificación de disposiciones como la que se encuentra en la Ley 153 de 24 de agosto de 1887⁴⁶, artículo 38, de conformidad con la cual “en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”.

No obstante lo anterior, como se verá más adelante, este principio que limitaba la aplicación de la ley en el tiempo en relación con las relaciones contractuales celebradas con anterioridad a su vigencia, también

46 *Diario Oficial*, n.º 7.151, de 28 de agosto de 1887, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1792950>].

fue relativizado más adelante, en particular, por la ampliación del concepto de orden público.

Para concluir, se tiene la consecuencia del efecto relativo del contrato, la cual se deriva del hecho de que los efectos del contrato solo se producen respecto de las partes que intervinieron en él, pues lo contrario equivaldría a vincular a quien no ha manifestado su voluntad y la negación misma del principio de la autonomía de la voluntad⁴⁷. En este punto, citando de nuevo a HINESTROSA FORERO, se pone de presente alguna de las situaciones en las cuales la obligación se extiende más allá de los contratantes:

En lo que hace a los terceros, bien se advierte la tendencia a morigerar el alcance de la relatividad o *privaty* del contrato, esto es, de la circunscripción de los efectos a la estricta órbita de las partes, conforme a la previsión del artículo 1165 del *Code Civil*. La regla del derecho de consumo conforme a la cual el adquirente o usuario del bien, en caso de quebranto sufrido como consumidor por el detectar daños de la cosa, tiene acción directa contra sus ancestros contractuales y no solamente frente a su contraparte, sin duda ha reforzado aquel desbordamiento ya esbozado en los contratos de construcción y de transporte, y que ha de extender su radio de acción con el auge del *outsourcing* y el sub suministro, y la presencia abundante de coligación de contratos⁴⁸.

c. Límites de la autonomía de la voluntad

Desde la formulación del principio de autonomía de la voluntad se entendió que este, en cuanto libertad, no podía ser absoluto, pues de acuerdo con los fundamentos mismos de la teoría contractualista propia del iluminismo y que inspira, a su vez, el principio de autonomía de la voluntad, las libertades, para ser ejercidas, deben estar limitadas en beneficio de los demás sujetos, quienes gozan de libertades equivalentes.

47 "Sin embargo, este poder de legisladores no puede desbordar el marco de las partes contratantes. Si bien las partes son soberanas para determinar su relación jurídica, no disponen del poder de imponer obligaciones a terceros. Es el efecto del contrato, según el cual las convenciones no tienen efectos sobre terceros que no han intervenido en el acuerdo. El ejercicio de la libertad de unos no podría perturbar la libertad de otros, 'Cada persona es el mejor juez de sus intereses pero no de los intereses de los demás'". BENAVIDES RUSSI. *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, cit., p. 99.

48 HINESTROSA FORERO. "El contrato frente al Código de Comercio", cit. p. 15.

En ese sentido, en relación con los ideales liberales racionalistas, la concepción dogmática de la autonomía de la voluntad aparecía limitada por un concepto de orden público cuya función era garantizar el ejercicio efectivo de esa libertad, de forma que no fuera restringida por ningún agente, es decir, cumplía el papel propio del *Estado gendarme*: aquel que como árbitro busca solucionar las luchas entre los particulares en el ejercicio de sus libertades y solo puede intervenir en esa forma a través de normas imperativas de policía.

Teniendo clara la función de ese orden público, denominado por el profesor GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ *orden público barrera*, se entiende por qué el objetivo es mantener el margen de actuación de la autonomía de la voluntad lo más angosto y lo menos discrecional posible; es así como este solo se podía manifestar a través de normas imperativas expedidas por el legislador, lo que provocaba que fuera un orden público inmutable o cuando menos, estático⁴⁹.

No obstante las razones explicadas antes, la concepción racionalista entró en crisis. Igual le ocurrió al concepto de orden público, sobre todo porque se mostró insuficiente para enfrentar la realidad histórica –toda vez que era un concepto estático, desarrollado por leyes imperativas emanadas del legislador–, propia de la revolución industrial, así como las subsiguientes transformaciones de la modernidad que revelaron las injusticias y la desigualdad características del dogma de la autonomía de la voluntad, que no conducían a la prosperidad general sino al abuso de la posición dominante y al predominio de los intereses egoístas.

En consecuencia, el concepto de orden público mutó desde su función misma, siendo ahora: garantizar los principios básicos que permiten la vida en sociedad, desarrollándose, entre otras, las funciones de dirección de la economía y protección de las partes, los consumidores, los terceros, etc.

49 GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.^a ed., Bogotá, Temis, 2009, p. 8: “El legislador, y únicamente él, en cuanto tuviese un origen democrático y fuese, por tanto, el representante del pueblo en la gestión del Estado, estaría facultado para determinar el contenido del orden público, mediante el repertorio preciso de leyes imperativas y prohibitivas, de obligatoria observancia por los ciudadanos y también por los otros órganos del poder público, gobernantes y jueces”.

Estas nuevas funciones necesitan de un orden público flexible, integrado ya no solo por normas imperativas emanadas del legislador sino también por principios (no positivizados, al menos en forma expresa)⁵⁰ presentes en la sociedad misma, en su cultura, decantados por el juez del contrato⁵¹ y en la actualidad, incluso, por la autoridad administrativa.

En este punto es pertinente aclarar, conforme lo hace OSPINA FERNÁNDEZ, que el Código Civil colombiano deriva del Código Civil chileno⁵² de ANDRÉS BELLO LÓPEZ, y aunque este a su vez fue copiado en su mayor parte (hay temas que no son de influencia francesa) del Código Civil de Napoleón (*Code Civil*), al momento de la redacción por BELLO había transcurrido medio siglo de vigencia de dicho código y el racionalismo ya se encontraba en crisis, por lo que en nuestro derecho civil el concepto de orden público no es equivalente a la ley y responde más a la segunda manifestación explicada⁵³.

50 FERNÁNDEZ SESSAREGO. "Reflexiones en torno a la autonomía de la voluntad", cit.: "De conformidad con el ordenamiento jurídico hispano, los autores antes citados señalan tres límites a la autonomía de la voluntad. Ellos son la ley, la moral y el orden público. Pero, a continuación subrayan a este respeto que lo primero que se observa es la falta de fijeza absoluta de los límites de la autonomía. Ellos son líneas fluctuantes porque tanto el concepto de orden público como la concreción de lo moral o inmoral en materias de derecho privado son variables que están en función de las coordenadas históricas vigentes. De este hecho derivan que es relevante el papel del juez como intérprete de las corrientes sociales, políticas y económicas de la época".

51 "Finalmente, ante la impotencia del legislador para regular concretamente las fluctuantes necesidades de la vida social y para dictar un repertorio *ne varietur* de las normas llamadas a regular dicha vida conforme a los dictados de un orden público legal e inmutable y se les ha tenido que reconocer a los otros órganos del poder público, distintos del legislativo, y especialmente al órgano judicial, facultades discrecionales para apreciar, en cada caso, la conformidad o disconformidad de los actos jurídicos celebrados por los particulares con los dictados del orden público, con lo cual se ha asestado otro rudo golpe al antiguo imperio de la autonomía de la voluntad. OSPINA FERNÁNDEZ. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., p. 12.

52 También conocido como Código Andrés Bello, de 14 de diciembre de 1855, disponible en [http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf].

53 OSPINA FERNÁNDEZ. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit. "Se ha dicho que don ANDRÉS BELLO, al organizar esta importante materia, se inspiró directamente en la concepción racionalista del Código de Napoleón [...] Sin embargo, esta idea es equivocada, pues al terminarse la redacción de la obra del señor BELLO, ya había transcurrido medio siglo desde la expedición del Código Francés, y la mencionada concepción se encontraba en franca crisis y había sufrido el rechazo enfático de parte de sectores muy importantes de la doctrina y también de la jurisprudencia de los tribunales, inclusive en Francia".

Resta tan solo preguntar cuáles son las consecuencias de sobrepasar el límite del orden público en los actos o contratos como manifestaciones del principio de autonomía privada. Para responder a esta pregunta, basta transcribir los correspondientes artículos del Código Civil y el Código de Comercio:

Artículo 1519 del Código Civil: Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación.

Inciso segundo del artículo 1524 del Código Civil: Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Artículo 1741 del Código Civil: La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

En el artículo 899 del Código de Comercio se dispuso:

Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos; y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

2. La autonomía de la voluntad en la contratación de la Administración Pública

Habiendo agotado las referencias generales al tema de la autonomía de la voluntad es necesario establecer: a. La forma en que este principio, en su más acabada concepción como autonomía privada, encuentra relación con la contratación por parte de la Administración Pública, en donde en estricto sentido no se está frente a particulares sino ante una autoridad que solicita la colaboración de un particular, quien mediante la ejecución de un negocio jurídico facilita que se realice en forma adecuada la prestación de un servicio o función pública; y b. Las condiciones que regirán las relaciones privadas en el marco de un negocio jurídico.

Frente a esa situación, se destaca que una de las discusiones más interesantes en el mundo del derecho administrativo es, precisamente, determinar si la Administración Pública en sus relaciones jurídicas y en especial en sus relaciones contractuales puede o le está vedado hacer uso de la autonomía de la voluntad, dada la presencia del principio de legalidad como fundamento de las actuaciones administrativas.

El problema ha sido expuesto por la doctrina en los siguientes términos:

Una vez expuesto uno y otro concepto hay que determinar ante qué nos encontramos cuando la administración contrata: ante una manifestación de la autonomía de la voluntad (en cuyo caso habría que concluir la insuficiencia de la dicotomía potestades regladas-potestades discrecionales como explicación del carácter totalizador de la actividad administrativa) o ante el ejercicio de una potestad discrecional, institución ajena al concepto de autonomía (lo que necesariamente nos conduciría a adaptar al derecho administrativo el concepto que hemos construido de contrato desde el derecho civil)⁵⁴.

La doctrina ha dado múltiples respuestas a este problema, siempre bajo dos posiciones extremas. Un sector sostiene que la autonomía de la voluntad y el sometimiento de la Administración Pública al principio de legalidad son incompatibles, de tal manera que la administración jamás obra haciendo uso de la autonomía de la voluntad sino en ejercicio de potestades discrecionales, concepto que sí es compatible con el principio de legalidad. A su vez, otro sector de la doctrina afirma que la administración siempre puede obrar haciendo uso de la autonomía de la voluntad, en especial cuando se trata de celebrar contratos, pues el uso de esa técnica jurídica propia del derecho privado involucra todos sus elementos, entre ellos, el ejercicio de la autonomía de la voluntad que la caracteriza.

En nuestro criterio, como se explica a continuación, el concepto de autonomía de la voluntad no puede ser ajeno al ejercicio de las funciones y actividades propias de la Administración Pública, sobre todo cuan-

54 BUSTILLO BOLADO. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, cit., p. 83. Sobre este problema, igualmente, cfr. WERNER FLUME. *El negocio jurídico*, Madrid, Fondo Cultural del Notariado, 1998, pp. 60 y ss.

do utiliza la figura del contrato, la cual se encuentra cimentada en la mencionada autonomía. Vale anotar que no se trata de la aplicación pura y simple de la autonomía de la voluntad, pues lo cierto es que por la Constitución, la Administración continúa sometida al principio de legalidad, de tal manera que es necesario hacer compatibles los dos conceptos, esto es, que la aplicación de la autonomía de la voluntad en las actuaciones de la Administración Pública debe verse modulada o matizada como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de legalidad administrativa. En este sentido, con mucha precisión, el profesor JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ sostiene lo siguiente:

Encuadrados en el radio de acción de lo público o lo estatal, la sobredosis de autonomía que deviene del derecho privado se merma frente al imperio arrogante que trae de suyo la obligación de cumplir cabalmente con la legalidad. No hay duda, toda la legislación que regula la materia de los contratos públicos, tanto en España como en Colombia, marca criterios formales y materiales de acción, delimitando de este modo la actuación de la administración en su actividad contractual. Esto significa que tiene su voluntad vinculada a la ley (principio estricto de legalidad), la cual, en principio, está obligada a desarrollar.

[...]

La normativa contractual juega, a decir del mismo [JOSÉ LUÍS] VILLAR PALASÍ, como límite de validez de su autonomía de la voluntad, pero no como inspiradora del contenido de esta, o sea, el postulado de la autonomía de la voluntad no entra a regular aquellos campos que pertenecen exclusivamente a la esfera del derecho público, en razón del interés colectivo que los fundamenta⁵⁵.

La anterior aseveración se basa en el siguiente planteamiento: en primer lugar, habrá que reiterar el punto de vista de LÓPEZ SANTAMARÍA⁵⁶ en el sentido que los contratos, por su naturaleza precisa y dinámica, son el instrumento adecuado para abordar temas como la colaboración de los particulares con la administración en la consecución de los fines del Estado, lo que por sí solo es un indicio de la necesidad de predicar la aplicación del principio y las consecuencias de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal. Sin embargo, ese argumento de uti-

55 JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, Bogotá, Externado, 2003, pp. 304 a 306.

56 LÓPEZ SANTAMARÍA. "Auge y deterioro de la libertad contractual", cit., p. 319.

lidad deberá ser comprobado con disposiciones de derecho positivo, en atención a la diferente naturaleza de las actuaciones del Estado en comparación con las de los particulares⁵⁷, toda vez que el actuar de los primeros debe estar siempre sustentado en autorizaciones legales previas. Sobre ese particular, se debe partir del inciso final del artículo 150 de la Constitución, en el cual se establece que “compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”.

Con respecto a la necesidad de autorización legal para hacer uso del mecanismo contractual y la libertad del legislador para determinar la forma en que puede emplearse esa herramienta, afirma el citado BENAVIDES RUSSI:

Exigencia Constitucional: El primer tipo es la autorización general prevista por el último inciso del artículo 150 de la Carta según el cual “compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”. La Constitución confirió al legislador la determinación del marco jurídico general dentro del cual las entidades estatales pueden celebrar sus contratos.

La Ley 80 concreta esta autorización. Este marco es la Ley 80 que define, como lo afirma su primer artículo, “las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales⁵⁸”.

En consecuencia, si de acuerdo con la Constitución el legislador es libre de establecer las reglas y los principios que rigen los contratos celebrados por el Estado y esa definición se realizó en forma general en la Ley 80 de 28 de octubre de 1993⁵⁹, deberá acudir a ese cuerpo normativo para determinar si el principio de autonomía de la voluntad rige en los contratos estatales, de manera expresa referido a los artículos 32 y 40 según los cuales:

57 Artículo 6.º Constitución Política de 1991: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

58 BENAVIDES RUSSI. *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, cit., p. 115.

59 *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [<http://www.suin-juris-col.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1790106>].

Artículo 32: Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

Artículo 40: Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

Conforme a las disposiciones transcritas, resulta obligado concluir que, al igual que en el derecho privado, en la contratación estatal está vigente el principio de autonomía de la voluntad⁶⁰, aunque limitado en uno y otro contexto por el orden público en su acepción moderna que, es importante reiterarlo, no se encuentra ahora circunscrita a lo establecido en forma estática por las leyes imperativas, sino por principios valorativos que a ellas subyacen y que deben ser interpretados de acuerdo con el momento y lugar en que se aplican.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha destacado que si bien es cierto que la Ley 80 de 1993 introdujo el concepto de autonomía de la voluntad a la celebración de los contratos estatales por parte de la Administración Pública, también lo es que dicho concepto no es idéntico al del derecho privado, pues se encuentra limitado⁶¹. Como

60 Para el objeto de este trabajo resulta oportuno reproducir la cita de BENAVIDES RUSSI sobre el debate parlamentario de la Ley 80 de 1993, en punto de la autonomía de la voluntad: "Luego, durante el primer debate en las comisiones conjuntas de Senado y Cámara, los senadores GUSTAVO ESPINOSA [JARAMILLO], ALFONSO LATORRE [GÓMEZ] y TITO EDMUNDO RUEDA [GUARÍN] insistían en esta característica esencial del proyecto, que se oponía fundamentalmente al antiguo régimen del Decreto Ley 222 de 1993, 'caracterizado por la desigualdad contractual, por la preponderancia exorbitante de un Estado paquidérmico, con múltiples obstáculos que impiden la eficiencia y la eficacia en su gestión, *carente de mecanismos ágiles de solución de las controversias contractuales*, todo lo cual ha elevado considerablemente los costos de la contratación y ha generado traumatismos presupuestales". BENAVIDES RUSSI. *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, cit., p. 109.

61 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-230 de 25 de mayo de 1995, M. P.: ANTO-

se ha sostenido atrás, a la Administración Pública se le reconoce la autonomía de la voluntad, pero su ejercicio de la función administrativa se encuentra limitado en forma ostensible por reglas de derecho público⁶².

En la misma dirección se encuentra la jurisprudencia del Consejo de Estado. Así, por ejemplo, este órgano ha sostenido que la aceptación de la autonomía de la voluntad en la contratación estatal no permite desconocer las reglas del debido proceso y del acceso a la administración de justicia como principios constitucionales elementales⁶³. Del

NIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-230-95.htm>]: “El nuevo estatuto de contratación de la Administración Pública, contiene el conjunto de reglas y principios que deben observar las diferentes entidades estatales en la celebración y ejecución de los contratos que se requieren para el cumplimiento de los diferentes fines de utilidad pública e interés social. El Estatuto elimina la distinción entre contratos privados y contratos administrativos y la dualidad de jurisdicciones para conocer de las controversias contractuales e introduce la figura del contrato estatal, la cual le da una fisonomía clara y precisa al contrato de la administración, a su régimen jurídico y rescata para el Estado el principio de la autonomía de la voluntad, dentro de ciertos límites, pilar básico de la libertad contractual propia de las relaciones entre particulares”.

- 62 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-154-97.htm>]: “Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación. Así, por ejemplo, la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley; y tampoco pueden comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, de manera que, la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo. Finalmente, las estipulaciones sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal”.
- 63 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 6 de septiembre de 2011, expediente 39.982, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO: “Es preciso reiterar que el desarrollo de la autonomía negocial no puede llegar a suponer la modificación de las formas previstas en la ley para acceder a la jurisdicción y por ello las condiciones previas que las partes establezcan para intentar resolver sus eventuales diferencias no constituyen un requisito previo para poder acceder a la administración de

mismo modo, ha dicho la jurisprudencia administrativa que el reconocimiento de la autonomía de la voluntad no permite el desconocimiento de los principios del derecho público y, en particular, no autoriza desconocer el interés general, el patrimonio público ni la moralidad administrativa, que son derechos colectivos oponibles a la actuación de la Administración Pública⁶⁴. En forma análoga, ha sostenido que la aceptación de la autonomía de la voluntad no puede traducirse en una autorización para el desconocimiento del principio de legalidad, lo cual se traduce en que dicha autonomía no sustituye la habilitación legal necesaria para hacer uso de los poderes derivados de las llamadas cláusulas o estipulaciones excepcionales⁶⁵.

En suma, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado coinciden en que el concepto de la autonomía de la

justicia. Las partes no están habilitadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa”.

64 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 14 de abril de 2010, expediente 36.054, C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO: “El principio de la autonomía de la voluntad rige en la contratación Estatal, en virtud del mismo los contratos celebrados crean obligaciones entre las partes. b. Las obligaciones que pueden llegar a pactarse en un negocio jurídico estatal no se circunscriben a las consignadas en el estatuto de contratación estatal, en las normas civiles o comerciales, sino que pueden obedecer al libre querer de las partes. c. Aún cuando se reconozca libertad en la determinación de las obligaciones, tratándose de contratos administrativos, estos siempre deben responder a la satisfacción de intereses generales, respetar el patrimonio público y ser acordes con el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Esta circunstancia pone de presente que la libertad negocial reconocida a las autoridades administrativas no es equivalente a aquella reconocida a los particulares y por ello siempre está sometida a principios de derecho público. d. El Estatuto General de Contratación Estatal, reconoce el poder a las partes de estipular obligaciones que den contenido a negocios jurídicos que no son nominados o típicos, posibilidad enmarcada obviamente dentro de las necesidades del servicio, sin que ello implique un desconocimiento de las limitaciones que puedan llegar a desprenderse del ordenamiento jurídico”.

65 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 1.º de diciembre de 2008, expediente 35.827, C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO: “el principio de autonomía de la voluntad no puede invadir la esfera reservada para el principio de legalidad, máxime si la discusión gira en torno a una potestad o cláusula de tipo excepcional al derecho común, que permite a la administración contratante ejercer determinaciones que modifican el contrato, y pueden llegar, inclusive, a imponer sanciones en cabeza del contratista. En ese sentido, la autonomía de la voluntad no puede suplir la habilitación legal necesaria para estos efectos, toda vez que, como se precisó, la existencia y el ejercicio de la cláusula de caducidad depende de forma ineluctable de la previa y expresa consagración en la ley, en los términos fijados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993”.

voluntad, que parece tan propio del derecho privado, sí resulta aplicable al derecho administrativo y a la celebración de contratos por parte de las entidades estatales de la Administración Pública. Sin embargo, también precisa la jurisprudencia que la aplicación de ese concepto en las relaciones de derecho administrativo se ve matizado y limitado por el principio de legalidad y por las finalidades constitucionales que debe cumplir la Administración.

En coherencia con lo anterior, cuando se trata de límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad en la contratación de la Administración Pública, también aparecen las especialidades propias del derecho administrativo. Así, en primer lugar, el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 es explícito en señalar que el ejercicio de la autonomía de la voluntad no se encuentra tan solo limitado por las normas de orden público y de las buenas costumbres, sino que la libertad de determinación del contenido del contrato permite la inclusión de toda clase de cláusulas y estipulaciones “siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”.

Como puede verse, en materia de contratación estatal, además de las normas imperativas de orden público, el ejercicio de la autonomía de la voluntad se encuentra limitado por los principios y las finalidades constitucionales de la Administración Pública, los principios y las finalidades de la contratación estatal previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y los principios y las finalidades de la buena administración. En consecuencia, la aplicación del principio de legalidad impone unos límites adicionales, propios de la contratación administrativa, al ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de la Administración Pública⁶⁶.

66 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 1.º de agosto de 2002, expediente 21.041, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR: “Es cierto que todo contrato legalmente celebrado es ‘ley’ para las partes, pero, precisamente, sólo aquellos que sean convenidos ‘legalmente’, mas no los que contravengan el ordenamiento jurídico, porque en tal evento, bien pueden ser anulados por el juez (art. 1602 Código Civil); peor aún cuando mediante el acuerdo de voluntades se pretende desconocer o derogar las normas y principios de derecho público [...] Con mayor razón si se trata, como en el presente caso, de contratos estatales, porque, según se expuso atrás, en

Efecto seguido de esa ampliación de los límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad fue el incremento de las causales de nulidad de los contratos estatales frente a sus homólogos de derecho civil. Es así como, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 80 de 1993, además de las causales de nulidad propias del derecho privado mencionadas atrás al hacer la presentación general del postulado de la autonomía de la voluntad, los contratos estatales son nulos por causas propias del derecho administrativo.

Señala del artículo 44 de la Ley 80 de 1993:

De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

- 1.º Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
- 2.º Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;
- 3.º Se celebren con abuso o desviación de poder;
- 4.º Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
- 5.º Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

En resumen, en la actualidad y a la luz del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública⁶⁷, no cabe duda de que la Administración puede hacer uso de la autonomía de la voluntad como mecanismo para celebrar contratos, dotarlos de contenido e, incluso, definir la solución de sus controversias. Sin embargo, también es cierto que el ejercicio de esa autonomía de la voluntad no tiene la mis-

ellos están no solo interesados, sino, directa y esencialmente comprometidos, el orden y el interés públicos, dado que la actuación estatal siempre ha de estar orientada por el principio de legalidad. En efecto, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 6.º, 121, 122 y 123 de la Carta Política, toda la actuación del Estado, incluida en ella, por supuesto, la contractual, está sujeta a las prescripciones constitucionales y legales que determinan las funciones de sus órganos y autoridades y la forma de ejercerlas”.

67 Ley 80 de 1993, cit.

ma amplitud y libertad que en el derecho privado, pues los principios constitucionales de la función administrativa, en especial el principio de legalidad, lo limitan de manera seria sin que ello implique que lo eliminan.

3. Autonomía de la voluntad y arbitraje

Teniendo claro en qué consiste hoy el principio de autonomía de la voluntad, cómo se encuentra limitado y su plena vigencia en materia de contratación estatal, resta tan solo establecer cómo se relaciona este asunto con el objeto del presente trabajo.

Para el efecto, vale la pena comenzar con una cita del profesor MARCO GERARDO MONROY CABRA, quien con toda claridad relaciona el arbitraje con la autonomía de la voluntad, en los siguientes términos:

La fundamentación del arbitraje se encuentra en la autonomía privada que es aceptada en cuanto no contraríe el orden público o el interés social. La idea que sustenta el arbitraje es la renunciabilidad de los derechos subjetivos privados⁶⁸.

De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que el arbitraje es una institución que se fundamenta en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la medida en que, por último, las partes tienen poder para decidir no hacer uso de la justicia estatal, de la justicia institucionalizada. Es por eso que el artículo 116 de la Constitución Política –base constitucional fundamental del arbitraje en el derecho colombiano– señala que los particulares pueden administrar justicia en calidad de árbitros, siempre y cuando medie una habilitación de las partes. En consecuencia, la aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en el arbitraje no solo se fundamenta en la habilitación de las partes, sino que sin esta no puede funcionar la solución arbitral.

La importancia del postulado de la autonomía de la voluntad en el arbitraje ha sido explicada así por la Corte Constitucional:

68 MARCO GERARDO MONROY CABRA. *Arbitraje comercial, nacional e internacional*, 3.^a ed., Bogotá, Librería del Profesional, 2011, p. 5.

La voluntad de las partes se manifiesta en diferentes aspectos del sistema arbitral: por medio de su acuerdo, deciden libremente que no acudirán a la justicia del Estado para resolver sus diferendos, establecen cuáles controversias someterán al arbitraje, determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir, dentro del marco general trazado por la ley. La voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, y se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral, como se señalará más adelante. Más aún, como consecuencia del acuerdo de voluntades reflejado en el pacto arbitral, las partes aceptan por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento⁶⁹.

En este punto es pertinente destacar que la doctrina extranjera diferencia entre el arbitraje forzoso y el arbitraje voluntario. El primero “nace de la decisión del legislador cuando es impuesto para la solución de determinadas cuestiones”, mientras que el segundo “tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes quienes eligen la vía del arbitraje para la solución de las controversias”⁷⁰.

Sobre la base de la exigencia constitucional de la habilitación de las partes para hacer uso del arbitraje, la Corte Constitucional colombiana ha concluido que en el derecho nacional solo es posible hacer uso del arbitraje voluntario. Por esta razón declaró inexecutable diversas normas que obligaban a la utilización del arbitraje para solucionar determinadas controversias, al considerar que en esos casos se echaba de menos el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la habilitación de las partes.

Por ejemplo, declaró inexecutable el artículo 19 de la Ley 142 de 11 de julio de 1994⁷¹, de conformidad con el cual las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios debían incluir en sus estatutos una cláusula arbitral⁷²; los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 23

69 Sentencia SU-174 de 2007, cit.

70 SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS y HEBE M. LEONARDI DE HERBÓN. *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 14.

71 *Diario Oficial*, n.º 41.433, de 11 de julio de 1994, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30019356>].

72 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 20 de mayo de 1997, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-242-97.htm>].

de diciembre de 1999⁷³, que regulaban la conformación y el funcionamiento de tribunales de arbitramento pactados en contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda con entidades financieras, porque por ser contratos de adhesión no era clara la existencia de una habilitación de las partes⁷⁴ y el artículo 19 de la Ley 182 de 20 de enero de 1995⁷⁵, en virtud del cual si no se llegaba a un acuerdo entre los concesionarios del servicio de televisión y las empresas de servicios públicos o el Estado sobre el uso de la infraestructura de redes de cableado, ductos y postes existentes para efectos de facilitar la transmisión de la señal, se habría de someter la controversia a arbitramento de conformidad con el Código de Comercio⁷⁶

Para la Corte Constitucional es claro que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, además de ser las partes quienes en forma directa deciden acudir al juez arbitral para la solución de su controversia, son ellas quienes deben escoger a los árbitros o jueces. Por ello la Corte declaró inexecutable las normas de la llamada “etapa prearbitral” que asignaban a los centros de arbitraje y conciliación diversas funciones relacionadas con la primera etapa del proceso, entre ellas la de designar los árbitros, por cuanto violaban el principio constitucional de la habilitación⁷⁷.

Por último, para la jurisprudencia es claro que, en virtud de la aplicación de la autonomía de la voluntad al arbitraje y del consecuente principio constitucional de habilitación,

73 *Diario Oficial*, n.º 43.827, de 23 de diciembre de 1999, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1662325>].

74 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1140 de 30 de agosto de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1140-00.htm>].

75 *Diario Oficial*, n.º 41.681, de 20 de enero de 1995, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1793938>].

76 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-060 de 24 de enero de 2001, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-060-01.htm>].

77 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1038 de 28 de noviembre de 2002, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1038-02.htm>].

el pacto arbitral debe resultar de la libre discusión y autónoma aceptación por las personas concernidas, sin apremio alguno, a la luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal curso de acción, y no de una imposición que afecte su libertad negocial”⁷⁸.

En ese orden de ideas, queda a cabalidad claro que los límites a la autonomía de la voluntad explicados atrás también son predicables del arbitraje, aunque no de manera absoluta sino dentro de los términos del ordenamiento jurídico imperativo, los principios y finalidades constitucionales, los principios y finalidades propios de la contratación estatal y los principios y finalidades de la buena administración.

En últimas, el pacto arbitral es la expresión más clara de cómo la autonomía de la voluntad es el fundamento básico para poder hacer uso de la institución del arbitraje, pues en virtud de dicho principio las partes deciden: a. Acudir a un tribunal de arbitramento para la solución de una controversia; b. Las reglas de fondo aplicables a la solución de esta; c. Las reglas de procedimiento que van a gobernar el funcionamiento del tribunal de arbitramento; d. Los elementos propios del llamado “contrato arbitral”; e. Los nombres de los árbitros, en fin, todos los elementos necesarios para zanjar sus diferencias frente a un asunto determinado. De ahí que sin pacto arbitral no pueda haber solución de un litigio por parte de un tribunal de arbitramento⁷⁹.

Dada la importancia del pacto arbitral, en el siguiente aparte se hace una presentación de dicho acuerdo a la luz del principio de habilitación y de la aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad.

78 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-330 de 2012, cit.

79 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de 7 de diciembre de 2005, expediente 29.235, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO: “La cláusula compromisoria que corresponde al pacto celebrado entre las partes de un contrato, con el fin de excluir del conocimiento de la jurisdicción competente un determinado asunto, para someterlo a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, tiene su sustento en la libre autonomía de la voluntad de las partes y por ende su alcance está circunscrito a lo manifestado por estas, habida cuenta de que sólo la voluntad de los contratantes expresada en tal sentido, habilita a particulares para administrar justicia en los términos del artículo 116 Superior. La determinación de la competencia de los árbitros y por ende de los temas que las partes han decidido retirar de la jurisdicción institucional del Estado, se deriva de los precisos términos en que se haya pactado la cláusula compromisoria”.

B. El pacto arbitral como expresión del principio de habilitación

Amparados en los principios básicos de las libertades individuales –en particular, en la autonomía de la voluntad–, los ciudadanos pueden tomar decisiones que les beneficien en aras de su bienestar y desarrollo. Esto permite que los sujetos puedan determinar el mejor modo posible para resolver sus conflictos en función de las especificidades de estos (p. ej., circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como características propias de un tipo de negocio). Si bien debe ser el Estado el llamado a velar por los bienes, la seguridad, la honra y los derechos de sus subordinados, este puede dejar al libre albedrío de los individuos escoger la forma preferente de resolver sus propias cuestiones. Esto, claro está, sin afectar asuntos de interés público o derechos ajenos (tema que se tratará más adelante).

En un Estado social de derecho, que no se pretende invasor de la vida y decisiones de las personas, es posible que se deposite la confianza suficiente en los ciudadanos para que estos, por sus propios medios y del modo que mejor tengan a bien, solucionen los inconvenientes que tan solo a ellos compete.

La libertad contractual se fundamenta en la libertad individual y la autonomía de la voluntad, a través de las cuales el individuo ejerce la potestad de negociar, suscribir los contratos que le interesen, con quien así lo considere, en las condiciones que quiera pactar y con las limitantes que impone la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres. En nuestro ordenamiento dicha libertad se deriva y fundamenta en lo dispuesto por el artículo 6.º de la Constitución Política⁸⁰.

Como la protección de los bienes de los ciudadanos es deber del Estado, este se reserva para sí la facultad de decidir sobre los problemas que afectan a la colectividad a fin de conservar la paz y el orden social. No obstante, el mismo Estado reconoce a sus miembros la capacidad de utilizar determinadas alternativas, si así lo tienen a bien en su voluntad,

80 “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

para solucionar las diferencias que entre ellos surjan. A partir del reconocimiento de dicha autonomía se han instituido los mecanismos alternativos de solución de conflictos, los cuales son, como su nombre lo indica, una opción para que las partes no tengan que acudir a la jurisdicción en busca de un arreglo y puedan dirimir por sí mismas sus controversias a través de una alternativa negociada o mediante la intervención de un tercero, manifestando su voluntad de hacerlo de este modo.

Entre los mecanismos alternativos de solución de conflictos se tienen: la conciliación, el arbitraje, la amigable composición y la mediación⁸¹. Aquí se tratará de manera específica el arbitraje, en concreto, la aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en el pacto arbitral.

1. Concepto, naturaleza y contenido del pacto arbitral

En aplicación del concepto de autonomía de la voluntad analizado atrás, el pacto arbitral corresponde a un negocio jurídico en virtud del cual las partes de un conflicto existente o potencial deciden, de manera libre y autónoma, que este no será solucionado por la justicia estatal formal sino por los particulares en su calidad de árbitros. La doctrina lo define así:

Es un negocio jurídico de naturaleza contractual mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de deferir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originados en una relación contractual, extracontractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria⁸².

El pacto arbitral es, en criterio unánime de la doctrina⁸³, un negocio de naturaleza contractual fruto del ejercicio de la autonomía de la vo-

81 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-017 de 20 de enero de 2005, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-017-05.htm>].

82 JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI. *Régimen arbitral colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2013, p. 157.

83 Cfr. ROQUE JERÓNIMO CAIVANO. *Arbitraje*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 109 y ss.; GIL ECHEVERRI. *Régimen arbitral colombiano*, cit., pp. 157 y ss.; RODRIGO BECERRA TORO. *Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal*, Cali, Cámara de Comercio de Cali, 2013, pp. 134 y 135.

luntad de las partes en litigio existente o potencial, por lo cual a él resultan aplicables los requisitos de formación propios del contrato, así como los límites explicados respecto al ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha insistido en el carácter negocial del pacto arbitral y en su origen en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en litigio. En este sentido, ha expresado la Sala de Casación Civil:

En línea de principio, la fuente generatriz del arbitramento es un acto dispositivo, *rectius*, “pacto arbitral” o negocio jurídico “compromisorio” (cas. civ., Sentencia de 17 junio de 1997, exp. 4781), fruto de la autonomía privada, por cuya inteligencia, las partes de un conflicto, litigio, disputa o *res dubia*, determinado, actual y presente (compromiso, *compromissum de cum promittere* [tanto como prometer]; *simil promittere stare setentia e arbitri* [prometer al mismo tiempo, atenerse al parecer de un árbitro], artículo 117 de la Ley 446 de [7 de julio de] 1998^[84]) o de una, varias o todas las controversias contingentes, hipotéticas, potenciales e inminentes derivadas de la formación, celebración, ejecución y terminación de un contrato mediante acuerdo contenido en cláusula expresa (*accidentalía negotia*) o en documento anexo (cláusula compromisoria, *pactum de compromittendo*, artículo 116 de la Ley 446 de 1998), con sujeción al ordenamiento jurídico disponen someter su conocimiento y decisión a un tribunal arbitral (*arbiter ex compromisso*) investido en virtud de la disposición de las partes por mandato constitucional expreso de la función pública jurisdiccional de administrar justicia, idénticos poderes disciplinarios, de coerción, ordenación, investigación, deberes y responsabilidades de los jueces permanentes, esto es, dotado por excepción, en forma temporal y transitoria de *iurisdictio, auctoritas, potestas e imperium*, originando un proceso judicial de única instancia por carencia de superior funcional, sujeto a las directrices preordenadas por las partes y el legislador, al respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales, especialmente, el debido proceso, el derecho de defensa, contradicción y acceso a la administración de justicia, comprensivo de un procedimiento integrado de diversas etapas procesales en las cuales se profieren providencias judiciales de trámite o interlocutorias, concluyéndose mediante un laudo o sentencia arbitral definitiva decisoria de la *litis* planteada (Sala de Casación Civil, Sentencia de revisión de 13 de agosto de 1998, [S-069-1998], exp. 6903), con plenos efectos vinculantes de cosa juzgada respecto de los asuntos transigibles arbitrables *ratione materiæ* (arbitralidad objetiva) o *ratione*

84 *Diario Oficial*, n.º 43.335, de 8 de julio de 1998, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1660326>].

personæ (arbitralidad subjetiva) incluidos en el pacto arbitral sobre los cuales *prima facie* asumió competencia (*kompetenz*, artículos 124 de la Ley 446 de 1998 y 147 del Decreto 1818 de 7 de septiembre de 1998⁸⁵) sin perjuicio de su concreción ulterior en el laudo y susceptible del recurso extraordinario de anulación en materia civil, comercial y contencioso administrativa o de homologación en materia laboral, y del recurso extraordinario de revisión⁸⁶.

La jurisprudencia transcrita explica con toda claridad que el pacto arbitral, al que denomina también “negocio jurídico compromisorio”, en concreto, la voluntad de las partes es la fuente primigenia del arbitraje, mecanismo que se asemeja a cualquier relación contractual. También expone que el compromiso puede versar sobre una o varias controversias, latentes o potenciales, que se deriven de la relación contractual de las partes.

En el derecho positivo colombiano, además de lo expresado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se acaba de citar, la naturaleza del pacto arbitral se encuentra ratificada por el artículo 3.º de la Ley 1563 de 2012 ya citada que señala:

el pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

Aunque la norma no se refiere de modo expreso a la naturaleza contractual del pacto arbitral, el carácter de “negocio jurídico” y la pluralidad de partes permiten entender con toda claridad que se trata de un contrato en virtud del cual las partes se comprometen a que determinadas controversias entre ellas serán resueltas por un tribunal de arbitramento.

Como consecuencia de lo anterior, cuando se trata de un pacto arbitral se está dentro de la órbita de las declaraciones de voluntad regidas

85 *Diario Oficial*, n.º 43.380, de 7 de septiembre de 1998, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1831140>].

86 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 1.º de julio de 2009, expediente 11001-31-03-039-2000-00310-01, M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS, reiterada en Corte Suprema de Justicia, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 19 de mayo de 2011, expediente 11001-22-03-000-2011-00412-01, M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

por el principio de autonomía de la voluntad y, por lo mismo, debe ser analizado a la luz del derecho de las obligaciones. En ese sentido, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1502 del Código Civil, para su validez, en primer lugar, debe verificarse la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa.

En cuanto a la capacidad de las partes para acudir al arbitraje, además de analizarse el aspecto subjetivo de cada sujeto en el caso concreto respectivo, en materia de arbitraje administrativo siempre deberá verificarse que la entidad estatal tenga capacidad para celebrar contratos y, por lo mismo, para celebrar pactos arbitrales. Lo anterior significa que en materia de derecho administrativo la capacidad contractual implica la capacidad para ser parte de un contrato arbitral y para celebrar un pacto arbitral⁸⁷.

A su vez, respecto del consentimiento, es claro que como negocio jurídico de naturaleza contractual el pacto arbitral debe ser celebrado libre de vicios, esto es, ser fruto de una expresión libre y autónoma de la voluntad, pues de otra manera no sería válido. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha expresado:

Adicionalmente, esta Corporación ha señalado que el pacto arbitral, en tanto negocio jurídico, puede encontrarse viciado de nulidad cuando quiera que la voluntad de las partes esté distorsionada o gravemente comprometida. No obstante, la consecuencia derivada de tal circunstancia es aún más trascendental que aquella originada en la nulidad de cualquier otro acto o declaración de voluntad. En efecto, los vicios del consentimiento de los suscriptores de un pacto arbitral no solo afectan la validez de dicho negocio jurídico, sino que comprometen adicionalmente la legitimidad de cualquier decisión que los árbitros adopten en virtud de él. Es por ello que para la jurisprudencia constitucional es indispensable que el pacto arbitral resulte de la voluntad libre y autónoma de las partes de someter sus diferencias a la decisión de particulares, y no de la imposición de la parte más fuerte en la relación negocial. En adición, el pacto debe ser sumamente claro e inequívoco de la intención de los contratantes de deferir sus conflictos a la decisión de la justicia arbitral⁸⁸.

87 Cfr. MYRIAM SALCEDO CASTRO. "La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las partes para concluir contratos de arbitraje", en EDUARDO SILVA ROMERO y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA (coords.). *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis y Universidad del Rosario, 2005, pp. 113 y ss.

88 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-511 de 30 de junio de 2011, M. P.: JOR-

En virtud de lo anterior, no cabe duda que las exigencias propias del consentimiento en un contrato son aplicables al pacto arbitral. Pero, además, queda claro que a los pactos arbitrales se les aplican los vicios del consentimiento propios de los contratos: error, fuerza y dolo, con los requisitos y características señaladas en el Código Civil.

En cuanto al objeto del pacto arbitral, el artículo 3.º de la Ley 1563 de 2012 es claro en señalar que es “someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”. En ese contexto y dada la autorización contenida en el artículo 116 de la Constitución Política, en principio, no cabe duda sobre la licitud y la validez del objeto del pacto arbitral. Sin embargo, como se explicará más adelante, no cualquier controversia es susceptible de ser sometida a un arbitraje. Los criterios aplicables al respecto son conocidos como arbitrabilidad objetiva, materia que limita la validez del objeto del pacto arbitral⁸⁹.

La consecuencia de ese objeto del contrato arbitral, como bien lo señala el artículo 3.º de la Ley 1563 de 2012, es “la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”, es decir, la obligación de no hacer: no someter a la jurisdicción institucional del Estado la respectiva controversia.

Sobre esta obligación, el Consejo de Estado en reciente cambio jurisprudencial, consideró que si se ha celebrado un pacto arbitral la jurisdicción del Estado no tiene competencia para conocer de la controversia, salvo que las partes lo deroguen en forma explícita. Por consiguiente, esta debe ser llevada ante un tribunal de arbitramento en forma obligatoria. De esta manera, la jurisprudencia administrativa recogió la tesis que permitía una renuncia tácita al pacto arbitral, reforzando la obligación de hacer y de no hacer derivadas de la celebración de un pacto arbitral. Sostuvo el Consejo de Estado:

GE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-511-11.htm>].

89 Cfr. ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ. “La arbitrabilidad objetiva”, en EDUARDO SILVA ROMERO y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA (coords.). *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis y Universidad del Rosario, 2005, pp. 311 y ss.

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que ha de decidir el conflicto entre ellas presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas puede conocer y decidir sobre el particular.

En suma, cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral, de modo que, si una de las partes que concurrió a la celebración de un pacto arbitral acude al juez de lo contencioso administrativo, en lugar de convocar un tribunal de arbitramento, dicho acto no desaparece, ni siquiera si el demandado no excepciona falta de jurisdicción, y ello supone, necesaria e indefectiblemente, que el juez contencioso al que se asigne el caso le dé aplicación rechazando la demanda o declarando la nulidad de lo actuado, esto último con apoyo en las causales 1 y 2 del artículo 140 del C. de P. C.⁹⁰.

En todo caso, es preciso ser cuidadoso en el análisis del respectivo pacto arbitral, pues la obligación de someter a un tribunal de arbitramento la controversia y la renuncia a acudir ante los jueces institucionales depende del contenido del pacto. Así, dichas obligaciones solo se predicán de los asuntos señalados en el pacto arbitral correspondiente. Sobre este tema ha dicho el Consejo de Estado:

... ha dispuesto la jurisprudencia de esta Sección que hay dos formas de determinar el objeto de un pacto arbitral, en primer lugar, se ha dicho que cuando este ha especificado de manera expresa los conflictos de los cuales conocerán los árbitros, solamente serán esos los temas objeto del arbitramento y en segundo lugar, cuando no se delimitó el alcance de la competencia de los árbitros, estos podrán conocer en forma genérica de todos los conflictos derivados del contrato que subyace a la cláusula compromisoria⁹¹.

90 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 18 de abril de 2013, expediente 17.859, C. P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

91 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 17 de noviembre de 2011, expediente 40.415, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

En cuanto al contenido del pacto arbitral, el tantas veces mencionado artículo 3.º de la Ley 1563 de 2012 señala que “en el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo”, esto es, si el fallo será producido en derecho o en equidad, aunque también precisa que “si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho”. Al respecto, no puede olvidarse que de conformidad con el artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012, cuando se trata de un arbitraje administrativo, esto es, de un arbitraje en el cual hace parte una entidad estatal, solo es válido el pacto de un arbitraje en derecho.

Así mismo, en el pacto arbitral debe señalarse la clase de arbitraje, el cual, de conformidad con el artículo 2.º de la Ley 1563 de 2012, podrá ser “*ad hoc*, si es conducido de manera directa por los árbitros, o institucional, si es administrado por un centro de arbitraje”. En el caso de un arbitraje en el que sea parte una entidad del Estado, según la misma norma, este siempre será institucional, lo cual no implica que se regule por el reglamento del respectivo centro de arbitraje, sino que puede tramitarse ante un centro autorizado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, pues las reglas de procedimiento, de acuerdo con el artículo 6.º de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009⁹² y el artículo 58 de la Ley 1563 de 2012, son las señaladas en el propio estatuto arbitral, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el Código General del Proceso, en lo pertinente.

En materia de forma, el derecho positivo colombiano deja claro que tanto el compromiso como la cláusula compromisoria deben constar por escrito, esto es, que la forma es un requisito sustancial para la existencia del respectivo pacto arbitral. Pero, además, cuando se trata de un pacto arbitral celebrado por una entidad estatal, dada su naturaleza contractual y de conformidad con los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, este debe constar por escrito⁹³.

92 *Diario Oficial*, n.º 47.240, de 22 de enero de 2009, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1676808>].

93 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de 15 de julio de 2013, expediente 21.847, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN: “Es igualmente dable concluir que el único requisito de forma previsto en la ley respecto del pacto arbitral y específicamente de la cláusula compromisoria, consiste en la exigencia de que conste por escrito”.

Para concluir, es importante reiterar que hasta hace muy poco tiempo la institución del arbitraje se encontraba regulada por otras disposiciones que fueron derogadas, en particular por la Ley 446 de 1998 ya citada en la cual se definía el pacto arbitral así:

Artículo 115. Pacto Arbitral. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

El contraste entre la anterior disposición y el artículo 3.º de la Ley 1563 de 2012 evidencia el gran avance que significó la expedición del actual estatuto arbitral, pues desde la definición del pacto arbitral se advierte una mayor profundidad en la regulación del tema, a pesar de mantener sin modificación los aspectos fundamentales de la figura.

Se anticipa en ambas normas (art. 115 de la Ley 446 y art. 3.º Ley 1563 de 2012) la existencia de dos clases de pacto arbitral válidas, como ya se mencionó: el compromiso y la cláusula compromisoria. La diferencia entre el uno y la otra es el tema que se desarrolla a continuación.

2. Modalidades del pacto arbitral: la cláusula compromisoria y el compromiso

El pacto arbitral, como se acaba de ver, es el género de la institución jurídica por medio de la cual se accede al arbitramento: la manifestación voluntaria por parte de los sujetos en disputa o que prevén una posible disputa, de someterla a arbitraje. Según el momento en que se haga la manifestación se divide en dos especies: el compromiso y la cláusula compromisoria.

Desde el punto de vista del derecho positivo, el artículo 3.º de la Ley 1563 de 2012 señala: “el pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria”, lo cual reitera las dos clases de pacto arbitral: uno en virtud del cual se someten a la justicia arbitral controversias existentes (compromiso) y otro consecuencia del cual se someten a arbitraje controversias futuras (cláusula compromisoria)⁹⁴.

94 Cfr. ROQUE JERÓNIMO CAIVANO. *La cláusula arbitral*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011,

Sobre las dos clases de pacto arbitral, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado lo siguiente:

La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en un contrato o en un documento anexo a él, el cual, como es lógico, debe haberse celebrado o suscrito previamente a cualquier conflicto que surja entre las partes, quienes deben haber manifestado expresamente su voluntad de someter sus diferencias a la decisión de árbitros; en cambio, el compromiso arbitral no forma parte del contrato inicialmente pactado entre las partes, sino que obedece a un acto jurídico posterior al surgimiento de la controversia⁹⁵.

a. La cláusula compromisoria

Como bien lo disponía el artículo 116 de la Ley 446 de 1998, que aunque se trata de una norma derogada se cita porque recoge de manera clara la definición, la cláusula compromisoria es

el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral.

En otras palabras, la cláusula compromisoria es la estipulación que forma parte de un contrato, en virtud de la cual las partes se comprometen a que las controversias relacionadas con dicho contrato –a veces todas las controversias y otras veces las controversias señaladas en la respectiva cláusula, dependiendo de su contenido– sean sometidas a la justicia arbitral. La nota característica de la cláusula compromisoria se encuentra en que las controversias sobre las cuales versa la promesa de sustraerse de la justicia institucional del Estado no son existentes sino potenciales o eventuales⁹⁶. El efecto concreto de celebrar una cláusula compromisoria ha sido explicado por el Consejo de Estado así:

pp. 24 y 25: “En relación con sus modalidades, este acuerdo puede consistir en una estipulación que se refiera a controversias futuras o a controversias ya existentes”.

95 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 18 de abril de 2013, cit. En el mismo sentido, cfr. CONSEJO DE ESTADO. Auto de 15 de julio de 2013, cit.: “cuando las partes suscriben un pacto arbitral –expreso y solemne–, todas las actuaciones que se adelanten ante los jueces institucionales o permanentes, están viciadas de nulidad –tesis de la irrenunciabilidad tácita de la cláusula compromisoria–, habida cuenta de que estos no podrán conocer de tales asuntos por carecer de jurisdicción y de competencia para ello”.

96 GIL ECHEVERRY. *Régimen arbitral colombiano*, cit., p. 219: “Mediante este convenio, las partes contratantes acuerdan solucionar total o parcialmente las diferencias futuras que puedan surgir en relación con un contrato determinado, por medio de un tribunal de arbitramento”.

En virtud de este pacto las partes comprometidas en él, en uso de la libre autonomía de la voluntad, deciden repudiar la jurisdicción institucional del Estado para en su lugar someter la decisión del conflicto que pueda presentarse entre ellas, a la decisión de árbitros, particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos del artículo 116 Superior; así, cualquier conflicto sometido a la cláusula compromisoria, escapa a la decisión de los jueces institucionales del Estado, a menos que las partes decidan derogar tal cláusula, de manera expresa, o tácitamente al aceptar sin réplica la citación que cualquiera de ellas haga a la otra⁹⁷.

Ahora bien, recogiendo jurisprudencia del Consejo de Estado⁹⁸, el artículo 4.º de la Ley 1563 de 2012 señala: “la cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él”. De esta manera, cuando el pacto se encuentre en el pliego de condiciones y no en la minuta del contrato, deberá entenderse que se ha estipulado de manera válida una cláusula compromisoria. Para que dicha cláusula produzca efectos jurídicos, según el mismo artículo 4.º, “deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere”.

Como ya se expresó, sea que esté incorporada en el contrato inicial o anexa a este, la cláusula sirve para precaver la forma de proceder frente al surgimiento de una situación conflictiva futura, es decir, se anticipa a decidir en un momento de no conflicto el modo en que será resuelta una controversia eventual.

97 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de 10 de diciembre de 2009, expediente 37.522, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

98 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ: “Ello obliga a concluir que en aquellos eventos en que –como sucede en el caso que aquí se analiza–, el consentimiento que concluyen las partes para efectos de someter sus diferencias al conocimiento de la justicia arbitral, consta o se forma mediante la voluntad que al respecto consigna inicialmente la entidad estatal contratante en el pliego de condiciones y que, de manera incondicional y oportuna, acepta el interesado mediante su oferta, no es un compromiso –que de por sí sería vinculante–, sino que corresponde a una verdadera y típica cláusula compromisoria, de la cual no podrá decirse, siquiera, que hubiere sido estipulada de manera separada al contrato o por fuera de él, puesto que se encuentra incluida en el contrato mismo, toda vez que, bueno es reiterarlo, los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato, por manera que el contenido y alcance de la respectiva estipulación está llamada a generar los efectos que la ley ha previsto y dispuesto para los casos en que las partes celebran, voluntariamente, claro está, un verdadero pacto arbitral”.

En cuanto al contenido de la cláusula compromisoria, el Consejo de Estado ha sostenido que los elementos esenciales de dicha cláusula son los siguientes:

- i) La identificación de los sujetos contratantes que dan su consentimiento; ii) La determinación del contrato fuente de las obligaciones del litigio eventual o presente; y iii) La mutua e inequívoca decisión de someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento⁹⁹.

En consecuencia, solo en la medida en que se verifique la presencia de esos requisitos dentro de la estipulación contractual puede concluirse que las partes pactaron una cláusula compromisoria y que dicha estipulación genera como efecto que la controversia no sea conocida por la justicia institucionalizada.

Pero además, en concordancia con lo expresado en relación con el pacto arbitral en general, los requisitos genéricos de la cláusula compromisoria son los mismos exigibles a los contratos y corresponden a la existencia de un consentimiento válido, expreso, otorgado por personas con capacidad para obligarse, que verse sobre un objeto lícito y que se produzca en la oportunidad prevista por la ley.

Por último, debe destacarse que uno de los principios fundamentales en materia de arbitraje se concreta en la autonomía de la cláusula compromisoria. En virtud de esta autonomía se generan dos consecuencias muy importantes: de una parte, la invalidez del contrato no vicia la cláusula compromisoria ni le resta competencia al tribunal para decidir sobre la controversia y, de otra, los árbitros sí tienen competencia para conocer de la validez, existencia y eficacia del contrato que la contiene.

La autonomía de la cláusula compromisoria con respecto a la existencia y validez del negocio jurídico principal, así como la validez del laudo que con fundamento en ella se expide –aunque el contrato sea nulo o inexistente–, ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional. La Corte Constitucional, con ocasión de una demanda que rechazaba la posibilidad de que a un contrato nulo le pudiese subsistir una cláusula

99 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 17 de marzo de 2010, expediente 36.537, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

compromisoria, declaró exequible el párrafo del artículo 115 de la Ley 446 de 1998 al considerar:

El legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía –ciertamente, en forma válida– el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto esta ya no tendría un carácter accesorio [...] La acusación del demandante acerca de la irracionalidad de la norma no tiene sustento. El párrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir –es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa– y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos¹⁰⁰.

Complementa su decisión la Corte refiriéndose a la reglamentación de la Cámara de Comercio Internacional, Reglamento de Arbitraje, artículo 6.^o, numeral 4¹⁰¹ y al Reglamento de Arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial¹⁰² en los cuales se admite la autonomía de la cláusula compromisoria.

100 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-248 de 21 de abril de 1999, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-248-99.htm>].

101 El texto del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional al que se hace referencia es el siguiente: “Artículo 6.^o- *Efecto del convenio arbitral* [...] 4. A menos que se haya convenido otra cosa, la nulidad pretendida o la inexistencia alegada no implica la incompetencia del árbitro, si considera la validez del convenio arbitral. El es (árbitro) competente incluso en el caso de inexistencia o nulidad del convenio, para determinar los respectivos derechos de las partes y sus propuestas de demandas y conclusiones”.

102 El Reglamento fue modificado con posterioridad a la sentencia en comento, en 2002, sin embargo, la norma a partir de la cual se define la autonomía de la cláusula persiste en el numeral 2 del artículo 18: “Artículo 18. *Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral* [...] 2. El tribunal arbitral está facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria o convenio arbitral. // A los efectos de este artículo, una cláusula compromisoria o convenio arbitral que forma parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente reglamento, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la invalidez de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral”.

Con base en el mismo artículo 115 de la Ley 446 de 1998, expresó el Consejo de Estado:

La norma transcrita, de manera expresa, determinó algunas de las materias sobre las cuales el legislador consideró que se podían pronunciar los Tribunales de Arbitramento; en efecto, estableció que los tribunales de arbitramento pueden conocer procesos en los cuales se debata la existencia y validez del contrato. Así, la ley expresamente faculta a los árbitros para pronunciarse sobre las materias mencionadas.

La disposición no admite inteligencia distinta; no solo porque sus términos son absolutamente claros en el sentido de que “podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato”, sino porque sería un contrasentido consagrar la autonomía de la cláusula compromisoria respecto de la validez del contrato, si no se autorizara, al mismo tiempo, la posibilidad que tienen los tribunales de arbitramento para decidir sobre ella.

[...]

Luego, si es el legislador quien tiene la potestad para determinar cuáles son las materias que pueden ser objeto de decisión arbitral, y es él quien, en el caso de la validez de los contratos, decide impartir autorización a los tribunales de arbitramento para que se pronuncien sobre su existencia y validez, no hay duda de la competencia que ostentan sobre este aspecto concreto.

Así, nos encontramos, en este caso, frente a una norma especial que, al establecer, de manera expresa, la competencia de los tribunales de arbitramento, debe ser aplicada y respetada.

Adicionalmente, la Sala considera pertinente señalar que la facultad de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la validez del contrato ha sido reconocida también en las normas internacionales¹⁰³.

La mencionada autonomía ha sido ratificada por el artículo 5.º de la Ley 1563 de 2012, según el cual, “la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria”, lo cual genera como consecuencia, según la misma norma, que “podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido”.

103 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de 14 de agosto de 2003, expediente 24.344, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

También debe tenerse en cuenta que la Ley 1682 de 2013 ya citada “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos sobre infraestructura de transporte...” incluye en el artículo 14 unos limitantes en cuanto a lo que se puede pactar en la cláusula compromisoria:

Artículo 14. *Solución de controversias.* Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas.

Así mismo, de manera especial aplicarán las siguientes reglas:

- a) Las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias, relativas al contrato, deberán proferirse en derecho;
- b) Las partes podrán acordar los asuntos jurídicos, técnicos o financieros que someterán a decisión, total o parcialmente;
- c) Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales;
- d) En caso de pactarse el uso del amigable componedor, las entidades objeto de la presente ley deberán incluir en la cláusula respectiva las reglas que garanticen los derechos de igualdad, publicidad, contradicción y defensa;
- e) El ejercicio de dichos mecanismos no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de [18 de enero de] 2011^[104] o demás normas que le adicionen, modifiquen o sustituyan;
- f) Queda prohibido a las entidades públicas objeto de la presente ley, nombrar los integrantes del panel arbitral o de amigable componedor en la cláusula compromisoria relativa o inequívocamente referida al contrato, o a documentos que hagan parte del mismo en los pliegos de condiciones. Se seguirán las reglas de nombramiento de la Ley 1563 de 2012;

104 *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [<http://www.suin-juris-col.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1680117>].

g) Las entidades contratantes deberán definir desde los pliegos de condiciones el perfil de los árbitros y amigables componedores, de tal manera que sus condiciones personales y profesionales, sean idóneas respecto del objeto del contrato y las actividades a desarrollar por las partes;

h) Ningún árbitro, amigable componedor o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de tres (3) tribunales o amigable componedor en que intervenga como parte una entidad pública objeto de la presente ley, o en los conflictos relativos a estas;

i) Las entidades objeto de la presente ley deberán en las cláusulas compromisorias limitar los honorarios de los árbitros o de los amigables componedores. En caso de que la cláusula respectiva no disponga de fórmula de reajuste, el límite no podrá ser modificado ni actualizado por los árbitros o los amigables componedores;

j) Las entidades públicas incluirán los costos y gastos que demanden el uso de tales mecanismos en sus presupuestos.

Parágrafo. En los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley por autonomía de la voluntad de las partes se podrá dar aplicación a las reglas que prevé el presente artículo.

Llama la atención que tan solo se refiere a la cláusula compromisoria sin incluir el compromiso en sus limitaciones ni acudir a la fórmula genérica de pacto arbitral, lo cual pudo ser una imprecisión del, a veces, afanado legislador.

b. El compromiso

A diferencia de la cláusula compromisoria que versa sobre controversias potenciales, eventuales o futuras, el compromiso es la modalidad de pacto arbitral que se refiere a controversias existentes. De esta manera, en virtud del compromiso, las partes de una controversia que ya ha aparecido se obligan a someter su solución a un tribunal de arbitramento.

Sobre esta modalidad de pacto arbitral, la doctrina ha señalado que

el compromiso arbitral es un acuerdo de voluntades a través del cual, luego de verificado el conflicto de intereses, las partes acuerden el sometimiento a arbitraje o los aspectos concretos de su funcionamiento¹⁰⁵.

105 CAIVANO. *La cláusula arbitral*, cit., p. 26.

Se trata pues de un negocio jurídico de carácter contractual referido de modo necesario a una controversia que en efecto existe, lo cual lo diferencia con claridad de la otra modalidad de pacto arbitral: la cláusula compromisoria¹⁰⁶.

Entonces, el factor determinante de la clasificación de las especies de pacto arbitral que se establece entre las partes es el elemento temporal respecto al surgimiento del conflicto: la cláusula compromisoria es el pacto que se instituye previo al surgimiento del conflicto y compromiso, el pacto que se establece una vez surgido el conflicto y las partes deben decidir cómo se tramitará su solución.

Las siguientes son las diferencias que expone el autor JULIO JACOBO BENETTI SALGAR¹⁰⁷ respecto de una y otra figura:

(a) *Conexidad*: la cláusula compromisoria se considera incluida en un contrato, o pactada adicionalmente para aplicarse al mismo como un anexo; mientras que el compromiso se considera como un contrato individual separado de la anterior relación jurídica pues nace después del conflicto; (b) *Objeto*: la cláusula compromisoria posee una finalidad preventiva, puesto que se concibe cuando el conflicto aún no se ha suscitado, su objeto es amplio; el compromiso posee una finalidad reparativa del conflicto, su objeto es determinado; (c) *Agotamiento*: dado que la cláusula compromisoria va unida al desarrollo del contrato, su duración es permanente, dura lo que dure aquél; pero el compromiso, al ser estipulado para un objeto en específico, perece una vez se cumpla, se agota con su práctica; (d) *Naturaleza de su objeto*: se entiende que la cláusula compromisoria, al ir unida al contrato, está referida a los conflictos suscitados en las relaciones contractuales; el compromiso, por su parte, puede estar referido a estas controversias como a las extracontractuales; y (e) *Sucesión*: la cláusula compromisoria se puede extender a los sucesores de los contratantes, puesto que ellos reciben el contrato en su totalidad; mientras que el compromiso se entiende firmado entre las partes, por mucho se extenderá a sus sucesores procesales.

Por su parte, DARÍO HENAO RESTREPO¹⁰⁸ enumera las siguientes características con respecto al compromiso:

106 Cfr. GIL ECHEVERRY. *Régimen arbitral colombiano*, cit., p. 279: "La diferencia sustancial entre ambas figuras consiste en que la primera se relaciona con controversias futuras, al paso que la segunda se refiere a controversias presentes, que, por tanto, deben estar individualizadas y especificadas en el convenio".

107 Cfr. BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano*, cit., pp. 75 y 76.

108 DARÍO HENAO RESTREPO. *Grandes temas del derecho comercial*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1993.

bilateralidad, onerosidad principal (a pesar de desarrollarse en el marco de un conflicto surgido en otro contrato, el compromiso es autónomo y no requiere a ningún otro para su validez), aleatorio (no se conoce el posible resultado), resolutorio (su objetivo es definir la situación jurídica que está en conflicto), solemne (requiere figurar en documento y contener unos datos básicos) y necesidad de un conflicto (debe existir el conflicto que será sometido a arbitramento).

Desde el punto de vista normativo, el compromiso se encuentra previsto en el artículo 5.º de la Ley 1563 de 2012. En virtud de la citada norma, el compromiso tiene un carácter formal relativo en el sentido de que “podrá constar en cualquier documento”, lo cual se traduce en que puede existir en un documento producido incluso por medios electrónicos, sin que sea necesario ni que esté firmado ni que se trate de una escritura pública o documentos similares, inclusive, puede darse como consecuencia de documentos separados¹⁰⁹.

Sin embargo, no puede perderse de vista que a pesar de que la norma mencionada determina que el compromiso puede estar contenido en cualquier tipo de documento, debe interpretarse en armonía con lo dispuesto en la Ley de documentos electrónicos –Ley 527 de 18 de agosto de 1999¹¹⁰– para que el pacto tenga plena validez.

Pero, además, el mismo artículo 5.º de la Ley 1563 de 2012 señala como requisitos sustanciales del compromiso los siguientes: “1. Los nombres de las partes. 2. La indicación de las controversias que se someten al arbitraje. 3. La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar”. Como puede verse, las exigencias normativas del compromiso son bastante lógicas y coherentes. En efecto, como se trata de la modalidad de pacto arbitral aplicable para cuando ya ha surgido el litigio, la norma exige que se identifiquen tanto las partes en conflicto como las controversias que se llevarán ante el tribunal de arbitramento, es decir, que se delimite con suficiente claridad y en forma inequívoca la controversia sometida a conocimiento de la justicia arbitral.

109 Cfr. *Ibíd.*, p. 277.

110 *Diario Oficial*, n.º 43.673, de 21 de agosto de 1999, disponible en [<http://www.suin-juris-col.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1662013>].

Sobre esos requerimientos normativos debe anotarse que respecto de lo ordenado por el artículo 117 de la Ley 446 de 1998 ya citada, la nueva norma no exige que se precise en el compromiso el domicilio de las partes, de tal manera que basta con su identificación para entender cumplido el requisito legal.

En resumen, esta especie de pacto arbitral es un negocio jurídico para cuya validez y operatividad se requiere reunir los principales elementos de cualquier acuerdo de voluntades. Pero en este caso, las partes acuerdan cómo resolver un conflicto presente y determinado sometiéndose a lo que decida un tribunal arbitral. Salta a la vista que en este caso el conflicto ya ha surgido, está latente y es conocido en todo por las partes, situación que es la que motiva y justifica el acuerdo en cuestión.

3. Breve aproximación al pacto arbitral y al arbitraje en el derecho comparado

Para finalizar este aparte, es conveniente presentar de manera muy general algunas soluciones de derecho comparado en materia arbitral, en razón a que resultan útiles para las propuestas que se hacen en el capítulo segundo en relación con el problema jurídico planteado.

a. Argentina

A diferencia de Colombia que tiene una organización política centralista, la República Argentina adoptó la forma de República Federal, por lo cual no cuenta con una legislación uniforme en materia de arbitraje; las materias procesales son independientes para cada provincia, por ende, el arbitraje también, como lo explica el árbitro y profesor argentino JULIO CÉSAR RIVERA¹¹¹.

Sin embargo, existen normas nacionales en las que se consagra la posibilidad de acudir al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos.

111 JULIO CÉSAR RIVERA. "El arbitraje en Argentina", *Revista de Derecho Comparado*, n.º 11, 2005.

Por ejemplo, el artículo 14 bis, párrafo segundo de la Constitución de la Nación Argentina¹¹², lo declara como una garantía laboral dirigida en especial a los gremios de trabajadores¹¹³ pero no dice nada respecto a los demás ciudadanos, como sucede en otros países.

Para estos últimos ciudadanos se aplica lo determinado en varios artículos del Código Civil y Comercial de la Nación¹¹⁴, pero siempre haciendo referencia a las materias en específico: por ejemplo, para el contrato de locación de servicios se dispone que si no se pactó el precio o se debe ajustar a la costumbre, la controversia será resuelta por árbitros. A su vez, es el Libro VI “Del Proceso Judicial”, Título I “Juicio Arbitral” (arts. 736 a 765), del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹¹⁵ el que define lo relevante al proceso arbitral, pero es necesario aclarar que dicha disposición solo se aplica a los procesos arbitrales que se diluciden en tribunales federales de todo el país o nacionales con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En este país se determina como parte de las normas procesales que “la sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior”, lo que indica que el pacto puede estar integrado o no al contrato; pero lo más importante es que también se establece que a este proceso se puede someter “toda cuestión entre las partes”¹¹⁶. Se exceptúan en forma específica las materias que no puedan ser objeto de transacción, quedando por fuera de lo transigible lo que no hace parte de la esfera del comercio¹¹⁷. Corresponde a las partes determinar de modo específico que el compromiso corresponde a un arbitraje, ya

112 Ley n.º 24.430, sancionada el 15 de diciembre de 1994, promulgada el 3 de enero de 1995, disponible en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>].

113 Dispone el párrafo 2 del artículo 14 bis constitucional, dedicado a las garantías laborales: “Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; *recurrir a la conciliación y al arbitraje*; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”. (Resaltado fuera del texto).

114 Ley n.º 26.994, promulgado según Decreto 1795/2014, disponible en [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf].

115 Ley n.º 17.454, disponible en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>].

116 *Ibíd.*, artículo 736.

117 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, *cit.*, artículo 844.

sea en derecho o en equidad, o por defecto se entenderá que se trata de un “juicio de amigables componedores”¹¹⁸.

Del mismo modo, aquellos que puedan transigir podrán someter a arbitraje, y aquellos que requieran autorización especial para lo primero, también la requerirán para lo segundo. El pacto arbitral o compromiso es solemne, con requisitos y contenido específico. Las partes pueden decidir sobre el nombramiento de los árbitros, el procedimiento, el lugar, el plazo para el laudo y la renuncia a recurrir. La norma a través de la cual se permite la renuncia se encuentra en el artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹¹⁹.

En caso de no pronunciarse las partes sobre las normas procesales a las cuales quieren acogerse, los árbitros decidirán entre seguir el procedimiento de un juicio ordinario o el de uno sumario. Se les prohíbe, sin embargo, imponer medidas compulsatorias y de ejecución, aunque se les permite tomar medidas cautelares. Contra el laudo procede en todo caso, aunque se haya renunciado, el recurso de nulidad por falta esencial del procedimiento, fallo fuera de plazo o sobre puntos no sometidos a su arbitrio.

La normatividad civil, comercial y procesal comentada aquí con brevedad, se complementa, en el caso de los contratos de obra pública, con la Ley n.º 13.064^{de} 6 de octubre de 1947¹²⁰. En el artículo 55 de esta ley se establece que el contratista y la autoridad administrativa podrán convenir someter las diferencias a un tribunal:

Todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación e interpretación de los contratos de obras públicas, derivadas de los mismos, deberán debatirse ante

118 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, cit., artículo 766.

119 El texto completo es el siguiente: “Artículo 760. *Renuncia de recursos*. Aclaratoria. Nulidad. Si los recursos hubiesen sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna. // La renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible. // Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente”.

120 Ley Nacional de Obras Públicas, sancionada el 29 de septiembre de 1947, promulgada el 13 de octubre de 1947, disponible en [http://www.feliperodriguez.com.ar/wp-content/uploads/2013/02/LEY_NACIONAL_DE_OBRAS_PUBLICAS1.pdf].

la jurisdicción contencioso administrativa, renunciando expresamente los contratistas a toda otra jurisdicción.

La exigencia de este artículo será voluntaria para el contratista hasta tanto no se dicte la ley que rija el trámite en lo contencioso administrativo. *En caso de someterse el contratista al actual trámite podrá convenir con la autoridad administrativa un tribunal arbitral que decida en única instancia.* (Resaltado fuera de texto).

Como se aprecia, en la legislación argentina todavía no se promueve la solución de controversias por vías alternativas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en materia de contratación administrativa. Por el contrario, parece primar la obligatoriedad de esta última sobre la jurisdicción arbitral.

b. Perú

La llamada Ley de Arbitraje de Perú se promulgó no como una ley en sentido estricto sino a través del Decreto Legislativo 1071 de 28 de junio de 2008¹²¹, que reemplazó la Ley General de Arbitraje de 1996¹²². En concepto de los juristas peruanos, esta es una de las legislaciones más avanzadas en cuanto a arbitramento, y pueden tener razón considerando las características integradas a la norma vigente, como son: la falta de solemnidad en la celebración del convenio arbitral; la extensión de los efectos del laudo a terceros que hayan participado en la

121 *Diario Oficial El Peruano*, 28 de junio de 2008, disponible en [<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01071.pdf>].

122 La anterior legislación es la antigua Ley General de Arbitraje, Decreto Ley n.º 26.572, de 6 de enero de 1996, disponible en [<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26572.pdf>], que en materia internacional acogió varias de las normas de la Ley Modelo Uncitral, pero que se consideró dispersa, en especial, por establecer normas de procedimiento diferentes según el tipo de arbitramento: nacional o internacional. A propósito del modelo Uncitral: la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI– es un órgano subsidiario de la Asamblea General, que prepara textos legislativos internacionales para ayudar a los Estados a modernizar el derecho mercantil y textos no legislativos para facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales. Ver COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL –CNUDMI–. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, Viena, CNUDMI, 2008, disponible en [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf].

negociación, celebración, ejecución o la terminación del contrato; y su flexibilidad frente al procedimiento a seguir de acuerdo con la voluntad de las partes.

La Ley de Arbitraje hizo parte de una renovación legislativa más amplia¹²³ que comprendió la expedición de varios decretos a la vez, entre cuyos objetivos también se encontraba agilizar los procesos contenciosos y los procedimientos conciliatorios¹²⁴.

Llama la atención que, a diferencia de otros estatutos nacionales, la Ley de Arbitraje no parte de la definición de la institución jurídica¹²⁵. Su primer título inicia con el ámbito de aplicación de la ley, frente a lo cual cabe resaltar que el enfoque es determinar qué legislación ha de pri-

123 El 1.º de septiembre de 2008 entraron en vigor las nuevas normas peruanas entre las que figuran la ley que regula el proceso contencioso administrativo (Decreto Legislativo n.º 1067 de 28 de junio de 2008, *Diario Oficial El Peruano*, 28 de junio de 2008, disponible en [<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01067.pdf>]) y la que agiliza los procedimientos de conciliación (Decreto Legislativo n.º 1070 de 28 de junio de 2008, *Diario Oficial El Peruano*, 28 de junio de 2008, disponible en [<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01070.pdf>]).

124 Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se trata de una tendencia que venía desde la legislación anterior: a través de la Ley de contrataciones y Adquisiciones del Estado peruano –Ley 26.850 de 9 de julio de 1997, *Diario Oficial El Peruano*, año xv, n.º 6.246, 3 de agosto de 1997, disponible en [<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26850.pdf>]- no se daba a los contratistas ni a las entidades la opción de decidir entre acogerse a la justicia administrativa o a los tribunales de arbitramento, simplemente se ordenaba someterse de manera obligatoria a uno de dos mecanismos de solución alternativa de conflictos: o bien se conciliaba o se convocaba a un arbitramento. En el artículo 53 de dicha ley se había establecido: “Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente. // El arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados de conformidad a lo que establezca el Reglamento. // El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes. // Asimismo se comunicará de inmediato al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones, quien impondrá las sanciones correspondientes. // Los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia”.

125 No quiere decir esto que la legislación no contenga una definición de arbitraje. El convenio arbitral se define más adelante –en el artículo 13 de la misma Ley de Arbitraje– como un acuerdo en el cual “las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”.

mar cuando a la solución de la controversia arbitral resultan aplicables normas internacionales. La norma de conflicto peruana fue redactada en los siguientes términos, poniéndose con claridad a tono con la internacionalización de su inversión y por consiguiente, de sus conflictos jurídicos y económicos:

Artículo 1º.- *Ámbito de aplicación.* 1. El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, *en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria.* (Resaltado fuera de texto).

Sobre el enfoque respecto de la amplitud de aquello que puede ser objeto de pronunciamiento arbitral, en el artículo 2.º la precitada ley estableció y aclaró:

Materias susceptibles de arbitraje. 1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

El numeral 1 del artículo 2.º aparece citado dentro de las fuentes de comparación tenidas en cuenta por los legisladores colombianos al discutir el proyecto de ley que se convirtió en la Ley 1.563 de 2012 ya citada. Sin embargo, la redacción que se le dio marcó una diferencia importante: en la norma peruana se establece la aplicabilidad casi automática de lo dispuesto en acuerdos internacionales en materia de arbitraje, en la colombiana no.

Sobre la ley peruana en comentario explica CARLOS ALBERTO SOTO COAHUILA:

Nuestra LA (Ley de Arbitraje) ha optado por la técnica legislativa de señalar genéricamente que serán materia de arbitraje, todas las controversias que sean materia de libre disposición de las partes y ha dejado de lado la técnica de enumerar los supuestos que no pueden ser materia de este, como ocurría con la derogada Ley Arbitral de 1996¹²⁶.

126 CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA. "El convenio arbitral en la Ley Peruana de Arbitraje

Más adelante aclara el mismo autor:

Si bien la nueva LA (Ley de Arbitraje) expresa que podrán arbitrarse las materias de libre disposición, debemos precisar que las materias de libre disposición están relacionadas con los intereses esencialmente patrimoniales y privados de las partes, y generalmente son materia de transacción.

Pero la LA es mucho más amplia en materia de arbitrabilidad, pues señala que también se podrá someter a arbitraje las controversias que sean autorizadas por determinada ley, tratado o acuerdo vigente, con lo cual *deja abierta la posibilidad de que la ley o un tratado permitan el arbitraje en materias que no necesariamente sean de libre disposición de las partes*. En la actualidad, es posible el arbitraje en materia de telecomunicaciones, laboral, hidrocarburos, bolsa de productos, protección al consumidor, bolsa de valores, banca y seguros, contrataciones con el Estado, salud, transporte, societaria, propiedad informal, expropiaciones, aeronáutica civil, saneamiento, medio ambiente, etc.¹²⁷. (Resaltado fuera de texto).

La amplitud de la norma es bastante clara: permite no solo que el legislador determine qué materias adicionales a las patrimoniales pueden ser sometidas a conocimiento arbitral, sino que también lo haga el Poder Ejecutivo en virtud de acuerdos internacionales.

Desde el punto de vista colombiano, el numeral 2 del artículo 2.º de la Ley de Arbitraje resulta aún más llamativo que el numeral 1, pues dispone:

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Si bien podría parecer una reiteración de la autonomía, independencia y libertad del tribunal arbitral, el numeral 2 tiene visos de advertencia al limitar en forma expresa la actuación de las entidades del Poder Ejecutivo en cuanto a acudir a prerrogativas propias del Estado con el fin de incumplir lo estipulado en un pacto arbitral. Sin embargo, en la

2008", en *Tratado de derecho arbitral*, t. II, Bogotá, Instituto Peruano de Arbitraje, Universidad Javeriana, Ibáñez, 2012, p. 628.

127 *Ibíd.*, pp. 629 y ss.

norma no se establece si la limitación abarca el cumplimiento del laudo, de los procedimientos o de abstraerse del mecanismo como tal. A falta de una distinción de parte del legislador peruano, quien se refiere al convenio arbitral en general, es probable que se haya pretendido abarcar todas las situaciones posibles. Por consiguiente, resulta razonable interpretar que la intención del legislador (o por lo menos parte de ella) es: (i) Evitar que se propicien discusiones sobre la competencia de los tribunales de arbitramento internacionales; y (ii) Hacer que los actores estatales actúen ante dichos tribunales en igualdad de condiciones que sus contrapartes.

Frente a cualquier duda sobre a quiénes aplica la limitación en comento, la Ley de Arbitraje contiene la siguiente aclaración:

Artículo 4.º- Arbitraje del Estado Peruano. 1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.

Aclaración a la que sigue una segunda:

2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.

Es decir, en Perú no hay discusión respecto de la posibilidad que tienen todo tipo de entidades estatales (o entidades de uno u otro modo vinculadas con el Estado peruano) de acudir al arbitramento para solucionar sus conflictos, con independencia de quién sea su contraparte.

Acto seguido (art. 5.º) se especifica cuáles son las condiciones bajo las cuales se considerará que el arbitraje es internacional: si las partes poseen domicilio en Estados diferentes; si el arbitraje se ubica en un Estado distinto al de sus domicilios; si el lugar de cumplimiento de las obligaciones (una parte sustancial) o el de la controversia está fuera de Perú para las partes domiciliadas en tal país¹²⁸.

128 Artículo 5.º- *Arbitraje internacional.* 1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando

La prohibición de cualquier tipo de intervención de las autoridades en los asuntos que se sometan a arbitraje es desarrollada por el artículo 3.º:

Artículo 3.º.- *Principios y derechos de la función arbitral.*

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo *no intervendrá la autoridad judicial*, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, *decidir acerca de su propia competencia* y dictar el laudo.

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. *Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.* (Resaltados fuera de texto). Resulta clara la intención de que sean los árbitros quienes resuelvan sobre su competencia para decidir, quienes adelanten los procedimientos con total autonomía, y quienes tomen una decisión de fondo, advirtiéndose a los funcionarios judiciales que no pueden prestarse para interferir con las actividades arbitrales y que, en todo caso, tendrán la oportunidad de pronunciarse cuando se cuente con una decisión sobre la cual deban hacerlo y no antes.

A través del artículo 228 de la Ley de Contrataciones del Estado¹²⁹ en Perú se complementó la limitación de las entidades estatales para acu-

en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes. b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios. c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú. 2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral.

129 Decreto Ley n.º 1017 de 31 de diciembre de 2008, disponible en [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_per_dl1017.pdf].

dir a las prerrogativas propias de las personas de derecho público y se dejó sin efecto toda actuación judicial o administrativa cuando sobre la materia avoca conocimiento un tribunal de arbitramento:

Artículo 228.- Regulación del Arbitraje. En cualquier etapa del proceso arbitral, los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán *de oficio* o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los contratos y, en general, *cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos, sometidos al arbitraje conforme al presente Reglamento, debiendo declarar nulo todo lo actuado y el archivamiento definitivo del proceso judicial o administrativo que se hubiere generado, en el estado en que este se encuentre.*

Durante el desarrollo del arbitraje, los árbitros deberán tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa. (Resaltados fuera de texto). En Perú no hay lugar a esperar que se profiera laudo o que este se encuentre en firme, para que los jueces archiven todo proceso que avanzaría de manera paralela al proceso arbitral. Incluso, están en la obligación de declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia, de manera que no queda duda sobre la obligatoriedad de abstenerse de actuar (de parte de los jueces) y de acatar el laudo (por las partes).

La doctrina peruana se refiere a lo anterior como el “efecto negativo del convenio arbitral” y lo explica de la siguiente forma:

En virtud del efecto negativo los jueces y tribunales carecen de competencia para conocer las controversias cubiertas por un convenio arbitral. Ello se debe a que el sometimiento de las controversias a la competencia de un tribunal arbitral, constituye una renuncia implícita a la intervención de los tribunales judiciales.

[...]

En esta medida, el efecto negativo supone la interdicción de los jueces y tribunales de avocarse al conocimiento de las controversias que se han sometido al arbitraje¹³⁰.

Contra el laudo arbitral solo procede el recurso de anulación por siete causales taxativas (art. 63 Dcto. Legislativo 1071 de 2008, cit.):

130 SORO COAGUILA. “El convenio arbitral en la Ley Peruana de Arbitraje 2008”, cit., p. 647.

inexistencia o nulidad del convenio arbitral, indebida notificación de las partes y violación al derecho de defensa, indebida composición del tribunal arbitral o inadecuada actuación del mismo, laudo *extra petita*, decisión sobre una materia no susceptible de arbitraje y que la decisión haya sido tomada fuera del plazo. Cabe resaltar que si ninguna de las partes tiene nacionalidad peruana ni reside en Perú pueden renunciar a la posibilidad de acudir al recurso de anulación, o limitar las causales válidas para exigirlo (num. 8 art. 63 *ibíd.*).

Si bien la nueva legislación peruana avanza de manera positiva en otros aspectos, el último artículo que vale la pena comentar para efectos del presente trabajo académico es el 215 de la Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 215.- *Inicio del Arbitraje* [...] Las controversias relativas al consentimiento de la *liquidación* final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto de la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como las referidas al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje.

El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones del Estado, *pudiendo el OSCE* (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado) *brindar servicios de organización y administración en los arbitrajes administrativos* que se encuentren bajo el régimen de contratación pública y de acuerdo a las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. (Resaltados fuera de texto).

A través de esta norma se abre la puerta para que las diferencias surgidas de la liquidación de los contratos estatales se puedan someter a arbitraje. Pero lo más interesante es la tarea que se deja en manos de la institución que vela por el cumplimiento de las normas de la contratación estatal: organizar la solución de las controversias surgidas con ocasión de dicha contratación. Es, además, un mensaje para que el Estado se especialice en la resolución de sus propios conflictos de manera pacífica y expedita con sus contratistas, que si bien podría interpretarse como una clara sustracción del poder judicial tradicional, también puede entenderse como una evolución hacia el reconocimiento del profundo valor de la institución arbitral en la resolución de controversias surgidas de los contratos estatales.

En este orden se rescatan las palabras de LUCIANO BARCHI VELAUCHAGA:

De la lectura de los diversos artículos del Decreto Legislativo n.º 1071 puede advertirse que el legislador ha adoptado el principio *favor arbitrari*. Así, en caso de duda, porque las partes utilizan en la redacción del convenio expresiones genéricas o más bien vagas para indicar el ámbito de operatividad del mismo convenio sin especificar su alcance, el convenio arbitral debe interpretarse en el sentido que la competencia arbitral se extiende a todas las controversias que derivan de la relación jurídica a la cual el convenio arbitral se refiere¹³¹.

c. Chile

A la fecha, en Chile no existe una ley única sobre la materia sino legislaciones separadas para los tipos de arbitramento: una para el nacional y otra para el internacional. La razón la explica ELINA MEREMINSKAYA¹³²: la adopción de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional¹³³ de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI–, mediante la Ley n.º 19.971 de 29 de septiembre de 2004¹³⁴.

El arbitraje nacional es regulado a través de dos códigos diferentes: el Código Orgánico de Tribunales¹³⁵, Título IX “De los Jueces Árbítrros” (arts. 222 a 243), y el Código de Procedimiento Civil¹³⁶, Título VIII “Del Juicio Arbitral” (arts. 628 a 644). Como lo explica la misma autora, de

131 LUCIANO BARCHI VELAUCHAGA. “Algunas consideraciones sobre el convenio arbitral en el Decreto Legislativo n.º 1071”, en CARLOS ALBERTO SOTO COAHUILA (dir.). *Tratado de derecho arbitral*, t. II, Bogotá, Instituto Peruano de Arbitraje, Universidad Javeriana, Ibáñez, 2012, p. 682.

132 ELINA MEREMINSKAYA. “Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía”, en JUAN ENRIQUE VARGAS VIANCOS y FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ. *Arbitraje y mediación en las Américas*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006, disponible en [<https://es.calameo.com/read/001052864f54dc6c3b4ff>], p. 97.

133 COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL –CNUDMI–. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, cit.

134 Disponible en [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=230697>].

135 Ley n.º 7421, de 15 de junio de 1943, disponible en [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>].

136 Ley n.º 1552, de 28 de agosto de 1902, disponible en [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740>].

estas reglas se desprenden dos categorías de arbitraje doméstico: el arbitraje forzoso y el arbitraje voluntario¹³⁷. El primero es aquel que debe en forma obligatoria surtirse por mandato de la ley como única vía para solucionar un conflicto en una materia específica y el voluntario aquel que ocurre por simple mandato de las partes sobre cualquier cuestión.

Dichas cuestiones obligatorias están contenidas en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales¹³⁸, dejando a la libre disposición de las partes la voluntad de acudir al arbitramento por otras controversias, sin que exista dicha obligación para más materias. Los artículos siguientes establecen algunos asuntos que no pueden ser llevados a proceso arbitral: las cuestiones que versen sobre alimentos, separación de bienes, las causas criminales, las de policía local, las que se susciten entre un representante legal y su representado y aquellas en que debe ser oído el fiscal judicial.

En el campo de la contratación estatal se hace referencia al arbitraje en la Ley de Concesiones de Obras Públicas¹³⁹. En los artículos 36 y 36 bis se establece que determinadas cuestiones de carácter técnico o económico que tengan ocasión en virtud de la ejecución de un contrato o de la aplicación de una norma, pueden ser presentadas ante un panel técnico, nombrado de modo permanente para el efecto¹⁴⁰. Las contro-

137 MEREMINSKAYA. "Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía", cit., p. 98.

138 El texto completo de la norma es el siguiente: *Artículo 227*. Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes: 1. La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades; 2. La partición de bienes; 3. Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas; 4. Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio; 5. Los demás que determinen las leyes. Pueden, sin embargo, los interesados resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil".

139 Decreto 900 de 31 de octubre de 1996, disponible en [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16121>].

140 Artículo 36. Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas. // El Panel Técnico, que no

versias derivadas de la interpretación o de la ejecución del contrato de concesión pueden ser llevadas a una Comisión Arbitral o a la Corte de Apelaciones de Santiago. Incluye el articulado lo relevante al tribunal arbitral, en el cual dos deberán ser abogados, sin que se indique que el laudo deba ser en derecho.

Sin embargo, más adelante (art. 36 bis) se aclara que

ejercherà jurisdicción, deberá emitir, de acuerdo con el procedimiento público establecido en el reglamento, una recomendación técnica, debidamente fundada, dentro del plazo de 30 días corridos, prorrogable por una vez, contado desde la presentación de la discrepancia. // La recomendación será notificada a las partes y no tendrá carácter vinculante para ellas. // La recomendación del Panel no obstará a la facultad del concesionario para accionar posteriormente ante la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque la controversia recaiga sobre los mismos hechos. En tal caso, la recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su sentencia. // Podrán someterse a la consideración del Panel Técnico las discrepancias que se produzcan en relación con: // 1.- La evaluación técnica y económica de las inversiones realizadas por el concesionario, de su estado de avance, de sus costos y plazos, conforme a los niveles de servicios y estándares técnicos establecidos para la respectiva concesión. // 2.- La determinación de la existencia de costos adicionales y sus causas económicas, técnicas o de gestión, o de otros hechos o circunstancias que técnicamente afecten o puedan afectar el normal desarrollo de las obras durante la etapa de construcción. // 3.- La definición de que el valor de las inversiones haya sobrepasado alguno de los límites establecidos en los artículos 19, 20 y 28 ter. // 4.- La determinación de los efectos económicos que tendría en la concesión la realización de obras adicionales. // 5.- La determinación técnica de la tasa de descuento, riesgo del negocio, costos financieros y demás factores económicos que sea necesario establecer para calcular las compensaciones económicas correspondientes al concesionario, en caso de terminación anticipada del contrato de concesión, de realización de obras adicionales o de cualquier otro evento que contemple la ley y que requiera de esos cálculos. // 6.- Las demás discrepancias técnicas o económicas que las partes de un contrato de concesión tengan entre sí con motivo de la ejecución del contrato o de la aplicación técnica o económica de la normativa aplicable a dicho contrato y que, de común acuerdo, sometan a su consideración, así como las demás que indique la ley [...] Los integrantes del Panel Técnico serán nombrados por el Consejo de Alta Dirección Pública, establecido en la Ley n.º19.882, *mediante concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. En el marco del concurso, el Consejo de Alta Dirección Pública deberá constatar la idoneidad de los profesionales elegidos y la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades* que les afecten. El concurso deberá cumplir con el procedimiento establecido en el reglamento de esta ley, y desarrollarse en un plazo máximo de 60 días corridos. // El nombramiento de los integrantes así designados se efectuará mediante resolución del Ministerio de Obras Públicas. // Los integrantes del Panel Técnico, permanecerán seis años en sus cargos, y no podrán ser designados para períodos sucesivos. Su renovación se efectuará parcialmente cada tres años, empezando por los dos abogados. Las designaciones serán efectuadas en listas únicas por el Consejo de Alta Dirección Pública, con acuerdo de cuatro quintos de sus integrantes.

el plazo *para reclamar contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas* será de un año, el que se reducirá a 120 días en el caso de resoluciones que impongan multas, plazo que en todo caso se suspenderá por la interposición de los correspondientes recursos de reposición o jerárquico, hasta su resolución. Vencidos estos plazos prescribirá la acción. (Resaltado fuera del texto).

De lo cual se desprende que también se puede someter a la decisión del tribunal arbitral con ocasión de los actos administrativos del Ministerio de Obras Públicas chileno.

También se afirma que “la Comisión Arbitral tendrá las facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica”. Esto, en el entendido del artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales ya citado, significa que el proceso se llevará en equidad puesto que no está obligado a guardar normas procesales¹⁴¹. Sin embargo, aclara que la sentencia definitiva será con arreglo a derecho, contra la que no procederá recurso alguno, sea que haya sido pronunciada por la Comisión Arbitral o por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Si bien se trata de disposiciones aplicables solo a los contratos de concesión pública, constituye un mecanismo institucional que supera, incluso, el caso peruano, por cuanto el mismo Estado establece la vía alterna a la judicial para resolver las controversias de manera expedita y a través de expertos en la materia.

d. Francia

El caso francés es bastante restrictivo, porque, salvo excepciones puntuales, se parte del principio según el cual los tribunales de arbitramento no son una opción cuando se trata de resolver las diferencias surgidas de un contrato estatal. El principio se deriva de su Código Civil (anterior al Código de los Asuntos Públicos, pero todavía vigente),

141 Reza el artículo 223 en su inciso tres: “El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si estas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil”.

cuyo artículo 2060¹⁴² aún prohíbe la transacción sobre todos aquellos asuntos de las entidades públicas y menos aún que tengan que ver con el orden público.

Sin embargo, el inciso segundo del mismo artículo 2060 contempla la excepción que complementa la regla: los establecimientos industriales y comerciales pueden transar siempre y cuando sean autorizados a través de un decreto.

Al respecto, en la Consulta emitida en 1986 (a propósito de la construcción de Euro Disney en las afueras de París)¹⁴³ por la Sala Plena del Consejo de Estado, se aclaró que dicha autorización no es general, sino limitada a un contrato en particular, y que por consiguiente, una vez otorgada a la entidad estatal, no puede entenderse que esta cuente con la posibilidad de incluir cláusulas compromisorias en todos los contratos que suscribe. Lo que sí se reconoce en la misma consulta es que la autorización por decreto no es la única posible para acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos: también es factible que por vía de acuerdos internacionales, que luego sean incorporados al ordenamiento doméstico, se aprueben excepciones a la regla general.

De acuerdo con la profesora SABINE BOUSSARD¹⁴⁴ ha sido el Consejo de Europa el que ha promovido la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos de manera preliminar, de forma que se pueda tomar una decisión de fondo sobre el objeto de la controversia mientras se pronuncia el juez admi-

142 El texto completo y original del artículo es el siguiente: “On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. // Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre”. Code civil, version consolidée au août 2018, disponible en [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CC47E96DC18B876C0577F6E2D9BD2979.tplgfr28s_2?idSectionTA=LEGISC-TA000033458814&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180821].

143 CONSEIL D'ETAT, Section des Travaux Publics. Avis n.º 339.710, Rapporteur: DANIEL LABETOUILLE, Assemblée générale du 6 mars 1986.

144 SABINE BOUSSARD. “Conciliation, Transaction et Arbitrage”, en *Juris-classeur Administratif*, mayo de 2008.

nistrativo¹⁴⁵. El razonamiento ha sido pragmático: velar por la eficacia del proceso arbitral, que de lo contrario sería suspendido hasta que el juez competente se pronuncie, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 378 del Código de Procedimiento¹⁴⁶ francés¹⁴⁷. Pero a la fecha se trata todavía de una recomendación que no resulta de obligatorio acogimiento por la normatividad ni por la jurisprudencia doméstica.

II. CARÁCTER JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE: EL RECONOCIMIENTO DE JURISDICCIÓN A LOS ÁRBITROS

A. Jurisdicción y derecho de acción: una visión desde la teoría general del proceso

En el presente trabajo resulta fundamental tener claridad sobre el adecuado significado del concepto de jurisdicción, pues este, como lo advierten muy seguido los profesores que se dedican al estudio del derecho procesal, suele utilizarse en forma inapropiada para describir fenómenos jurídicos y procesales de muy distinta naturaleza¹⁴⁸. Para el

145 A través del artículo 4.º de la Recomendación n.º 9 proferida por el Consejo de la Comunidad Europea en el 2001, que la autora citada en *ibíd.*, explica en los siguientes términos: “Si l’arbitre est tenu de statuer en droit pour trancher un litige administratif, peut-il pour autant apprécier la légalité d’un acte administratif? La recommandation du Conseil de l’Europe y est très favorable: «même si les arbitres ne sont pas autorisés à apprécier, à titre principal, la légalité d’un acte en vue de son annulation, ils devraient pouvoir le faire à titre préalable en vue de rendre leur décision sur le fond» (Rec[2001]9, art. 4 ii). La solution inverse obligerait le tribunal arbitral à surseoir à statuer et, partant, porterait gravement atteinte à l’efficacité d’une telle procédure”.

146 Code de procédure civile, dernière modification: 01/01/2018, Institut Français d’Information Juridique, disponible en [http://codes.droit.org/CodV3/procedure_civile.pdf].

147 La norma completa y original es la siguiente: “La décision de sursis suspend le cours de l’instance pour le temps ou jusqu’à la survenance de l’événement qu’elle détermine”. *Ibíd.*, Section I, Le sursis á statuer.

148 Cfr. HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. I, Parte General, 9.ª ed., Bogotá, Dupré Editores, 2005, p. 128: “Analizando los diferentes alcances de la palabra jurisdicción, EDUARDO J. COUTURE señala que tiene diversas acepciones y puede significar el poder de autoridad que se tiene para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio; o el territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal, o también el término de un lugar o provincias o, finalmente autoridad, poder o dominio sobre el otro. COUTURE destaca diversos significados de aquel término, y dice que ‘en el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como

efecto, se partirá del concepto estricto de jurisdicción propuesto por el maestro HERNANDO DEVIS ECHANDÍA:

En sentido estricto, por jurisdicción se entiende la facultad de administrar justicia, como función pública encomendada a un órgano del Estado, que tiene por fin la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos. Y el fin de la jurisdicción se confunde con el del proceso. De modo que la potestad de administrar justicia es función de uno de los órganos del Estado y de ella emerge su soberanía¹⁴⁹.

A partir de esta definición se deben considerar varias cuestiones. En primer lugar, con base en la idea de que la jurisdicción es la función pública de administrar justicia atribuida a un órgano del Estado, la cual consiste en declarar el derecho poniendo en operación la ley a casos concretos, resulta fundamental para resolver el problema jurídico planteado preguntarse por qué es necesaria esa función, por qué debe ser pública y qué importancia y significado tiene que se encuentre encomendada a un órgano estatal.

Estos cuestionamientos nos llevan a lo que se ha denominado el régimen de la autodefensa, asociado con las formas primitivas de organización humana cuando correspondía al particular, a propia mano, defender sus intereses e imponer sus pretensiones, situación que significaba, en palabras de ALBERTO DOS REIS, que “en vez de que la fuerza física estuviese al servicio del derecho, este último se encontraba a merced de aquella”¹⁵⁰.

Frente a esta situación, como lo explica EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, en los más antiguos cuerpos normativos de los que se tiene noticia se tomó, como primera medida, la decisión de limitar las formas de jus-

conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del Poder Público; y en su sentido preciso y técnico, de función pública de hacer justicia” En el mismo sentido, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA. *Nociones generales de derecho procesal civil*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2009, pp. 78 y 79.

149 *Ibíd.*, p. 77. En igual sentido, ENRIQUE VÉSCOVI. *Teoría general del proceso*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 1999, p. 99: “la jurisdicción es la función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho”.

150 JOSÉ ALBERTO DOS REIS. *Processo ordinário e sumário*, t. I, 2.ª ed., Coimbra, Editora Coimbra 1928, p. 96.

ticia privada con la conocida Ley del Tali3n como un instrumento de proporcionalidad, evoluci3n que continu3 con diferentes alternativas ensayadas por el poder p3blico. Expone el profesor GARCÍA MÁYNEZ:

Procur3 despu3 desempe1ar el papel de 3rbitro o conciliador para sustituir la lucha individual por una composici3n amigable. Y por 3ltimo fue reservando paulatinamente para s3 la soluci3n directa del conflicto. De este modo se lleg3 al principio seg3n el cual la defensa privada es s3lo caso de excepci3n, en tanto que la regla est3 constituida por la soluci3n oficial de los litigios, a trav3s de la funci3n jurisdiccional¹⁵¹.

Con lo anterior queda explicado con suficiencia para el objeto que aqu3 se pretende, el origen de la jurisdicci3n como funci3n p3blica basada en la necesidad que, ante un conflicto de derechos entre dos sujetos, sea un tercero imparcial dotado de poder p3blico, quien aplicando la ley en el caso concreto, solucione la controversia. En el derecho moderno, la jurisdicci3n es una manifestaci3n del poder p3blico, o mejor, de la soberan3a del Estado. Al respecto afirma HERNANDO MORALES MOLINA:

En sentido subjetivo significa una parte del poder del Estado, la soberan3a con referencia a la funci3n de justicia, a diferencia de la soberan3a en el aspecto militar, financiero, etc. [...] por medio de la jurisdicci3n el Estado interviene en las relaciones de los particulares para declarar e imponer el derecho en casos particulares, es decir, para dar a cada cual lo suyo (*suum quique tribuere*), obrando seg3n y conforme a la ley¹⁵².

Al constituirse la funci3n jurisdiccional en una funci3n p3blica, que se justifica en la medida en que el Estado ejerce su soberan3a para solucionar los conflictos que se presentan y de esta manera impedir que se imponga la fuerza sobre el derecho y la raz3n, en concepto de DEVIS ECHANDÍA se producen dos consecuencias en relaci3n con la naturaleza jur3dica de la jurisdicci3n:

151 EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ. *Introducci3n al estudio del derecho*, 37.ª ed., Bogot3, Esquilo, 2003, pp. 227 y 228. Sobre esta evoluci3n, cfr. BEATRIZ QUINTERO y EUGENIO PRIETO. *Teor3a general del proceso*, 4.ª ed., Bogot3, Temis, 2008, pp. 210 y ss.

152 HERNANDO MORALES MOLINA. *Curso de derecho procesal civil*, Parte general, 4.ª ed., Bogot3, Lerner, 1960, p. 16.

De lo expuesto en este capítulo se deduce que así como el Estado tiene la obligación de actuar, mediante su órgano jurisdiccional, para la realización o el acercamiento o declaración de certeza de los derechos, cuando el particular o una entidad pública se lo solicita con las formalidades legales, así también el Estado tiene el poder de someter a la jurisdicción a quienes necesiten obtener la composición de un litigio o la realización de un derecho [...] De ahí que la jurisdicción pueda ser considerada por un doble aspecto: a) como un derecho público del Estado y su correlativa obligación para los particulares, y b) como una obligación jurídica de derecho público del Estado de prestar su jurisdicción para esos fines y el derecho subjetivo público de los ciudadanos de recurrir ante él, a fin de poner en movimiento su jurisdicción mediante un proceso¹⁵³.

La jurisdicción implica entonces, a su vez, un derecho del Estado de exigir a los ciudadanos que acudan al órgano encargado de administrar justicia para solucionar las controversias en que se encuentren involucrados por una parte. Además, la jurisdicción se traduce en la facultad de los sujetos para acudir ante el Estado, por medio del derecho de acción, en busca de obtener la realización del derecho en los casos concretos y de esta forma la composición de la controversia, mediante la manifestación que el órgano jurisdiccional está obligado a realizar.

¿En qué forma el Estado colombiano ejerce su derecho a exigir a los ciudadanos que acudan ante él para solucionar sus controversias? Para responder la pregunta basta con remitirse al Título v, Capítulo 1, de la Constitución Política, donde se define la estructura del Estado y se afirma, en relación con la función jurisdiccional, lo siguiente:

Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

153 DEVIS ECHANDÍA. *Nociones generales de derecho procesal civil*, cit., p. 81.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

En esta disposición queda con claridad establecido que, en ejercicio de su derecho, el Estado obliga a sus ciudadanos a acudir ante cualquiera de las autoridades y sujetos que ella determina y para las materias que ahí especifica, para que sean estas quienes conforme a un procedimiento antes establecido en la ley, determinen la realización del derecho objetivo en los casos concretos puestos a su consideración y compongan la controversia que se presentó entre los peticionarios.

Así pues, de conformidad con la Constitución, los árbitros, cuando son habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, ejercen la función pública de administrar justicia, están dotados de poder público y, en consecuencia, representan el ejercicio de la soberanía del Estado al igual que los jueces y los magistrados que componen los tribunales y las Cortes. En ello se coincide con HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO en cuanto afirma:

El proceso arbitral no puede considerarse como excepción a la característica de función pública que tiene la jurisdicción. Los árbitros, en el ejercicio de sus cargos, desempeñan una misión que implica jurisdicción, para cuyo ejercicio se equiparan a los jueces. El pacto arbitral no constituye excepción del carácter de función pública que desempeñan los árbitros; únicamente constituye excepción a los requisitos que la ley exige para ser juez (título, nombramiento, confirmación de este, edad, experiencia judicial, etc.); ellos forman parte de la rama jurisdiccional mientras evacúan el encargo que se les otorgó¹⁵⁴.

Sobre este punto se volverá más adelante cuando se aborde el tema de la forma y fundamento del ejercicio de la jurisdicción por los árbitros. Ahora es el momento de ver la otra cara de la jurisdicción planteada por DEVIS ECHANDÍA: el derecho de acción.

De modo preliminar hay que advertir que la palabra acción es polisémica en derecho, por lo que es necesario delimitar el contexto en el que

154 LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, cit., p. 129.

se emplea, toda vez que en cada caso tiene un significado diferente. Sin embargo, “el derecho de acción” se refiere en forma específica al campo del derecho procesal, donde tras una larga evolución doctrinaria, como se verá, se entiende como una manifestación del derecho de petición, en cuanto facultad de acudir ante las autoridades investidas de jurisdicción para provocar un pronunciamiento sobre una pretensión, previo el agotamiento de un proceso¹⁵⁵.

En su origen, el concepto de acción se remonta al derecho romano, en concreto al procedimiento que por estar contemplado en la Ley de las XII Tablas se conocía como las acciones de la ley, y se refería a determinados actos solemnes que se debían surtir en un juicio y de cuya observancia dependía el éxito de la pretensión en cuanto a la decisión del magistrado.

Más adelante se eliminó un poco el ritualismo de las acciones de la ley para dar lugar al procedimiento formulario, en el cual la acción consistía en el derecho de “perseguir en juicio lo que a uno se le debe”¹⁵⁶. Esta célebre definición de CELSO, con algunas precisiones, permaneció en esencia inalterada hasta mediados del siglo XIX¹⁵⁷ cuando se presentó el debate respecto de la naturaleza del derecho de acción, que concluyó con la posición mayoritaria de la independencia y autonomía de la figura. Sobre este punto, LÓPEZ BLANCO afirma:

hoy día, la antigua concepción inspirada en CELSO que propugnaba que “no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe”, que llevó a afirmar o que la acción no es nada diferente del derecho sustancial en su momento dinámico, o el derecho a la tutela judicial nacido de la lesión de un derecho, solo tiene valor histórico; una cosa es el derecho material y otra diversa el derecho a presentar una pretensión que puede estar sustentada o no en el derecho material¹⁵⁸.

155 *Ibíd.*, p. 269.

156 JUAN MONROY GÁLVEZ. *Introducción al proceso civil*, t. I, Bogotá, Temis, 1996.

157 Voz “Derecho de acción”, en GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. II, Buenos Aires, Heliasta, 1992.

158 LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, cit., p. 272.

El debate en torno a si “el derecho de acción depende del sustancial o es, por el contrario, facultad dotada de vida propia”¹⁵⁹ se produjo cuando BERNHARD WINDSCHEID ratificó la teoría clásica según la cual se identifica a la acción romana con el derecho subjetivo material: el derecho es lo que crea, la acción lo que es creado, la acción está al servicio del derecho. La acción moderna está en el lugar del derecho, vinculada a un derecho subjetivo material violado del que asegura su tutela. La acción es la expresión del derecho. A partir de la crítica hecha por JOHANN GEORG THEODOR MUTHER al trabajo de WINDSCHEID se planteó que el derecho de acción y el derecho material son diferentes e independientes. MUTHER sostuvo que el ordenamiento jurídico romano no era el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles, sino el ordenamiento de los derechos y que solo estos eran susceptibles de persecución judicial. Por consiguiente, quien tenía derecho a que se le confiriera el derecho de acción debía tener también un derecho subjetivo.

La polémica entre WINDSCHEID y MUTHER sobre la acción en el derecho romano contribuyó al cuestionamiento de la concepción tradicional que entendía al derecho de acción como una consecuencia o reflejo del derecho material¹⁶⁰; a partir de esta se inició la separación doctrinal entre la acción y el derecho subjetivo material así como un amplio y profundo proceso de revisión y análisis de estos dos conceptos¹⁶¹.

De esa revisión se han ocupado pensadores como BERNHARD VON BULOW, quien destaca en el derecho de acción su carácter autónomo en la relación jurídica del Estado con el particular, y el que solo se mate-

159 GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 230.

160 LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, cit., p. 271: “Puede decirse que hasta mediados del siglo pasado el tema no suscitaba mayor polémica, pues siempre se consideró que la acción era el reflejo del derecho material porque tal como lo anota GIOVANNI PUGLIESE ‘en cuanto a las relaciones de la *actio* con el derecho subjetivo sustancial, era pacífico que tenían un carácter muy estrecho; y la única discrepancia surgía entre quien, como [FRIEDRICH KARL VON] SAVIGNY, concebía a la *actio* como un derecho nuevo surgido de la lesión de otro derecho quien, como [GEORG FRIEDRICH] PUCHTA y [EDUARD] BÖCKING, la consideraba un elemento anexo o accesorio del derecho sustancial”.

161 Cfr. JOSÉ OVALLE FAVELA. *Teoría general del proceso*, 5.ª ed., México, Oxford, 2001, pp. 152 a 155.

realiza en el evento que se interpone la demanda pues esta se traduce en un “acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aún de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales”¹⁶².

ADOLF WATCH sitúa la acción en el contexto del derecho o ley procesal y al igual que VON BULOW le concede cierta autonomía frente al derecho sustantivo. WATCH plantea que el derecho de acción presenta un componente binario: de un lado la exigencia al Estado para el cumplimiento de sus fines esenciales y, de otro, el particular al que se le exige satisfaga el derecho reclamado.

GIUSEPPE CHIOVENDA, a quien se ha llegado a considerar el padre del derecho procesal moderno, ofrece una clara visión de la autonomía de la acción frente al derecho material al definirla como

el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley [y agrega:] La acción es un poder que corresponde frente al adversario, respecto al cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a ninguna cosa frente a este poder; está, simplemente sujeto a él: La acción se agota con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para impedirla, ni para satisfacerla. Tiene naturaleza privada o pública, según que la voluntad de la ley cuya actuación produce tenga naturaleza privada o pública¹⁶³.

En su concepto, el derecho de acción es renunciable o incluso puede ser transferido; es un poder frente al adversario, más que contra el adversario; la acción no supone obligación alguna, es autónoma, se agota con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para evitar esta acción. A diferencia de VON BULOW y WATCH, quienes no le consideran un derecho de carácter público y concreto, pero sí inherente a la persona que lo ejerce y, por lo tanto, irrenunciable.

162 OSKAR VON BÜLOW. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

163 GIUSEPPE CHIOVENDA. “Curso de derecho procesal civil”, en *Clásicos del derecho procesal*, vol. 4, México D. F., Harla, 1997, pp. 407 y ss.

Frente a la postura de CHIOVENDA se ha dicho que olvida que el ejercicio de la mayoría de los derechos es potestativo, sin que se afecte en ningún momento su naturaleza, y que pasa por alto el hecho de que el demandado tiene derecho de contradicción contra la acción del demandante, y frente a sus pretensiones tiene excepciones¹⁶⁴.

PIERO CALAMANDREI¹⁶⁵, quien fue discípulo de CHIOVENDA, opina que el derecho de acción es en resumidas cuentas el derecho a pedir justicia, en tanto que el derecho subjetivo y autónomo existe por sí mismo independiente del derecho sustancial y está dirigido a obtener una determinada providencia jurisdiccional favorable a la petición del reclamante. No obstante, explica que para ejercer el derecho de acción se requiere dar cumplimiento a unos presupuestos procesales que entiende como antecedentes para la validez y existencia jurídica de dicha acción, que permiten que en la relación jurídica procesal se produzca, por ejemplo, tener legitimación y capacidad procesal.

Para JAMES GOLDSCHMIDT¹⁶⁶, por el contrario, la ausencia de dichos presupuestos procesales no impide el nacimiento del proceso, toda vez que estos deben ser considerados en el proceso mismo y no por fuera de él. De igual opinión es FRANCESCO CARNELUTTI¹⁶⁷, para quien en el derecho de acción se encuentra la figura del juez como el portador de las pretensiones del reclamo, para ello no es necesaria la legitimación del demandante como presupuesto procesal que propone CALAMANDREI¹⁶⁸, ya que por su condición de juez está en la obligación de emitir su pronunciamiento. CARNELUTTI es quien empieza a establecer una distinción entre la acción y el derecho:

164 LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, cit., p. 276.

165 PIERO CALAMANDREI. *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 159.

166 JAMES GOLDSCHMIDT. *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Editorial Labor, 1936.

167 FRANCESCO CARNELUTTI. *Sistema de derecho procesal civil*, vol. I, Introducción y función del proceso civil, NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y SANTIAGO SENTÍS MELENDO (trads.), Buenos Aires, Uteha, 1944.

168 PIERO CALAMANDREI. "El concepto de *litis* en el pensamiento de F. Carnelutti", SANTIAGO SENTÍS MELENDO (trad.), en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1945, pp. 264 y ss.

Tan lejos están de confundirse el derecho subjetivo procesal y el derecho subjetivo material, que el uno puede existir sin el otro; yo tengo derecho a obtener del juez una sentencia acerca de mi pretensión, aunque esa pretensión sea infundada. La distinción entre los dos derechos atañe tanto a su contenido como al sujeto pasivo de ellos: el derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en *litis*, y por sujeto pasivo, a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la *litis* y por sujeto pasivo, al juez, en general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta por una parte¹⁶⁹.

Así, para este autor, el derecho de acción estaría dirigido no contra el Estado sino contra el juez, quien ejerce la potestad jurisdiccional, aunque reconozca que es el Estado el que está obligado a dar fin a los conflictos y a tutelar con acciones jurídicas los derechos del reclamante. Es, además, quien plantea una consideración importante en el derecho de acción: este puede interponerse por cualquier ciudadano sin importar si es titular o no del derecho subjetivo, en cuyo caso será el juez quien determine su procedencia.

EDUARDO JUAN COUTURE¹⁷⁰, por su parte, concibe el derecho de acción como un poder jurídico inherente al individuo en tanto que atributo de su personalidad, en otras palabras, es un poder jurídico para acudir y demandar del Estado la protección de sus derechos. Afirma que la palabra acción tiene tres acepciones distintas en el derecho procesal, cuya exposición nos servirá de síntesis, a saber:

i) Se le utiliza como sinónimo del derecho subjetivo material que trata de hacerse valer en juicio. En este sentido, es común que la parte demandada afirme, al contestar la demanda, que la parte actora “carece de acción”, es decir, que no tiene el derecho subjetivo material que reclama en juicio. En el mismo sentido, los juzgadores suelen expresar, en los puntos resolutivos de sus sentencias, que “el actor no probó su acción”, fórmula tradicional con la que indican que dicha parte no demostró tener el derecho subjetivo material que alegó en el juicio. Así, se produce una confusión de acción con derecho material.

169 CARNELUTTI. *Sistema de derecho procesal civil*, cit., p. 104.

170 EDUARDO J. COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, pp. 64 y ss.

ii) La palabra acción también suele ser usada para designar la pretensión o reclamación que la parte actora o acusadora formula en su demanda o en su acusación. La pretensión es la reclamación concreta que la parte actora hace contra la parte demandada, en relación con algún bien jurídico. Es “lo que pide” el actor en su demanda o el acusador en su acusación. En este segundo sentido, es común que se hable de acción fundada o infundada, de acción reivindicatoria, de acción de pago de pesos, de acción de condena, etcétera. Así, se produce una confusión de acción con pretensión.

iii) Por último, la acción también es entendida, y es esta la acepción que se acoge en el presente trabajo, como la facultad (o el derecho público subjetivo) que las personas tienen para promover la actividad del órgano jurisdiccional, con el fin de que, una vez realizados los actos procesales correspondientes, emita una sentencia sobre una pretensión litigiosa. Esta facultad o derecho se tiene con independencia de que la parte que lo ejerza tenga o no razón; de que sea o no fundada su pretensión. Aún en los casos en que el juzgador dicte una sentencia desestimatoria de la pretensión de la parte actora, esta ejerció su derecho de acción, pues promovió el juicio y la actividad del órgano jurisdiccional, llevó a cabo los actos procesales que le correspondían y, finalmente, obtuvo una sentencia sobre una pretensión litigiosa, aunque dicha resolución haya sido adversa a sus intereses.

HÉCTOR FIX ZAMUDIO, al comentar las instituciones procesales fundamentales como la acción, la jurisdicción y el proceso, expresa que

no se trata de un simple acceso a la prestación jurisdiccional, sino que se traduce en el derecho fundamental a la justicia en un acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales¹⁷¹.

En conclusión, el derecho de acción es entendido hoy como la facultad de activar el aparato jurisdiccional que busca el reconocimiento de una pretensión, previo el agotamiento de un proceso. Como afirma LÓPEZ BLANCO, es fundamental en este asunto y como punto de llegada de la evolución dogmática, entender que

En efecto, de acuerdo con lo expuesto, tenemos que una cosa es el derecho de pedir al Estado (acción); otra totalmente diferente la petición concreta que se formula (pretensión), y otro el medio por el cual se busca la efectividad de la pretensión (proceso)¹⁷².

171 Cfr. VÉSCOVI. *Teoría general del proceso*, cit., pp. 62 y ss.

172 LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, cit., p. 278.

En Colombia, en el derecho positivo, el derecho de acción se identifica con el derecho de acceso a la administración de justicia, previsto en el artículo 229 de la Constitución Política como un derecho fundamental¹⁷³, aunque como ya se advirtió también encuentra fundamento en el artículo 23 Superior, como una especie del derecho de petición.

Teniendo establecido que el derecho de acción es la facultad que tienen los ciudadanos de poner en marcha la administración de justicia para la solución de una controversia, lo que es independiente de las pretensiones que persigan y de la razón que le asista a quien lo ejerce –en el sentido de poseer o no el derecho material alegado–, se debe hacer énfasis en que de acuerdo con el desarrollo doctrinal expuesto antes, se considera que el derecho en mención se materializa con la presentación de la demanda, y en cuanto derecho subjetivo es, como advertía CHIOVENDA, de carácter renunciable, es decir, su ejercicio es potestativo.

Estas dos características del derecho de acción (ser renunciable y potestativo) resultan de vital importancia para el tema de la arbitrabilidad, toda vez que al relacionarlo con la conclusión a la que se llegó antes al estudiar el concepto de jurisdicción –en el sentido que la misma es ejercida tanto por los jueces como por los árbitros en quienes la Constitución ha encomendado la administración de justicia de conformidad con la ley y como forma de ejercer su soberanía y el derecho a exigir a los ciudadanos que acudan ante los órganos por él autorizados para dirimir las controversias–, se deben hacer unas consideraciones particulares.

En primer lugar, es de advertir que si el derecho de acción es la facultad de acudir al Estado para desencadenar la actuación de la administración de justicia y este se materializa con la presentación de la demanda, en relación con los procedimientos arbitrales se deberá concluir que el pacto arbitral hace parte de ese derecho de acción, como ejercicio de la facultad de escoger ante cuál autoridad de las dotadas de jurisdicción por la Constitución, se va a acudir para que administre justicia en el caso concreto.

173 “Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

Por otra parte, si se acepta con CHIOVENDA el que el ejercicio del derecho de acción es potestativo o renunciable, la elección de la autoridad que desatará el conflicto en calidad de juez o árbitro debe tener ese mismo ámbito de libertad, por ser un asunto propio de la autonomía de la voluntad de las partes, observando siempre los límites estudiados en el acápite anterior.

Para concluir, es pertinente recordar que la acción, entendida en la forma en que aquí se ha expuesto, es presupuesto para iniciar todo tipo de actuación jurisdiccional, incluso en materia penal (que suele plantearse como excepción)¹⁷⁴, puesto que por regla general no depende de la materia sobre la cual recaiga la controversia. En relación con la necesidad del derecho de acción para que opere la administración de justicia, afirma DEVIS ECHANDÍA:

El ejercicio en forma legal de la acción viene a ser una especie de condición para el funcionamiento de la jurisdicción, y en ese sentido entendemos la clásica sentencia: *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*, que es aplicable tanto a la jurisdicción civil como a la laboral y a la contencioso administrativa. Pero no es una condición para la existencia de la obligación de proveer a cargo del Estado¹⁷⁵.

B. Naturaleza jurídica del arbitraje: la jurisdicción de los árbitros

Siguiendo la línea argumentativa que se trae del aparte anterior, en donde se analizaron los conceptos de jurisdicción y de derecho de acción, se tiene que en el derecho colombiano la Constitución en su

174 En relación con el ejercicio del derecho de acción en materia penal, reconociendo aunque con carácter excepcional su naturaleza potestativa, el artículo 250 de la Constitución afirma “La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”.

175 DEVIS ECHANDÍA. *Nociones generales de derecho procesal civil*, cit. p. 82.

artículo 116, entregó a los árbitros la función pública de administrar justicia en forma genérica y abstracta y facultó a las partes en conflicto para habilitarlos para proferir fallos en derecho o en equidad, a los que se someten de manera libre y voluntaria.

En esencia, el principio de habilitación es el reconocimiento constitucional de la voluntad y libertad expresa de las partes en una relación contractual para derogar la competencia de la justicia estatal instituida, además de facultar o habilitar en su lugar a los particulares para que tomen la decisión que resuelva de manera definitiva las eventuales discrepancias que surjan de la celebración del contrato, dentro de un marco estatal especial que respeta en pleno la autonomía de la voluntad.

La habilitación voluntaria a los árbitros es un presupuesto imperativo en el arbitraje, que otorga competencias judiciales a los particulares de manera transitoria y temporal, derogando la competencia natural que radica en los jueces institucionalizados que administran justicia como función pública inherente a la existencia del Estado. Es la habilitación que se concede al particular para decidir en el conflicto que se enmarca, además, en los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia previstos en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política, que propugnan por un juicio oportuno, eficiente, ágil y especializado ante el juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias del juicio.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado que, incluso en la etapa prearbitral, la voluntad expresa de las partes es el único presupuesto válido para autorizar las actividades que deban surtir los centros de arbitraje, en ausencia de lo cual estas deben ser asumidas por los árbitros. Sobre este punto JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI afirma:

El principio de la habilitación enseña que la jurisdicción y competencia de los árbitros, para un caso determinado, se concretan y adquieren realidad por medio del convenio o pacto arbitral. Aunque la jurisdicción y competencia arbitral existen en abstracto y como una mera posibilidad, por simple voluntad de la Constitución, también la jurisdicción y competencia concretadas y definidas como un hecho real solamente ocurren cuando las partes suscriben un convenio arbitral, que es la forma de habilitar la justicia arbitral en concreto¹⁷⁶.

176 JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRI. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, 3.^a ed., Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004, pp. 65 y 66.

Luego de abordar los temas referentes a la autonomía de la voluntad, el pacto arbitral, la regulación de la institución en otras legislaciones, el concepto de jurisdicción, el derecho de acción y la habilitación de las partes a los árbitros, es el momento de detenerse en un tema controvertido, esto es, la naturaleza jurídica del arbitraje, lo que permitirá llegar a una conclusión en torno al fundamento de la función asignada a los árbitros, la fuente de su competencia y de la obligatoriedad del laudo, para por último asumir una posición respecto al ámbito de aplicación del arbitraje.

En primer lugar, es necesario partir de la ubicación del arbitraje como mecanismo de heterocomposición de conflictos y, por esta vía, aclarar de una vez, sin perjuicio de ahondar en el tema más adelante, la relación que existe entre el arbitraje y la transacción. Sobre el particular, sostiene la profesora española SILVIA GASPAS LERA:

Al margen del proceso tradicional que tiene lugar ante los Tribunales ordinarios, a los sujetos en conflicto se les puede ofrecer la posibilidad de componer sus diferencias de dos métodos diferentes: uno consistiría en la resolución del conflicto por ellas mismas, en cuyo caso se trataría de una autocomposición. El otro supondría la actividad de terceros, supuesto este de heterocomposición.

Las manifestaciones más relevantes de estos dos modelos de resolución de conflictos son, respectivamente, la transacción y el arbitraje. La transacción responde a una forma de autocomposición por cuanto que las partes, dando, prometiendo, o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que ya había comenzado. Por su parte, el arbitraje constituye un modo de heterocomposición ya que conlleva un verdadero proceso ante uno o varios árbitros; proceso, que puede y suele ser notablemente menos largo y menos costoso que el que tiene lugar ante el juez estatal¹⁷⁷.

De acuerdo con la cita anterior, el arbitraje como mecanismo de heterocomposición, se desarrolla en la operación de dos momentos diferentes y fundamentales: el primero está dado por la manifestación expresa de la voluntad de las partes de someter su controversia a la

177 SILVIA GASPAS LERA. *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Pamplona, Aranzandi, 1998, p. 54.

decisión de un tercero que como árbitro resulta habilitado por ese pacto para administrar justicia, mientras que el segundo se refiere a la actuación de dichos árbitros, tendiente a producir la decisión final y el acto de decisión.

La discusión en torno a la naturaleza jurídica del pacto arbitral ha estado referida en principio a establecer cuál es la característica esencial del arbitraje, dándole prelación bien al primero o al segundo de los momentos estudiados. En la actualidad existen tres posiciones, según lo expone GASPAR LERA:

Sobre la base de la estructura que acabamos de exponer es fácilmente comprensible la polémica a que ha dado lugar la determinación de la naturaleza del arbitraje. Son tres las posturas que se mantienen al respecto: las tesis contractualistas o privatistas, que conceden la máxima importancia al convenio arbitral, justificando así la atracción por su disciplina de la figura jurídica que examinamos; las jurisdiccionalistas (o procesalistas), que resaltan el aspecto del procedimiento, y en consecuencia reclaman su naturaleza procesal; y, por último, las tesis intermedias que reconocen en el arbitraje caracteres contractuales y jurisdiccionales¹⁷⁸.

Las tres posiciones sobre la naturaleza jurídica del arbitraje pueden ser resumidas así:

1.^a La posición contractualista afirma que como el pacto arbitral es un negocio jurídico de contenido contractual, celebrado por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, bien sea en su forma de compromiso o cláusula compromisoria, y esta habilitación es el elemento esencial para que opere el arbitraje, debe concluirse que la institución arbitral tiene naturaleza contractual y, en consecuencia, se rige por el derecho privado¹⁷⁹.

Concluir que la naturaleza jurídica del arbitraje es la de un acto contractual tiene varias consecuencias: en primer lugar, se entiende que los árbitros son mandatarios de las partes¹⁸⁰, lo que implica que su res-

178 *Ibíd.*, pp. 55 y 56.

179 Cfr. GIL ECHEVERRI. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, cit., p. 77.

180 *Ídem.*

ponsabilidad es la propia del mandatario y no la que la ley asigna a los jueces¹⁸¹. En segundo lugar, se entiende que la fuerza obligatoria del cumplimiento de la decisión del árbitro está dada por el consentimiento previo de las partes de que así lo harán, porque manifestaron en forma libre su voluntad, cedieron su derecho de acción y se comprometieron por sí mismas a aceptar, acatar y obedecer la resolución que tome el tribunal en su laudo. Según esta, a diferencia de la sentencia judicial que obliga por ser producto de un órgano jurisdiccional del Estado respaldado por el monopolio de la fuerza coercitiva, el laudo obliga en virtud de la previa voluntad expresa de las partes en conflicto, en la misma forma en que ocurre con la transacción. Con las posturas defendidas por la corriente contractualista, el arbitraje resulta muy similar a la figura de la amigable composición.

2.^a La posición procesalista sostiene que los árbitros son jueces especiales y el laudo es un acto jurisdiccional equivalente a la sentencia, toda vez que más allá del origen contractual del pacto, lo cierto es que la actuación de los árbitros es solo jurisdiccional, compuesta por etapas procesales y sus decisiones tienen efecto de cosa juzgada.

De acuerdo con esta posición, el fundamento para el desarrollo de dicha función se encuentra en la propia Constitución Política. Por consiguiente, tal ejercicio se hace con la misma autoridad, y lo decidido a través del laudo arbitral tiene igual validez que la sentencia judicial.

3.^a Para la postura dualista o ecléctica el arbitraje tiene una naturaleza jurídica dual, esto es, tanto contractual como jurisdiccional, toda vez que funciona mediante el agotamiento de dos fases: una gobernada por el derecho privado de los contratos, agotada con la celebración y cumplimiento del pacto arbitral y otra procesal marcada por el ejercicio de la función pública de administrar justicia y el agotamiento del procedimiento establecido en la ley. Por consiguiente, en la gestión de los árbitros esa dualidad es inescindible¹⁸².

181 Cfr. GASPARELLO. *El ámbito de aplicación del arbitraje*, cit., p. 55.

182 Cfr. GIL ECHEVERRI. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, cit., p. 80.

Se afirma que esta posición capitaliza la insuficiencia de las anteriores teorías para abarcar toda la naturaleza del arbitraje, puesto que la contractualista no tiene en cuenta los requisitos procesales de este y la jurisdiccional lo asemeja con mucha facilidad a la labor de un juez y el laudo a una sentencia, olvidando el origen voluntario de dicho procedimiento.

Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, el artículo 116 de la Constitución Política colombiana señala que los árbitros son particulares que administran justicia. Es decir, particulares investidos de jurisdicción con los poderes propios de un juez. Como consecuencia de ese mandato, la tesis contractualista no tiene cabida, por cuanto no le reconoce el carácter de juez a los árbitros al considerarlos simples mandatarios de las partes y mucho menos acepta que el laudo arbitral tiene la fuerza de cosa juzgada propia de una sentencia judicial, pues parte de la base de que la obligatoriedad no depende de la ley sino de la mera voluntad de las partes.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

El artículo 116 superior no deja duda sobre la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones que se confieren a los árbitros, al disponer que estos pueden ser investidos excepcional y transitoriamente de la función de administrar justicia [...] El carácter jurisdiccional de la función arbitral se deriva, a su vez, del hecho de que mediante el pacto arbitral, las partes sustraen el caso concreto de la competencia del sistema estatal de administración de justicia, que es sustituida por el tribunal de arbitramento –el cual no constituye una jurisdicción autónoma y permanente, sino una derogación del sistema estatal de administración de justicia para el negocio en cuestión¹⁸³.

Por su parte, el Consejo de Estado también ha llegado a la misma conclusión:

183 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-174 de 2007, cit. La misma corporación ha expresado lo siguiente: “bajo el entendido de que la justicia arbitral amplía el ámbito orgánico y funcional de la administración de justicia en cabeza del Estado, en el sentido de revestir transitoriamente a terceros para cumplir esta función con fundamento en la voluntad de las partes, se puede concluir que la justicia arbitral tiene las siguientes características básicas de orden constitucional: es el ejercicio de la función pública de administrar justicia en cabeza de particulares habilitados para el efecto”. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-058 de 2 de febrero de 2009, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-058-09.htm>].

Es claro entonces que se trata de una justicia que si bien es administrada excepcionalmente por particulares –árbitros–, concluye con una providencia –laudo arbitral– que tiene la misma fuerza obligatoria de cualquier sentencia judicial y, como estas, hace tránsito a cosa juzgada, aunque con la particularidad de que se trata de un proceso de única instancia, en la medida en que una vez proferido el laudo arbitral, el tribunal de arbitramento se disuelve y contra esta providencia no procede recurso ordinario alguno, como por el contrario por regla general sucede con los procesos tramitados ante la jurisdicción institucional del Estado¹⁸⁴.

El efecto de reconocer un carácter jurisdiccional al arbitraje genera diversas consecuencias: 1. Cuando se acude al mecanismo de la justicia arbitral se está haciendo efectivo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 228 Constitución Política)¹⁸⁵; 2. Al hacer uso del derecho fundamental mencionado, les está prohibido a las partes pactar requisitos adicionales a los legales para acudir ante un tribunal de arbitramento¹⁸⁶; 3. Como efecto de acudir ante la jus-

184 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 23 de septiembre de 2009, expediente 36.806, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Esta misma corporación ha sostenido: “para la Sala no hacen falta disquisiciones complejas para advertir y verificar, a la luz del marco constitucional y legal que rigen en Colombia, el carácter de autoridad judicial con que cuenta un Tribunal de Arbitramento Internacional, como método de resolver las controversias que surgen en el contexto de las relaciones comerciales internacionales; el arbitramento constituye un mecanismo para impartir justicia, a través del cual se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido”. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de 26 de marzo de 2009, expediente 34.882, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

185 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 1997, cit.: “El arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, ya señaladas anteriormente, en donde los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley”.

186 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 29 de noviembre de 2012, expediente 39.332, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN: “En esta ocasión se reitera que tales requisitos no tienen la virtualidad de condicionar el acceso a la justicia arbitral, toda vez que, como lo ha precisado la Sala de Sección, las partes no pueden condicionar este acceso al agotamiento de requisitos o instancias previas, con carácter de presupuestos procesales”. En el mismo sentido, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 10 de junio de 2009, expediente 35.288, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO: “No debe olvidarse que, por mandato constitucional, los árbitros son transitoriamente verdaderos jueces y están habilitados para proferir fallos, en los términos que determine la ley. Si la jurisdic-

ticia, el carácter jurisdiccional se concreta en que ante los árbitros se sigue un verdadero proceso judicial en el cual debe cumplirse un debido proceso, es decir, las garantías constitucionales básicas de dicho derecho fundamental siempre son exigibles ante un tribunal de arbitramento¹⁸⁷; 4.º Los árbitros son verdaderos jueces y, en esa medida, se les reconocen los poderes propios de un juez (decisión, coerción y documentación)¹⁸⁸; 5. La decisión que adoptan los árbitros tiene la misma fuerza y eficacia que la de un juez, esto es, hace tránsito a cosa juzgada y su cumplimiento puede ser reclamado mediante un proceso ejecutivo, en razón a que el ordenamiento jurídico establece los mismos mecanismos de coacción para garantizar el cumplimiento

ción recae en el Estado y esa faceta del poder público está concebida para sustituir la voluntad de las partes, estas últimas no pueden por acuerdo negociado modificar las reglas procesales y establecer condiciones previas como condición *sine qua non* para poder ocurrir ante la Justicia, sea esta institucional o arbitral. Las previsiones contractuales que se pacten como requisito previo para la convocatoria de los árbitros no constituyen presupuestos de procedibilidad para acceder a la justicia arbitral y por lo mismo su omisión no entraña consecuencia alguna en el ámbito procesal ni configura nulidad alguna en cuanto a la validez de la constitución del tribunal de arbitramento”.

- 187 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-330 de 22 de marzo de 2000, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-330-00.htm>]: “El arbitramento, tal como ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico, es una figura procesal. Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros. // El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial –en sentido material– y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”.
- 188 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-174 de 2007, cit.: “los árbitros tienen en términos generales los mismos poderes procesales básicos con los que cuentan los jueces estatales al administrar justicia, a saber, (i) el poder de decisión para resolver en forma obligatoria la controversia, (ii) el poder de coerción, para procurar los elementos necesarios para el cumplimiento de la decisión, y (iii) el poder de documentación o investigación para practicar pruebas, y valorándolas llegar a la verdad necesaria para adoptar la decisión que en derecho corresponda”.

de la decisión de un tribunal de arbitramento¹⁸⁹; y 6. Los árbitros tienen iguales responsabilidades que un juez institucional, incurren en el mismo régimen de impedimentos y recusaciones y su actuación puede llegar a generar responsabilidades personales y patrimoniales¹⁹⁰.

Sin embargo, no puede perderse de vista que el artículo 116 de la Constitución Política señala que el ejercicio de jurisdicción por parte de los particulares, en su calidad de árbitros, es temporal o transitorio, lo cual implica que dejan de cumplir funciones de juez tan pronto como profieren el laudo arbitral o cuando ha vencido el plazo para emitir el laudo. Ha dicho el Consejo de Estado sobre este tema:

De aquella disposición superior y de las normas legales ya mencionadas emerge con claridad que la potestad que tienen los árbitros de administrar justicia deriva de haber sido investidos por las partes para ello y que esa función es eminentemente transitoria, que es tanto como decir que es temporal o que no tiene vocación de permanencia.

También se deduce de esa normatividad que si los particulares pretenden administrar justicia antes de haber sido investidos como árbitros por las partes y de haber asumido la competencia, o después de que su función ha cesado, las decisiones tomadas en tales oportunidades no vinculan ya que habrán sido adoptadas en esos casos por quien o quienes carecen de poder jurisdiccional¹⁹¹.

Precisamente ese carácter jurisdiccional del arbitraje es lo que lo diferencia de los demás mecanismos alternativos de solución de controversias, en especial de la amigable composición, que tiene una natura-

189 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 23 de septiembre de 2009, cit.: “Es claro entonces que se trata de una justicia que si bien es administrada excepcionalmente por particulares –árbitros–, concluye con una providencia –laudo arbitral– que tiene la misma fuerza obligatoria de cualquier sentencia judicial y, como estas, hace tránsito a cosa juzgada”.

190 Cfr. artículo 16 Ley 1563 de 2012, cit.: “Los árbitros y los secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior”.

191 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 42.497, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

leza tan solo contractual y la decisión de los componedores se asemeja a una mera transacción y no a una sentencia judicial. En ese sentido, el Consejo de Estado expresó:

La ley no regula la forma como se adelantará la amigable composición, dejando a las partes en libertad para pactar lo que estimen conveniente; lo que en manera alguna implica que la decisión por mayoría convierta la figura en una decisión de carácter judicial, dado que los amigables componedores obligan contractualmente a las partes porque actúan por mandato de estas, y no con la fuerza procesal de la sentencia. Los tratadistas nacionales, en consonancia con lo dispuesto en la normatividad procesal civil, coinciden en tratar la figura de la amigable composición como un acuerdo de carácter contractual, cuyos efectos se asimilan a los de la transacción, sin reconocerle al acuerdo que se logre el carácter de decisión judicial, que solo puede ser proferida por quien esté investido de jurisdicción, bien sea en forma permanente o transitoria, por la voluntad de las partes cuando la ley así se los permite, mientras que los amigables componedores no están investidos de jurisdicción¹⁹².

En todo caso, a pesar del carácter jurisdiccional que se le reconoce al arbitraje en el derecho colombiano, en este punto es importante desecharse el argumento según el cual, al ser la ley la que autoriza a las partes para habilitar a los árbitros, no puede más que reconocerse que la competencia deriva de la ley y no del contrato¹⁹³. Y debe descartarse

192 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 6 de febrero de 1998, expediente 11.477, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ. En sentido similar, cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-017 de 2005, cit.: “Esto significa que la amigable composición corresponde a una modalidad de negocio contractual cuyo origen deviene de las instituciones de derecho sustancial, en especial, del derecho de los contratos. También se ha dicho que como expresión de acto jurídico se clasifica dentro de la tipología de los actos complejos, pues comprende la intervención de dos o más pronunciamientos para integrar un sólo acto substancial. Por una parte, requiere el pacto o convenio mediante el cual las partes delegan en un tercero la solución de un conflicto (contrato de composición); y por la otra, el resultado de la gestión asignada y adelantada por el amigable componedor, por lo general a título de mandato, se plasma en un documento final equivalente a un negocio jurídico contractual mediante el cual las partes asumen compromisos voluntarios que se tornan definitivos, inmutables y vinculantes entre ellas”.

193 Cfr. GIL ECHEVERRI. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, cit., p. 82, quien cita esta posición mantenida por la jurisprudencia en los siguientes términos: “a. Es la misma ley la que admite la posibilidad de que, en virtud de sus disposiciones, la jurisprudencia pueda ser ejercida en casos particulares bajo ciertos y determinados presupuestos y condiciones por otros órganos que no sean los de la jurisdicción ordinaria. Por ello, la atribución de poderes jurídicos a los árbitros para que ejerzan la función jurisdiccional,

porque olvida que, en realidad, todos los negocios derivados de la autonomía de la voluntad surten efectos jurídicos por el reconocimiento que de ellos hace la ley, como se expuso en extenso en la primera parte de este acápite.

En consecuencia, en el presente trabajo se toma partido por la tesis ecléctica, toda vez que en Colombia, a pesar de que las Cortes en sus pronunciamientos parecen inclinarse por una posición procesalista, el pacto arbitral es definido por la ley como un negocio jurídico y es este el que habilita a los árbitros para administrar justicia; por otra parte, el artículo 116 constitucional es claro al establecer que los árbitros, al igual que los jueces, ejercen la función pública de administrar justicia, tanto así que están sometidos al mismo régimen de responsabilidad. Por lo anterior, se comparte la posición de ANA MARÍA CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, quien afirma:

No obstante si queremos manifestar que a esta cuestión hay que acercarse desde posiciones más realistas como hace PANTALEÓN PRIETO; se pregunta este autor: ¿Qué conviene más a aquellos que se benefician del apogeo del arbitraje, un arbitraje contractual civil, o un arbitraje jurisdiccional procesal? La respuesta la ofrece el mismo PANTALEÓN: un arbitraje lo más contractual/civil posible (esto es, lo más informal y dispositivo posible) por lo que respecta al convenio arbitral, la designación de los árbitros y el procedimiento arbitral en general; y lo más jurisdiccional/procesal posible en materia de ejecutoriedad y eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, pero sin un sistema de recursos contra este propio de la sentencia judicial¹⁹⁴.

En cualquier caso, sea que se adopte la posición procesalista sobre el carácter jurisdiccional de la institución arbitral que sostiene la jurisprudencia colombiana o sea que se asuma la posición ecléctica, lo cierto es que en ambos casos se concluye que ante los árbitros se ejerce el derecho de acción y estos ejercen jurisdicción, en los términos explicados.

como efecto de derecho público, opera por ministerio de la ley y no por la voluntad de las partes, pues si bien estas dan el modo para que se produzcan tales efectos jurídicos, no los producen ellas mismas mediante sus declaraciones de voluntad [...] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA. Sentencia de 21 de marzo de 1991 y Sentencia C-431 de 1995”.

194 ANA MARÍA CHOCHRÓN GIRÁLDEZ. *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 196.

C. La arbitrabilidad objetiva en el derecho colombiano

La Constitución Política, en su artículo 116, otorgó en forma genérica a los árbitros la facultad de ejercer la función pública de administrar justicia, previa habilitación de las partes, en los términos establecidos en la ley. Tal habilitación, de acuerdo con lo regulado en un primer momento por la Ley 446 de 1998 y hoy por la Ley 1563 de 2012 citadas, se realiza mediante el pacto arbitral, género de negocio jurídico del cual hacen parte la cláusula compromisoria y el compromiso.

La declaración de voluntad de las partes, manifestada en el pacto arbitral, implica la renuncia, con fundamento en la autonomía privada, a acudir ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa y en su lugar habilitar a unos particulares, en calidad de árbitros, para decidir el conflicto en que se encuentran o que se pudiere presentar con ocasión de un contrato. El que tal decisión sea de obligatorio cumplimiento y haga tránsito a cosa juzgada, determina, como se acaba de ver, la naturaleza mixta del arbitraje.

Corresponde ahora detenerse en la competencia de los árbitros, analizando de dónde deriva, cuál es su extensión y dónde deben buscarse sus límites. Para el efecto es necesario, en primer lugar, analizar el concepto de competencia en materia procesal.

Hasta aquí está claro: 1. Que la jurisdicción es la función pública de administrar justicia; y 2. Que por disposición del artículo 116 de la Constitución Política dicha facultad se encuentra en cabeza del Estado y, entre otros y en forma transitoria, en los particulares en calidad de árbitros.

Si bien el concepto de jurisdicción es único e indivisible, en cuanto función todas las personas y entes mencionados en el artículo 116 constitucional están dotados por igual de jurisdicción (con las limitaciones y particularidades allí establecidas). Sin embargo, como resulta imposible que cada uno pueda conocer de todas las materias que generan conflictos entre la población, la función jurisdiccional se ha organizado a través de normas de competencia que determinan qué asunto puede ser conocido por cada uno de los órganos, entes y per-

sonas dotados de jurisdicción. Sobre el particular, resulta suficiente la explicación de LÓPEZ BLANCO:

Es la competencia una clara emanación de la jurisdicción; de ahí que el artículo 143 del antiguo Código Judicial la definía como “la facultad que tiene un juez o tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República”. Por lo tanto, entre jurisdicción y competencia hay una relación de género a especie, y como bien lo dice nuestra Corte Suprema de Justicia, “Jurisdicción es la facultad de administrar justicia; competencia es la facultad de los jueces de administrar justicia en ciertos asuntos. Un juez sin jurisdicción es nada, pero aun gozando de esta puede carecer de competencia para determinados negocios.

Por ello [LUIGI] MATTIROLO, en definición universalmente aceptada, dice que competencia “es la medida como se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades judiciales”, y COUTURE, señala “La competencia es una medida de jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos tienen competencia para conocer de determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, un juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de la jurisdicción atribuido a un juez. La relación entre la jurisdicción y la competencia es la misma que existe entre el todo y la parte. La jurisdicción es el todo, la competencia es la parte, un fragmento de la jurisdicción”. Nociones claras y completas del concepto que prohíjo y me relevan de tratar de ensayar otras¹⁹⁵.

De las explicaciones de LÓPEZ BLANCO surgen unas preguntas elementales para el tema objeto de estudio en el presente trabajo: ¿cuál es la medida de la jurisdicción que ejercen los árbitros? y ¿con base en qué se determina su competencia?

Para responder estos interrogantes se debe tener en cuenta, en primer lugar, que el arbitraje en su conformación y estructura es una institución jurídica sobre todo negocial, toda vez que tanto la habilitación de la función jurisdiccional en cabeza del particular árbitro como la renuncia al ejercicio de la acción frente al juez natural se producen por la decisión autónoma de las partes, vertida en un negocio jurídico regido en su totalidad por los postulados de la autonomía de la voluntad.

195 LÓPEZ BLANCO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, cit. pp. 190 y 191.

En consecuencia, quienes definen la competencia o los asuntos y materias en los cuales los árbitros ejercerán la jurisdicción son las partes, mediante el pacto arbitral como acto de habilitación. Sobre el particular ha considerado el Consejo de Estado:

Debe la Sala precisar cómo, cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; por el contrario, cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que haya duda alguna, que los árbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento, lo que indefectiblemente los conduce a transitar por una manifiesta vía de hecho¹⁹⁶.

En consecuencia, el primer límite de la jurisdicción que ejercen los árbitros, o factor de delimitación de su competencia, está precisamente en los asuntos que las partes les encomienden en la cláusula compromisoria. En el evento en que en ella no se haga manifestación expresa sobre el particular, se entiende que su competencia se extiende a todos los conflictos que se puedan presentar entre las partes con ocasión del contrato del cual esta hace parte. En el mismo sentido, cuando el pacto arbitral consista en un compromiso, de conformidad con el artículo 6.º de la Ley 1563 de 2012 en este deberá hacerse “La indicación de las controversias que se someten al arbitraje”, lo que como se viene explicando constituirá el campo de competencia de los árbitros.

De conformidad con lo anterior, cuando los árbitros exceden ese primer límite impuesto por el acto de habilitación, es posible acudir al recurso de anulación, como lo establecía el numeral 8 del artículo 38 del Decreto 2279 de 7 de octubre de 1989¹⁹⁷, que al tenor literal disponía:

196 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 23 de febrero de 2000, expediente 16.394, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

197 *Diario Oficial*, n.º 39.012, de 7 de octubre de 1989, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1764297>].

Son causales de anulación del laudo las siguientes: [...] 8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

Esta norma fue reproducida en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 en estos términos:

Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación: [...] 9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Surge entonces un interrogante adicional en el sentido de si, con base en la autonomía de la voluntad, pueden las partes someter a la decisión de los árbitros cualquier controversia que entre ellas se suscite, sin limitación alguna. La respuesta podría ser negativa e inmediata pero requiere un estudio un poco más detenido para evidenciar las discusiones que este asunto alberga.

La Corte Constitucional ha resuelto así este cuestionamiento:

el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean. El arbitramento (iv) es también de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo “problema jurídico puede ser objeto de un laudo”, ya que “es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas¹⁹⁸.

Por su parte, el Consejo de Estado en la Sentencia de 23 de febrero de 2000, antes citada, abordó el tema de los límites que tienen las partes a la hora de definir, con fundamento en la autonomía privada, la competencia de los árbitros y recordó que el orden público y la ley son fronteras propias de la voluntad privada que no se pueden traspasar en las instituciones de naturaleza negocial. En concreto afirmó:

Adicionalmente, estima la Sala necesario señalar cómo, aún en el evento de que las partes no señalen límite alguno a las facultades que confieren a los árbitros,

198 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1038 de 2002, cit.

Un aspecto transversal: las bases constitucionales del arbitraje

no por ello hay lugar a entender siempre que las mismas son ilimitadas. Mal podría olvidarse que existen temas y materias que el legislador excluye del juzgamiento arbitral y sobre los cuales, aún cuando las partes manifiesten en la cláusula compromisoria otorgar tal competencia, no les es posible a estos falladores pronunciarse sobre ellas, entre otras razones, porque si el pacto es contrario a la ley, cualquier decisión basada en esa cláusula compromisoria ilegal, resultaría igualmente viciada de nulidad absoluta, como por ejemplo, cuando dicha cláusula permite el juzgamiento de aspectos que comprometen el orden público, el régimen constitucional, o cuando implica un menoscabo de la autoridad del Estado.

En efecto, el árbitro es un juez de excepción, de carácter extraordinario, y en esa condición ejerce su función respecto de intereses particulares, siempre y cuando sean susceptibles de transacción o esencialmente negociables, es decir, que sobre ellos las partes tengan capacidad de disposición [...] El arbitramento obedece, ciertamente, a la autonomía de las partes en cuanto pueden disponer de sus intereses, siempre y cuando estén facultadas para comprometerlos. Empero, si bien estas pueden someter sus diferencias a un juez excepcional, tal facultad no puede comprender asuntos de orden público. La jurisdicción en cabeza de los árbitros deviene del ordenamiento jurídico y la competencia procede de los particulares dentro del preciso marco que la Constitución y la ley les otorga [...] Fácil es entender entonces que ciertas materias atinentes a normas imperativas o más exactamente que interesan al orden público interno, no hagan parte de los asuntos destinados a los tribunales de arbitramento. El orden público, en el sentido más amplio expresa, sin duda, límite a la libertad del hombre, sometimiento de su autonomía al interés general, que el individuo debe aceptar en beneficio del concierto necesario para la vida común.

Así las cosas, debe dejarse establecido que la autonomía de las partes está limitada por el orden público y por la ley; el primero debe ser definido, en cada caso, por el juez del conocimiento, pues es un concepto que se enriquece y varía en el tiempo según las circunstancias; por su parte, la segunda, esto es, la ley, ha reservado el conocimiento de los temas atinentes a la validez y efectos de los actos administrativos a los jueces naturales. El orden público, indica que las leyes imperativas, por oposición a las interpretativas o supletivas de la voluntad, no son susceptibles de derogarse por voluntad de los particulares; al tiempo que las normas de derecho constitucional, administrativo y procesal, si bien son de orden público, no lo contienen exclusivamente, si se tiene en cuenta que algunas normas de derecho privado también revisten tal naturaleza¹⁹⁹.

199 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 23 de febrero de 2000, cit.

Los apartes transcritos permiten hacer varios comentarios, a través de los cuales se planteará con claridad la discusión que se cierne sobre el tema. Sin embargo, antes de emprender esa tarea es necesario aclarar que el Consejo de Estado, en la providencia en cita, afirma que “la ley, ha reservado el conocimiento de los temas atinentes a la validez y efectos de los actos administrativos a los jueces naturales”. Esto obedece a que el Decreto 222 de 2 de febrero de 1983²⁰⁰ “Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”, que rige el contrato estudiado en dicha providencia, establecía de manera expresa en el inciso final de su artículo 76: “la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral. Tampoco lo serán las cláusulas que contengan los principios previstos en el Título IV”.

Esta disposición fue derogada por la Ley 80 de 1993, sin que se hubiera establecido en este o en otro cuerpo normativo una prohibición equivalente hasta la expedición del actual Estatuto de Arbitraje y la Ley de Infraestructura²⁰¹. No obstante lo anterior, el tema de la competencia de los árbitros respecto de la legalidad de los actos administrativos será tratado a profundidad más adelante.

La jurisprudencia referida de las altas Cortes nos permite concluir que, si bien son las partes a través del pacto arbitral quienes delimitan en primer lugar la competencia de los árbitros, esta delimitación debe estar, a su vez, dentro de los precisos contornos de la autonomía de la voluntad, circunscrita del mismo modo en primer término por el orden público, concepto este dinámico y cambiante que debe ser establecido por el juez en atención al momento y lugar en que desarrolla su función y en últimas por la ley, de la que deriva no solo el reconocimiento de la autonomía privada sino el establecimiento de sus contornos a través de normas imperativas.

¿Qué límites ha establecido la ley para la competencia que las partes pueden otorgar a los árbitros mediante el pacto arbitral? Para resolver

200 *Diario Oficial*, n.º 36.189, de 9 de febrero de 1983, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1049915>].

201 Ley 1563 de 2012, cit.

el cuestionamiento es necesario acudir a los artículos 111 de la Ley 446 de 1998 y 1.º de la Ley 1563 de 2012, los cuales han establecido, en forma sucesiva, los criterios para determinar cuándo un asunto es susceptible de ser conocido por un tribunal de arbitramento.

Ley 446 de 1998, artículo 111: El artículo 1.º del Decreto 2279 de 1989, quedará así: “Artículo 1.º El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”.

Ley 1563 de 1998, artículo 1.º Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

De los artículos transcritos se extrae que existen dos criterios legales para definir los asuntos cuya solución las partes pueden deferir a los árbitros, determinando su competencia: 1.º Los que sean susceptibles de transacción, aspecto que fue modificado por el artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012, ampliando el espectro mediante la utilización de una fórmula más abierta que involucra los asuntos de libre disposición; y 2.º Los que de manera expresa autorice el legislador, aun sin que sean disponibles por las partes.

El desarrollo de estos dos criterios es objeto de otros puntos del presente trabajo. Por ahora baste mencionar que esas son las únicas limitaciones de orden legal establecidas a la competencia de los árbitros, que a partir de ahí ha surgido la discusión en torno a la posibilidad de que estos conozcan, en materia de contratación estatal, aspectos relacionados con la legalidad de los actos administrativos que se expiden con ocasión o en relación con un contrato estatal, existiendo dos posiciones sobre el particular. La primera postura, defendida por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, afirma que los árbitros no son competentes para conocer de la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión o en relación con un contrato estatal, por cuanto estos son manifestaciones del poder público y su expedición y fundamentos hacen parte del orden público, límite de la autonomía de la voluntad y por lo tanto indisponible por las partes de un contrato estatal,

en consecuencia, no susceptibles de transacción. La segunda posición sostiene que los árbitros son competentes para conocer en su totalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión o en relación con un contrato estatal, pues encuentran su fundamento y surten sus efectos respecto de la validez, el cumplimiento y la correcta ejecución del contrato, de forma que su análisis resulta inescindible a cualquier conflicto que deba resolver un tribunal de arbitramento.

Los fundamentos y matices de estas dos posiciones son materia del capítulo segundo de este trabajo, pero para abordarlos y exponer la posición al respecto resulta indispensable, en primer lugar, analizar la facultad de la Administración para expedir actos administrativos, además de qué particularidades tienen los denominados actos administrativos contractuales. Sobre esta base es posible establecer si el análisis de tales actos por parte de los árbitros resulta contrario al orden público y constituye por lo mismo un asunto no disponible por las partes en un contrato estatal.

Y para redondear la discusión que se plantea es necesario citar la Ley n.º 1682 de 2013 ya citada, que como una panacea pretende sacar a Colombia de su déficit de infraestructura, y entre la cantidad antitécnica de temas que plantea estableció en el artículo 14:

Solución de controversias. Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas.

Así mismo, de manera especial aplicarán las siguientes reglas:

- a) Las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias, relativas al contrato, deberán proferirse en derecho;
- b) Las partes podrán acordar los asuntos jurídicos, técnicos o financieros que someterán a decisión, total o parcialmente;
- c) Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales;

Un aspecto transversal: las bases constitucionales del arbitraje

- d) En caso de pactarse el uso del amigable componedor, la entidades objeto de la presente ley deberán incluir en la cláusula respectiva las reglas que garanticen los derechos de igualdad, publicidad, contradicción y defensa;
- e) El ejercicio de dichos mecanismos no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 o demás normas que le adicionen, modifiquen o sustituyan;
- f) Queda prohibido a las entidades públicas objeto de la presente ley, nombrar los integrantes del panel arbitral o de amigable componedor en la cláusula compromisoria relativa o inequívocamente referida al contrato, o a documentos que hagan parte del mismo en los pliegos de condiciones. Se seguirán las reglas de nombramiento de la Ley 1563 de 2012;
- g) Las entidades contratantes deberán definir desde los pliegos de condiciones el perfil de los árbitros y amigables componedores, de tal manera que sus condiciones personales y profesionales, sean idóneas respecto del objeto del contrato y las actividades a desarrollar por las partes;
- h) Ningún árbitro, amigable componedor o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de tres (3) tribunales o amigable componedor en que intervenga como parte una entidad pública objeto de la presente ley, o en los conflictos relativos a estas;
- i) Las entidades objeto de la presente ley deberán en las cláusulas compromisorias limitar los honorarios de los árbitros o de los amigables componedores. En caso de que la cláusula respectiva no disponga de fórmula de reajuste, el límite no podrá ser modificado ni actualizado por los árbitros o los amigables componedores;
- j) Las entidades públicas incluirán los costos y gastos que demanden el uso de tales mecanismos en sus presupuestos.

Parágrafo. En los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley por autonomía de la voluntad de las partes se podrá dar aplicación a las reglas que prevé el presente artículo.

Esta norma se ha constituido en la más reciente preceptiva que delimita la competencia de los tribunales de arbitramento frente a los actos administrativos.

CAPÍTULO SEGUNDO

UN ASPECTO PARTICULAR: LOS LÍMITES A LA JUSTICIA ARBITRAL EN LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES DEL ESTADO

INTRODUCCIÓN

La posición más tradicional rechaza la aplicación de la figura del arbitraje a la solución de controversias en materia de derecho administrativo y, en particular, al llamado contencioso contractual. Las razones van desde la prohibición expresa en textos legales hasta la incompatibilidad absoluta del arbitraje con el derecho administrativo, argumentando que siempre que la Administración actúa está en compromiso el interés general o el orden público, lo cual lo hace inadmisibles pues este se refiere a asuntos de libre disposición, dentro de los cuales no se encuentran el interés general ni el orden público²⁰².

Es así como, por ejemplo, en el derecho francés, el régimen tradicional parte de la posibilidad excepcional de la utilización del arbitraje para las controversias contencioso administrativas, por lo que se llegó a considerar como un principio general del derecho público francés la prohibición de que las personas públicas acudieran a dicho mecanismo²⁰³. Esta prohibición se ha basado sobre todo en el artículo 2060 del Código Civil, en virtud del cual el pacto de cláusula compromisoria está prohibido, de una parte, “en las controversias relativas a las co-

202 Para una presentación general sobre los argumentos de prohibición del arbitraje en el derecho europeo, cfr. ALEJANDRO HUERGO LORA. *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Bolonia, Publicación del Real Colegio de España, 2000, pp. 175 y ss.

203 Cfr. RENÉ CHAPUS. *Droit du contentieux administratif*, 4.^a ed., Paris, Montchrestien, 1993, pp. 180 y ss.

lectividades públicas, a los establecimientos públicos” que supone una prohibición *ratione personæ* y, de otra, “en todas las materias relativas al orden público” cuya interpretación implica una prohibición *ratione materiæ*²⁰⁴.

Sin embargo, esta interpretación de una estricta prohibición del arbitraje en las controversias contractuales de la Administración Pública ha permitido la aceptación de excepciones en concreto basadas en las autorizaciones legales, por ejemplo, los casos del arbitraje internacional para los contratos administrativos con efectos internacionales²⁰⁵, así como la posibilidad de hacer uso del arbitraje en los casos de los *marchés publics* y los *partenariats public-privé*²⁰⁶.

En el derecho español también se ha generado una especie de resistencia a la utilización del arbitraje. En ese sentido, se ha dicho que

si la presencia del interés público y la tutela del mismo mediante un régimen normativo especial es lo que transforma una cuestión en administrativa y justifica que su conocimiento no corresponda al orden jurisdiccional civil, sino a uno especializado, mal se puede admitir que las partes desplacen a los tribunales de lo contencioso-administrativo para sustituirlos por unos árbitros²⁰⁷.

De acuerdo con lo anterior, este sector de la doctrina española justifica la imposibilidad de que las controversias administrativas sean arbitrables, en que la Constitución y la ley consagraron la jurisdicción administrativa precisamente para que controlara la legalidad de la actividad administrativa y conociera de los litigios donde se debata la aplicación del derecho administrativo.

204 Cfr. MYRIAM SALCEDO CASTRO. *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004, pp. 51 y ss.

205 Cfr. APOSTOLOS PATRIKIOS. *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence –LGDJ–, 1997, pp. 85 y ss.

206 Cfr. FRANÇOIS LICHÈRE, BORIS MARTOR, GILLES PEDINI y SÉBASTIEN THOUVENOT. *Pratique des partenariats public-privé*, 2.ª ed., Paris, Lexis Nexis Litec, 2009, pp. 152 y ss.

207 HUERGO LORA. *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, cit., p. 175.

Pero, además, la oposición de un sector de la doctrina a la utilización del arbitraje para cuestiones litigiosas de derecho administrativo se basa en la interpretación de los artículos 130.1 y 106.1 de la Constitución Política, que establecen que la administración sirve con objetividad los intereses generales y que los tribunales controlan la legalidad administrativa y los fines que ella busca, respectivamente. No obstante, existen otros autores que no ven en esas normas impedimentos a que la técnica arbitral se aplique a los litigios administrativos²⁰⁸.

En América Latina también ha existido una resistencia tradicional generalizada hacia el arbitraje en cuestiones de derecho administrativo. Sin embargo, en los últimos tiempos la tendencia general de las legislaciones ha sido la de aceptar la viabilidad de utilizar la solución arbitral como mecanismo para resolver las controversias contractuales del Estado²⁰⁹, al punto que, como lo ha destacado la doctrina

en el movimiento de reforma y actualización legislativa que se ha producido en el Continente existe un franco ánimo de involucrar al Estado y los entes públicos en la utilización del arbitraje²¹⁰.

A pesar de esa tendencia favorable, subsiste en las legislaciones de los distintos países serias limitaciones al uso de ese mecanismo de solución de controversias cuando quiera que una persona de derecho público sea parte. Una de las principales limitaciones se encuentra en la posibilidad de que las partes puedan llevar ante un tribunal de arbitraje las controversias sobre la validez de los actos administrativos proferidos con ocasión de un contrato estatal, tema central de la presente investigación.

En consecuencia, en este capítulo segundo se estudiarán las limitaciones especiales para la utilización del arbitraje en el llamado contencioso contractual. En primer lugar, se hace una presentación general de la

208 Cfr. MARTA GARCÍA PÉREZ. *Arbitraje y derecho administrativo*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 35 y ss.

209 Cfr. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008.

210 RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ. "El arbitraje del Estado: la regulación en América Latina", *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 1, junio a diciembre de 2004, p. 153.

evolución del estado de la materia en el derecho colombiano, esto es, de la posibilidad de que las entidades estatales hagan uso del arbitraje; mas adelante se explican las razones por las que se considera que existe competencia de los tribunales de arbitramento para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos.

I. EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA Y, EN ESPECIAL, EL ARBITRAJE SOBRE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES

Siguiendo a la doctrina, por arbitraje administrativo se entenderá

aquel en que como mínimo una de las partes es una administración pública y acuerdan someter las eventuales controversias, surgidas o que puedan surgir en materias de libre disposición, a varios árbitros²¹¹.

Más en concreto, se hará referencia a la posibilidad de sustraer de la jurisdicción de lo contencioso administrativo el conocimiento de los conflictos derivados de contratos estatales, para que sean árbitros escogidos con libertad por las partes en conflicto quienes resuelvan esas controversias.

En ese contexto, el objetivo del presente punto es presentar el estado actual de la materia en cuanto a la posibilidad de que la Administración Pública pueda llevar sus litigios contractuales, en especial aquellos relacionados con los actos administrativos, a la justicia arbitral y no de modo necesario a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para el efecto se presenta una explicación del concepto de acto administrativo contractual, la evolución de las normas relativas al arbitraje administrativo en el derecho colombiano, la posición jurisprudencial en cuanto a la competencia arbitral para conocer sobre controversias de actos administrativos contractuales y, para concluir, una presentación de la realidad del arbitraje en el derecho colombiano, con el fin de demostrar la importancia que ha ganado la institución.

211 FERNÁNDEZ ROZAS. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, cit. p. 937.

A. Los actos administrativos y el contrato estatal

No es posible referirse al “régimen jurídico del contrato estatal” sin articularlo con el concepto de contrato que rige las legislaciones civiles y comerciales y reconocer que, en todo caso, su origen es un acuerdo de voluntades entre sujetos capaces, sobre un objeto y causa lícitos. Si bien el contrato estatal surge del compromiso asumido por una entidad del Estado para la que existen reglas y roles que la ley le ha asignado, esta condición especial no tiene gran incidencia en el desarrollo de un contrato que, en principio, se rige por las disposiciones civiles y comerciales pertinentes, salvo las excepciones que contempla la ley de contratación. Lo anterior es independiente de su objetivo: garantizar la adecuada prestación de los servicios a cargo del Estado, en beneficio general y acorde con el cumplimiento de la actividad pública, en desarrollo de los principios constitucionales fundamentales que orientan la vida social.

Los presupuestos que hacen especiales los contratos públicos y los diferencian del contrato entre particulares se derivan en forma directa del interés colectivo, de las necesidades comunes que deben ser atendidas en forma general, permanente y continua por el Estado y de la dirección, regulación y el control que este ejerce con el fin de preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

En virtud del artículo 1.º de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, fundada en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. En materia de contratación pública este principio fundamental se ratifica en los artículos 3.º y 56 de la Ley 80 de 1993, en los cuales al definir los fines de la contratación estatal se asigna a los particulares, en su condición de contratistas, la obligación de colaborar con las entidades estatales en el logro de sus fines, en cumplimiento de una función social que implica obligaciones, además que se les imponen responsabilidades penales por considerar que cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades del Estado.

Como corolario de lo anterior, frente a las claras obligaciones que en lo constitucional y en lo legal se imponen al contratista en su relación con las entidades estatales, es posible entender que el régimen de contratación pública difiere del régimen civil y comercial de los contratos en los fines que lo acompañan: el desarrollo del contrato social en el aseguramiento del bien común, la protección de la inversión de los recursos públicos y la realización de los fines del Estado. El sometimiento de la entidad pública y de los particulares contratistas a las normas superiores no es otra cosa que la reiteración en el ámbito contractual de la obligación general de cumplir la Constitución y la ley, con apego a los principios connaturales del derecho privado que descansan en el derecho público.

En cualquier caso, en donde de manera más clara se manifiesta la especialidad del régimen público en la contratación de la Administración Pública es en la posibilidad de expedir actos administrativos que, de manera unilateral, afectan la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato, tema que se expone con mucha brevedad a continuación.

1. El concepto de acto administrativo: breve exposición

A continuación se ilustra el tratamiento que le ha dado la doctrina a las manifestaciones unilaterales de la Administración y cómo esas elaboraciones teóricas han servido, junto a la jurisprudencia, para la interpretación y aplicación de las disposiciones legales a casos concretos. Se parte de los desarrollos efectuados por la doctrina española, como referencia de derecho comparado, para luego aterrizar en los planteamientos de los estudiosos del derecho patrio y de la jurisprudencia especializada nacional.

El derecho español ha definido el acto administrativo como un acto jurídico, es decir, una manifestación unilateral donde la voluntad, en asocio con la ley, produce unos efectos antes determinados por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, ese acto jurídico tiene condiciones, en atención a las cuales se producen efectos particulares respecto de otro tipo de actos. Sobre el particular los profesores EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ explican:

Un aspecto particular: los límites a la justicia arbitral en las controversias...

Nos permiten concretar ahora una definición positiva de acto administrativo, lo que hacemos sobre una formulación ya clásica de [GUIDO] ZANOBINI, que corregimos parcialmente.

Acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria²¹².

Siguiendo a los referidos profesores, LUCIANO PAREJO ALFONSO enuncia algunas de las características que distinguen esa declaración de voluntad:

a) El acto es siempre una declaración intelectual con lo que queda fuera de su ámbito los actos puramente materiales, reales o técnicos [...] b) La declaración en cuestión puede portar cualesquiera de los contenidos válidos de los actos jurídicos como categoría general: una manifestación de voluntad, es decir, una decisión en sentido estricto [...] una manifestación de deseo, cual sucede en las propuestas o mociones; una manifestación de juicio, como lo son todos los actos propios de los órganos consultivos, es decir, los informes y los dictámenes; o una manifestación de simple conocimiento, que es lo propio de todos los actos de inscripción, certificación y registro [...] c) La declaración ha de emanar de una persona que tenga la condición subjetiva de Administración pública [...] Esta característica coloca fuera del ámbito del concepto no sólo -como ya sabemos- los actos materialmente administrativos emanados de poderes públicos distintos de la Administración, sino también los realizados por los ciudadanos o administrados en el curso de su relación con la Administración y en el seno de procedimientos administrativos [...] Justamente por la exclusión de este vasto elenco de actos materialmente administrativos es esta la nota dogmáticamente más controvertida del concepto analizado.

d) Finalmente la declaración debe ser necesariamente el resultado último, en el caso concreto, del ejercicio de una potestad administrativa atribuida por el ordenamiento a través del órgano competente al efecto²¹³.

De los apartes transcritos es posible extraer como características básicas del acto administrativo en la doctrina española, las siguientes:
a. Es una declaración intelectual de voluntad, de juicio, de deseo o de

212 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. I, 14.ª ed., Madrid, Civitas, 2011, p. 456.

213 LUCIANO PAREJO ALFONSO. "La actividad unilateral y formalizada de la administración. El procedimiento y los actos administrativos", *Manual de derecho administrativo*, 3.ª ed., Barcelona, Ariel, 1994, pp. 474 y 475.

conocimiento; b. Es una declaración de la autoridad administrativa; y c. Es una declaración producida como resultado del ejercicio de una potestad administrativa.

Para aterrizar el tema en el derecho colombiano, se evaluará si esa definición ha sido acogida por el derecho positivo, la doctrina y la jurisprudencia nacional. Al respecto es pertinente citar las normas que se han ocupado del acto administrativo.

De conformidad con el Decreto 1 de 2 de enero de 1984²¹⁴, a través del cual se reguló, con sus modificaciones, la actuación administrativa y los procedimientos administrativos y contenciosos administrativos durante 28 años, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocería:

Artículo 83. *Extensión del control.* La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto.

En relación con la nulidad de los actos administrativos precisó:

Artículo 84. *Acción de nulidad.* Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

214 *Diario Oficial*, n.º 36.439, de 10 de enero de 1984, disponible en [<http://www.suin-juris-col.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1698916>].

Estas disposiciones fueron derogadas por la Ley 1437 de 2011 que terminó:

Artículo 104. *De la jurisdicción de lo contencioso administrativo.* La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

[...]

Artículo 137. *Nulidad.* Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
4. Cuando la ley lo consagre expresamente.

Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.

Artículo 138. *Nulidad y restablecimiento del derecho.* Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso

o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

El asunto resulta de gran importancia para entender el concepto de acto administrativo y sus efectos, por cuanto a pesar de que en la actualidad hay una gran producción doctrinaria en relación con el tema, el nacimiento y la evolución de la materia ha estado ligada en primer lugar a asuntos procesales, y solo en un momento posterior se ha establecido su contenido sustancial. Sobre este punto el profesor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA recuerda:

Sin embargo, en su evolución, el concepto, por lo menos en el derecho francés, al cual se le atribuye el origen del mismo, no surgió como un desarrollo estricto del principio de legalidad. La calificación de actos administrativos aparece como un criterio empírico formalista o especie de denominación global que sirvió a las autoridades para definir la competencia de los órganos de lo contencioso administrativo. En su formación se observa, por lo tanto, una interesante necesidad de tipo procesal y no como en estricta lógica debió ocurrir, en coherencia con el pensamiento revolucionario de la época, una primaria sujeción de la administración a la ley, limitativa del poder absoluto. Esta clasificación fue, paradójicamente utilizada para identificar todas aquellas decisiones de la administración que fueron sustraídas del conocimiento de la justicia ordinaria y atribuidas inicialmente –en Francia– a órganos de la misma administración, y con posterioridad a la justicia especializada de lo contencioso administrativo²¹⁵.

Producto de la evolución de la figura se produjo un importante desarrollo teórico en el aspecto sustancial de los actos administrativos, tarea que no le correspondió al pensamiento *iuspublicista* francés sino

215 JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Acto administrativo, 4.^a ed., Bogotá, Externado, 2003. p. 122.

a la doctrina alemana²¹⁶, que acudió a las elucubraciones propias del derecho privado para llenar de contenido el concepto. Continúa el citado tratadista:

La teoría del acto administrativo se forma a partir del desarrollo doctrinal especializado y autónomo del concepto genérico de negocio jurídico, que le traslada al concepto elementos sustanciales como los de declaración de voluntad, no en el sentido predicado por el derecho privado, es decir fruto de la autonomía de la voluntad, sino, por el contrario, del ejercicio del poder por la autoridad administrativa, respetando en todo caso el orden normativo, teniendo siempre presente que a la función administrativa la orienta ante todo la prosecución del bien común, el interés público y las debidas garantías del administrado²¹⁷.

En el derecho colombiano, si bien se define al acto como una declaración de voluntad –que no siempre tomará la forma de una decisión, sino que puede ser un juicio o una declaración de conocimiento–, se distancia de la definición de los profesores españoles referidos por cuanto: a. Aquí se acoge un criterio material, en el sentido de que no es necesario que el acto sea expedido por una autoridad propiamente administrativa; y b. No se hace diferencia entre acto administrativo y reglamento, permitiendo clasificar dentro del concepto a los actos administrativos generales. Sobre este punto afirma JAIME VIDAL PERDOMO:

En cuanto a los efectos, ellos pueden afectar a la administración o a los ciudadanos. Figura como requisito en la doctrina, en el último caso, que el acto produzca efectos jurídicos subjetivos, concretos, o sea de alcance individual: crea, modifica o extingue. Por esta razón se suelen rechazar los actos creadores de normas generales. No obstante, en Colombia en el contencioso administrativo se toman como actos administrativos estos actos generales de autoridades nacionales, seccionales y locales (decretos reglamentarios, resoluciones generales, ordenanzas, acuerdos, etc.).

216 *Ibíd.*, p. 124: “es tan solo a partir del repertorio de MERLIN, publicado en la 4.^a edición de GUYOT, en 1812, cuando aparece por primera vez la voz ‘acto administrativo’, que se define como una decisión de la autoridad administrativa, una acción, un acto de administración que tiene relación con sus funciones, pretendiendo de esta forma enriquecer un término que hasta ese momento se manejaba estrictamente sobre la base de parámetros procesales sin contenido preciso; sin embargo debemos anotar que le correspondió en definitiva a la doctrina alemana entrar a consolidar un criterio sustancial del concepto en el sentido en que actualmente lo entendemos en el derecho administrativo”.

217 *Ídem.*

[...]

Por último, al lado de la declaración de voluntad destinada a la producción de efectos jurídicos subjetivos, pero que pueden ser de juicio, conocimiento o deseo, o un hecho u operación material, entre los elementos del acto administrativo se incluye que su expedición sea el fruto del ejercicio de una función administrativa; conforme al criterio material esta puede estar a cargo de autoridad de otra rama del poder, y aun de particulares, de manera excepcional²¹⁸.

De los apartes transcritos es importante resaltar que, no obstante en la actualidad se acude a un criterio ecléctico²¹⁹ para definir el acto administrativo por lo que en el concepto se incluyen aspectos materiales, sigue siendo fundamental el tratamiento que en materia procesal se le da al tema. Sobre el particular será necesario referirse a las especies de actos administrativos que reconoce el derecho colombiano.

El concepto de acto administrativo, reconocido por lo general, es el de contenido particular, en el cual se presentan la mayoría de las características mencionadas al hacer referencia al desarrollo del concepto en la doctrina española. Sin embargo, en el derecho nacional se presentan algunas particularidades, por lo que conviene hacer claridad en que, siguiendo a SANTOFIMIO GAMBOA, se entiende por tal al acto positivo consistente en una expresión o manifestación de voluntad, realizada por quien ejerce funciones públicas, pertenezca o no a la administración, en forma unilateral, expresión que posee la fuerza decisoria necesaria para crear, modificar o extinguir una situación jurídica²²⁰.

Con base en normas de carácter procesal, en el derecho nacional se ha reconocido al reglamento la categoría de acto administrativo de contenido general, en los siguientes términos:

En Colombia, a diferencia de otros ordenamientos, el reglamento es acto administrativo de contenido general. Se instituye como el principal mecanismo

218 JAIME VIDAL PERDOMO. *Derecho administrativo*, 13.^a ed., Bogotá, Legis, 2008, pp. 293 y 294.

219 Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Contenido Administrativo, Bogotá, Externado, 2004, p. 165.

220 *Ibíd.*, pp. 132 a 136.

de proyección normativa en cabeza de los órganos y personas con funciones administrativas, creador de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, diferentes a la ley o a los actos con fuerza de ley, pero coincidente con esta, en cuanto contiene reglas de derecho y no decisiones individuales o concretas²²¹.

La doctrina ha reconocido la existencia de una tercera categoría de acto administrativo, caracterizado porque no obstante ser de naturaleza normativa, general, abstracta e impersonal, también crea, modifica o extingue situaciones jurídicas particulares.

2. La aplicación del concepto de acto administrativo en las relaciones contractuales de la Administración Pública

Habiendo abordado las características generales del acto administrativo y sus categorías en la doctrina nacional, por ser el tema propio del presente trabajo resulta importante citar los actos administrativos relacionados con la actuación contractual del Estado. La primera referencia es el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 citada:

De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de estas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1.º *El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.*

Parágrafo 2.º *Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina. (Resaltado fuera del texto).*

221 *Ibíd.*, p. 162.

Observamos que en el aparte resaltado se establece una categoría especial de acto administrativo, caracterizado por ser expedido con ocasión de la actividad contractual, a saber: a. Los que se refieren al ejercicio de los poderes excepcionales; b. Aquellos por medio de los cuales se resuelven las peticiones del contratista relacionadas con la ejecución del contrato²²²; c. Los que imponen multas o declaran el incumplimiento para efectos de cobrar la cláusula penal o las garantías; d. Los de liquidación; y d. Los que expide el representante legal de una entidad Estatal para dar por terminado en forma unilateral el contrato viciado de nulidad absoluta por las causales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Como se evidencia en el artículo transcrito –y se concretará en seguida al hacer referencia a la controversia respecto de los denominados actos administrativos separables–, la distinción en relación con los actos administrativos contractuales se ha abordado desde el punto de vista procesal. Tal diferencia solo se explica porque dichos actos no pueden ser interpretados o analizados de manera independiente para emitir un juicio sobre su legalidad o como causa de un daño indemnizable, puesto que se consideran dentro del contexto y la realidad misma del contrato. En el mismo sentido, una vez expedidos, la interpretación del contrato está inescindiblemente relacionada con estos.

Respecto de la naturaleza contractual de los actos administrativos precontractuales, JUAN CARLOS GALINDO VÁCHA al afirmar que cuando se pretenda la nulidad del acto de adjudicación y la anulación del contrato debe acudirse a la acción de controversias contractuales, dada la necesidad del estudio conjunto de los asuntos, se sustenta en lo siguiente:

En este sentido, debe ponerse de presente que cuando se pretenda la nulidad del acto de adjudicación del contrato, como la anulación de este, tal y como lo sostiene el Consejo de Estado, se impone acudir a la acción de controversias

222 Cfr. *Ibíd.*, p. 253: “El acto contractual puede ocasionalmente ser producto de los pronunciamientos definitivos, creadores de situaciones jurídicas individuales y concretas efectuados por la administración respecto de las peticiones de los contratistas. Si se estudia con cuidado el texto de la Ley 80 de 1993 se observará que durante la ejecución del contrato es posible que el contratista se dirija a la administración con el propósito de que esta le resuelva situaciones subjetivas derivadas de la ejecución del contrato”.

contractuales (art. 87 C. C. A.), incluyendo una especial petición de nulidad con relación al acto administrativo:

“Dicho de otra forma, cuando el acto de adjudicación se involucra dentro de una controversia de nulidad absoluta del contrato, la acción es la consagrada en el artículo 87 del C. C. A., pero en las pretensiones de la demanda debe solicitarse la nulidad del acto de adjudicación como presupuesto del restablecimiento del demandante, porque de no removerse el acto de adjudicación que continúa produciendo la plenitud de sus efectos en el ordenamiento jurídico y que además se encuentra amparado por la presunción de legalidad, la nulidad absoluta del contrato no podrá tener consecuencias restablecedoras”²²³.

El mismo autor indica otro evento en el cual se revela la necesidad del análisis conjunto de los actos administrativos y los contratos con los cuales se relacionan. Sobre la necesidad de que el contratista que pretende la declaratoria del incumplimiento del contrato por parte de la Administración solicite la nulidad del acto administrativo que declara el cumplimiento de aquél, cita lo siguiente:

Debe tenerse en cuenta que si el contratista pide la declaración de incumplimiento contractual, en caso de haberse proferido un acto administrativo que declaró el incumplimiento por parte de la entidad pública, el contratista deberá también pedir que se declare la nulidad de este, so pena de ver fracasada su pretensión principal, porque la presunción de legalidad del acto implica verdad dentro del vínculo contractual, tal y como lo ha reconocido el Consejo de Estado²²⁴.

223 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 7 de septiembre de 2000, expediente 12.856, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE. En JUAN CARLOS GALINDO VÁCHA. *Lecciones de derecho procesal administrativo*, vol. 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003, p. 429.

224 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 16 de julio de 1998, expediente 12.023, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ. El aparte mencionado de la sentencia referida es el siguiente: “Imposible resulta acceder a las pretensiones del demandante, pues la demanda con que se inició la instancia, no impugnó la legalidad de los varios actos administrativos que se produjeron durante la ejecución de la relación negocial originada en el contrato cuyo incumplimiento se solicita y, tal cual queda visto, habiéndose proferido varios actos administrativos, uno de ellos declarando precisamente el incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato por parte del demandante, indispensable resultaba, si se pretendía obtener una declaratoria de incumplimiento por parte de la entidad demandada, el haber controvertido en sede jurisdiccional la legalidad de tales actos, pues en tanto ello no ocurra, la presunción de legalidad y acierto que los caracteriza, permanece incólume, deficiencia esta que configura en el caso concreto la excepción de inepta demanda propuesta por la entidad demandada, toda vez que el libelo resulta materialmente inepto a los fines de las pretensiones

Como resulta evidente de lo desarrollado hasta este momento, la consecuencia fundamental de la categoría de los actos administrativos contractuales es que su revisión judicial se ha producido por regla general con ocasión del ejercicio de la acción de controversias contractuales, en las que se permite el estudio conjunto con el contrato en cuestión. Sin embargo, en este punto aparece la discusión a la que se ha hecho referencia, relacionada con los actos administrativos precontractuales y los denominados actos administrativos separables del contrato. Para dar cuenta de la oscilación de la figura conviene citar de nuevo a SANTOFIMIO GAMBOA, quien afirma:

De otra parte, en diversas épocas de la evolución de la acción contractual se ha discutido su procedencia frente a los actos administrativos producidos con anterioridad al surgimiento del contrato. En algunos casos se ha aceptado su impugnación a través de las acciones procedentes contra los mismos, como las de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, y en otras oportunidades se los ha catalogado como objeto de la acción contractual.

Esta situación llevó a estructurar la famosa teoría de los actos administrativos separables del contrato, que en derecho colombiano tuvo un especial desarrollo a partir de su doble condición de actos separables y actos contractuales, y que con la entrada en vigencia del estatuto de la contratación de la administración pública, Ley 80 de 1993, se recondujo a la teoría de los actos administrativos contractuales, pero que con la adopción de la Ley 446 de 1998 volvió a revivir la diferencia entre los precontractuales o separables y los propiamente contractuales²²⁵.

En la actualidad, la materia está regulada por el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011 ya citada), en el cual se dispuso la diferencia en el tratamiento procesal de los actos administrativos contractuales y los actos previos, sin hacer referencia a los denominados actos administrativos separables. Queda sin embargo la duda respecto del tratamiento del acto de adjudicación, cuando en eventos como el referido más arriba, debe ser estudiado en su legalidad, junto con el contrato, para efectos de la indemnización pretendida. Ese tema desvía el contenido de la in-

perseguidas, impidiendo que el juzgador pueda entrar a pronunciarse sobre los hechos constitutivos del incumplimiento, por la deficiencia anotada”.

225 SANTOFIMIO GAMBOA. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, cit., p. 245.

vestigación, por lo que basta con transcribir lo establecido por la citada disposición:

Artículo 141. *Controversias contractuales.* Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, *que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios*, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

*Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso*²²⁶.

El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo

226 "Artículo 137. *Nulidad.* Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro. Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: // 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero. // 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público. // 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico. // 4. Cuando la ley lo consagre expresamente. // Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente. // Artículo 138. *Nulidad y restablecimiento del derecho.* Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel".

podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes. (Resaltados fuera de texto).

Como resulta evidente, los actos administrativos contractuales pueden ser fuente de daño y, como tales, generar una obligación indemnizatoria en cabeza de la administración que los expide. Por consiguiente, debe tenerse en cuenta que las cláusulas excepcionales, las multas, las declaraciones de incumplimiento con el fin de hacer efectivas las garantías o la cláusula penal son estipulaciones del contrato, que se materializan en una actuación administrativa susceptible de una pretensión anulatoria y restablecedora.

De conformidad con lo anterior, se entiende que aunque el ejercicio de dichos poderes deriva de modo directo de la ley, no debe perderse de vista que en la relación contractual las estipulaciones cumplen las veces de cláusulas contractuales obligatorias cuyos efectos están establecidos en normas imperativas, de forma tal que su ejercicio implica, a su vez, el desarrollo del contrato.

En consecuencia, el ejercicio arbitrario de estas facultades –por ilegalidad o por no estar acorde con la situación contractual– implica un incumplimiento del contrato por parte de la Administración y es ahí donde se genera el consecuente daño. Entonces, para determinar dicha responsabilidad es indispensable evaluar la situación contractual en la cual estos actos se producen y obtienen fundamento, pues es ahí donde se encuentran las razones que permitirán afirmar o negar la presencia de vicios de motivación, desvío de poder o desequilibrio contractual causantes del incumplimiento y la consecuente responsabilidad.

B. Evolución de la legislación del arbitraje administrativo en el derecho colombiano

1. Situación antes de la Constitución Política de 1991

Con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991 el arbitraje apenas había sido objeto de desarrollo legislativo especializado. Ni en la Constitución Política de 1886 ni en sus reformas se le

había incluido o promovido como institución jurídica protegida por la Constitución. Como se vio en el capítulo primero de este trabajo, la Corte Suprema de Justicia fue la primera en reconocer que “la potestad de resolver diferencias de carácter patrimonial no es función exclusiva del Estado, como supremo creador del derecho o supremo dispensador de justicia”²²⁷. A partir de entonces se evidencian las principales motivaciones para la existencia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos: la voluntad de las partes y su practicidad.

Uno de los primeros antecedentes sobre normas aplicables al arbitraje administrativo se encuentra en el artículo 13 de la Ley 4.^a de 30 de septiembre de 1964²²⁸, de conformidad con el cual, “las entidades a que se refiere la presente ley quedan facultadas para someter a arbitramento de los términos de la Ley 2.^a de 1938 [ya citada], las diferencias que se presenten con los contratistas”. Con ello, la Nación, los institutos, las empresas o establecimientos públicos y las demás entidades oficiales o semioficiales a quienes se les aplicaba la citada ley, podían someter a arbitraje sus controversias contractuales. La norma no hizo diferencia entre cuando la controversia versaba sobre el cumplimiento del contrato y cuando se trataba de la legalidad de algún acto administrativo contractual.

Mas tarde, en el Decreto 1670 de 18 de agosto de 1975²²⁹ –primer verdadero estatuto de contratación de la Administración Pública, aunque de muy efímera vida, duró solo un día–, se estableció la posibilidad general de que en los contratos administrativos pudiera utilizarse la cláusula compromisoria (art. 66) y de hacer uso del arbitraje técnico en los contratos de obra pública (art. 76). Un año después, en el se-

227 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA. Sentencia de 26 de mayo de 1969, cit.: “Pero, ante la gran dificultad de obtener la realización de esta aspiración surge como subsidaria la posibilidad de que los mismos particulares que discuten un derecho arreglen sus diferencias directamente o por medio de compromisarios, siempre que obren dentro del orden público, es decir, que sólo dispongan sobre aquellas cosas que atañen exclusivamente a su interés particular y sobre las cuales pueden ejercer la facultad de disponer libremente, como consecuencia apenas del derecho de propiedad y de la libertad contractual que les garantiza la Constitución Política”.

228 *Diario Oficial*, n.º 31.481, de 6 de octubre de 1964, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1559149>].

229 *Diario Oficial*, n.º 34.388, de 29 de agosto de 1975.

gundo estatuto general de contratación administrativa contenido en el Decreto 150 de 1976 ya citado, se repitieron las mismas normas en los siguientes términos:

Artículo 66. *De la cláusula compromisoria.* Salvo disposición en contrario, en los contratos que celebre la Nación podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin someter a la decisión de árbitros nacionales diferencias que se susciten en relación con el contrato. // En la cláusula compromisoria deberá convenirse la forma de nombrar los árbitros. El falló será siempre en derecho. // La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral.

Artículo 76. *Del arbitramento técnico.* En los contratos de obra podrá pactarse arbitramento técnico. // El tercer árbitro será designado por la entidad gremial que tenga el carácter de “cuerpo consultivo del gobierno”. La misma entidad escogerá el árbitro de la parte que se negare a hacerlo dentro del tiempo convenido. // Según el caso, los árbitros deberán ser ingenieros o arquitectos que hayan cumplido con todas las normas legales vigentes para el ejercicio de la profesión.

Como puede verse, en los primeros estatutos generales de contratación administrativa se previó la posibilidad de hacer uso del arbitraje en toda clase de contratos administrativos. Para los efectos de lo que interesa al presente trabajo, estos estatutos previeron que la cláusula de caducidad no sería susceptible de ser llevada ante un tribunal de arbitraje, esto es, que los árbitros no eran competentes para conocer ni de la legalidad ni de los efectos económicos de la cláusula de caducidad. En relación con los demás actos administrativos contractuales nada señaló el citado estatuto, lo cual podría interpretarse en el sentido de que la prohibición de arbitrabilidad de la controversia no los cubría. Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado se encargó de aplicar esa norma al pronunciarse en el sentido de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo era la única competente para conocer de la legalidad y los efectos económicos de los actos administrativos producidos con ocasión de las relaciones contractuales de la administración²³⁰.

230 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 2 de noviembre de 1977, expediente 2.356, C. P.: JORGE VALENCIA ARANGO. Igualmente, cfr. JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA. “La evolución del arbitraje en materia estatal” en MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA (ed.), *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pp. 359 y ss.

Más adelante, aún en el periodo anterior a la Constitución Política de 1991, se expidió el Decreto 222 de 1983 ya citado, en el cual de nuevo se ratificó la posibilidad de que la Administración Pública utilizara el arbitraje para resolver sus conflictos de naturaleza contractual, así como de hacer uso del arbitramento técnico. En concreto, dichas posibilidades fueron consagradas en los artículos 76 y 77 del Decreto 222 de 1983, así:

Artículo 76. De la cláusula compromisoria. Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato.

Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho.

La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral. Tampoco lo serán las cláusulas que contengan los principios previstos en el Título IV.

Artículo 77. Del arbitramento técnico. En los contratos cuya naturaleza lo permita, podrá pactarse el arbitramento técnico cuya conformación se sujetará a las normas del Código de Comercio.

Los árbitros deberán ser profesionales en la respectiva materia y haber cumplido con las normas legales que regulan el ejercicio de la profesión.

Para pactar esta cláusula deberá tenerse en cuenta lo previsto en el parágrafo del artículo 24 de este estatuto.

Los anteriores artículos ratifican lo expresado en la legislación anterior y acogen lo expuesto por la jurisprudencia administrativa citada. Como puede deducirse de las normas transcritas, el arbitraje podía utilizarse respecto a toda clase de contratos administrativos, pero los árbitros nunca serían competentes para conocer controversias sobre actos administrativos en los cuales se hiciera uso de las cláusulas exorbitantes (caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral y modificación unilateral), situación que incluso fue reiterada en el parágrafo del artículo 24 donde se excluía de la competencia arbitral lo decidido en ejercicio de la potestad de interpretación unilateral.

Más adelante, en el Decreto 2279 de 1989 citado, denominado Estatuto Arbitral, se recogieron las diversas normas vigentes sobre el arbitramento que hasta la fecha se encontraban dispersas en las legislaciones comerciales y civiles, pero no se previó nada en particular en relación con el arbitraje administrativo. Lo propio ocurrió con las normas que modificaron ese estatuto arbitral, como la Ley 23 de 21 de marzo de 1991²³¹ y el Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991²³², las cuales se limitaron a establecer regulaciones generales en materia de arbitraje.

En suma, no fue sino hasta la década de los 1960 que la legislación colombiana empezó a aceptar de manera expresa la utilización del arbitraje en los contratos administrativos. Sin embargo, tanto desde el punto de vista legislativo como desde la perspectiva de su interpretación jurisprudencial, siempre quedó claro que la competencia arbitral no permitía el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos. Como puede verse, la interdicción del arbitraje de actos administrativos contractuales tuvo un origen sobre todo legislativo, esto es, no se trataba de una prohibición sustancial, sino la mera aplicación e interpretación del derecho positivo, de tal manera que no se preveían razones de fondo que impidieran que un tribunal de arbitramento pudiera juzgar la legalidad de un acto administrativo cuando la legislación lo autorizara.

2. Situación posterior a la Constitución Política de 1991

Como ya se explicó, la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos se elevó a rango constitucional en la Carta Política de 1991. En efecto, en el artículo 116, modificado por el Acto Legislativo 3 de 19 de diciembre de 2002²³³, se estableció:

231 *Diario Oficial*, n.º 39.752, de 21 de marzo de 1991, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1579595>].

232 *Diario Oficial*, n.º 40.165, de 19 de noviembre de 1991, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1470723>].

233 *Diario Oficial*, n.º 45.040, de 20 de diciembre de 2002, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Acto/1825680>].

Un aspecto particular: los límites a la justicia arbitral en las controversias...

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Así, sin ofrecer mayor detalle sobre la forma, se llevó a cabo un cambio de perspectiva sustancial al autorizar a los particulares para que impartan justicia, y al hacerlo, se promovieron y protegieron los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

El siguiente elemento que se extrae del artículo constitucional citado es la transitoriedad de tal investidura: la competencia arbitral tiene un límite temporal claro y no se funge “como juez” por tiempo ilimitado. Actuar como árbitro no constituye ningún tipo de nombramiento público ni de facultad ilimitada en las funciones ni en el tiempo. Se trata de cumplir con una tarea, y una vez concluida esta la condición y atribuciones de árbitro cesan.

En el artículo 116 también se indica que “los particulares podrán ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”. De esta enunciación se desprenden un tercer y un cuarto elemento: por una parte, que la habilitación que se otorga a estos particulares tiene como finalidad la de “proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”, es decir, se consideran por igual válidas las dos formas en las que se puede fallar: con fundamento en una norma imperativa, o con fundamento en lo que se considera razonable y justo, siempre y cuando las partes involucradas en la controversia que motiva la designación de uno o más árbitros les hayan habilitado para decidir. Esta debe ser una determinación de las partes al momento de facultarlos para tal función y no puede imponerla ni tomarla un tercero.

En cuarto lugar, que la decisión del árbitro tiene la misma validez y obligatoriedad que la de un juez: se trata de un fallo, con independencia de que se fundamente en equidad o en derecho.

Por último, es claro el mandato constitucional al Poder Legislativo para que surta las reglas en la materia, debiendo definir el modo en que

debe desarrollarse tanto un trámite conciliatorio como un proceso arbitral. En cumplimiento de dicha orden se han expedido, entre otras, la Ley 446 de 1998 ya citada cuyo principal objeto fue la organización del acceso a la justicia y la materialización del uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la Ley 1563 de 2012 que estableció un nuevo estatuto arbitral.

El punto de partida para efectos de la hipótesis de trabajo es la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública), de modo específico, el artículo 68, que estableció la posibilidad de acudir a cualquiera de los instrumentos de solución de conflictos a fin de evitar la obstrucción en el desarrollo de la función pública por medios contractuales:

Artículo 68. De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

Parágrafo. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.

Si bien el artículo 68 no menciona de manera directa el arbitraje, sí hace una referencia general a la transacción –que es uno de los modos mediante los cuales se termina judicialmente tanto el litigio pendiente como el eventual, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 2469 del Código Civil–²³⁴ así como a los mecanismos ágiles y rápidos de solución de controversias, dentro de los cuales se encuentra el arbitraje.

Del artículo 68 de la Ley 80 de 1993 se desprende un mandato expreso del legislador y no una simple potestad facultativa de la entidad esta-

234 “Artículo 2469. *Definición de la transacción.* La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. // No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

tal contratante. Desde 1993 es un *deber* de todas las partes solucionar las controversias surgidas con ocasión de la relación contractual de la forma más ágil, rápida y directa posible, precepto que es reiterado en el artículo 25-5 de la misma Ley 80 de 1993, en virtud del cual una de las manifestaciones del principio de economía se encuentra en adoptar “procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten”. Esto, porque se contrata para cumplir con los fines enunciados en el artículo 3.º del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (*v. gr.*, la prestación de un servicio público, la satisfacción de un derecho, el cumplimiento de una función social, etc.)²³⁵.

Con fundamento en lo anterior se incluyeron normas que establecían la conciliación como requisito de procedibilidad tanto en la Ley 640 de 5 de enero de 2001²³⁶, como en la Ley 1285 de 2009²³⁷ y la Ley 1367 de 2009 ya citada²³⁸.

235 “Artículo 3.º *De los fines de la contratación estatal*. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. // Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

236 “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”, *Diario Oficial*, n.º 44.282, de 5 de enero de 2001, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1665202>].

237 Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 –Ley Estatutaria de la Administración de Justicia–.

238 Respecto de estos desarrollos normativos, se encuentra en el Manual para la Conciliación en lo Contencioso Administrativo, elaborado por la Procuraduría General de la Nación, el siguiente recuento legislativo: “La Ley 640, expedida en 2001, ya había consagrado la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en asuntos contencioso administrativos, pero sometió su entrada en vigor a una condición [13] que no se llegó a presentar durante la vigencia de dicha norma y, por lo tanto, en esta materia nunca entró a regir el requisito dispuesto en dicha ley. En efecto, el Ministerio de Justicia mediante la Resolución 198 de 2002, determinó que “no se dan los presupuestos para determinar la entrada en vigencia de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ningún distrito judicial del país. Posteriormente, la Ley 1285 de 2009 estableció en su artículo 13 que “[a] partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre

De otra parte, del párrafo del artículo 68 de la Ley 80 de 1993 se desprende el límite para revocar un acto administrativo de carácter contractual: la revocación es posible siempre y cuando sobre el acto no se haya proferido una sentencia ejecutoriada, disposición que continúa vigente²³⁹. Al respecto, CARLOS BETANCUR JARAMILLO consideró hace poco:

por voluntad del legislador y para facilitar la operancia de los medios alternativos de solución en los conflictos contractuales, podrá la administración dejar sin efectos esos actos aún estando en marcha el proceso, excepcionándose así la regla general²⁴⁰.

Más adelante complementa el mismo punto:

De no haberse contemplado esta salida, los conflictos contractuales, en la mayoría de los casos derivados de esta clase de actos, no podrían solucionarse a través de mecanismos alternativos, contrariándose así el querer del legislador, el cual en la citada Ley 80 propende por dichas vías de solución y ordena a las entidades que no las prohíban (art. 68 y ss.)²⁴¹.

constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial". La anterior disposición, por hallarse –entonces– contenida en proyecto de ley estatutaria, fue objeto de control previo de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional y fue declarada exequible. Sin embargo, el inciso segundo del mencionado artículo 13 fue declarado inexecutable. Dicho inciso era del siguiente tenor: "Las conciliaciones judiciales y extrajudiciales únicamente requerirán revisión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando así lo solicite y sustente el Ministerio Público, dentro de los tres (3) días siguientes a su celebración. Dicha solicitud sólo será procedente en los casos en que el Ministerio Público considere que los términos de la respectiva conciliación resultan contrarios al ordenamiento vigente o lesivos para el patrimonio público". Por lo anterior, en caso de que las partes efectivamente concilien en asuntos contenciosos administrativos, el respectivo acuerdo siempre habrá de ser sometido a aprobación por parte del órgano competente de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Es importante resaltar que la normatividad anterior a la Ley 1285 mantiene su vigencia en cuanto no sea contraria a su contenido y que, posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 1716 de 2009. Así mismo resulta de la mayor trascendencia la expedición, el 21 de diciembre de 2009, de la Ley 1367, cuyo objeto es "implementar y fortalecer la institución de la conciliación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; promoviendo así la cultura de la conciliación con la oportuna solución de los conflictos entre el Estado y los ciudadanos".

239 Vale la pena tener en cuenta que los artículos 68 y 69 de la Ley 80 de 1993 no fueron modificados o derogados por el Estatuto de Arbitraje (Ley 1563 de 2012 cit.).

240 CARLOS BETANCUR JARAMILLO. *Derecho procesal administrativo*, 7.^a ed., Medellín, Señal Editora, 2009, p. 222.

241 Ídem.

La determinación de que la solución directa de las controversias contractuales constituya un requisito de procedibilidad no es la única manifestación legislativa encaminada a promover la rápida solución de los conflictos derivados de una relación estatal. En el artículo 69 de la Ley 80 de 1993 se vetó la posibilidad de que una entidad contratante establezca cláusulas a través de las cuales se evite a. Acudir a los mecanismos de solución directa; o b. Estipular la cláusula compromisoria o la celebración de pactos arbitrales, en los siguientes e inequívocos términos:

Artículo 69. De la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa. Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.

Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal. (Resaltado fuera del texto).

Así mismo, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública consagró en los artículos 10.^o, 71 y 72 normas muy importantes para la aplicación del arbitraje en materia administrativa, pues además de permitir su utilización en los contratos estatales, señalan que este debe ser en derecho, que el número de árbitros puede ser uno o tres según el caso, que el tribunal de arbitramento puede ampliar el término de duración del Tribunal y que existen unas causales especiales de anulación del laudo, entre otras reglas especiales. Las anteriores disposiciones fueron derogadas por el nuevo Estatuto Arbitral.

Con posterioridad a la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), a través del artículo 8.^o de la Ley 270 de 7 de marzo de 1996²⁴² se concretó con mayor detalle la posibilidad de solucionar desavenencias por medio de mecanismos alternativos, sin acudir a la jurisdicción institucional del Estado, y se aclaró que tales mecanismos no constituyen una justicia paralela a las jurisdicciones ordinarias, toda vez que su control corre por parte de las

242 *Diario Oficial*, n.º 42.745, de 15 de marzo de 1996, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1657238>].

autoridades judiciales. Tras la modificación del artículo 3.º de la Ley 1285 de 2009 ya citada, la norma establece:

Artículo 8.º *Mecanismos alternativos*. La ley podrá establecer mecanismos alternativos al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz. En tal caso *la ley señalará las competencias, las garantías al debido proceso y las demás condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes*. Contra las sentencias o decisiones definitivas que en asuntos judiciales adopten las autoridades administrativas excepcionalmente facultadas para ello, siempre procederán recursos ante los órganos de la Rama Jurisdiccional del Estado, en los términos y con las condiciones que determine la ley.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.

El Consejo Superior de la Judicatura, en coordinación con el Ministerio del Interior y Justicia, realizará el seguimiento y evaluación de las medidas que se adopten en desarrollo de lo dispuesto por este artículo y cada dos años rendirán informe al Congreso de la República. (Resaltado fuera del texto).

De la norma transcrita resulta inequívoca la intención del legislador de que por *vía legal* se determine el alcance de la competencia para impartir justicia por quien no hace parte de la rama judicial, con el propósito de proteger a las partes, para que al acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos –como el arbitraje– se les garantice el respeto de sus derechos fundamentales, en particular el derecho al debido proceso²⁴³. Con ello se reitera la regla constitucional en el

243 Derecho que hace parte del catálogo de derechos fundamentales expresamente consagrado en la Constitución Política así: “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. // Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. // En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva

sentido de que es el legislador el competente para establecer las condiciones y los límites para acudir al arbitraje y a los demás mecanismos de solución de controversias contractuales.

En el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996 ya citada, de acuerdo con el texto modificado por el artículo 6.º de la Ley 1285 de 2009, se contempló además:

Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

[...]

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, *en el que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento* a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso²⁴⁴. (Resaltado fuera del texto).

Más adelante, la Ley 446 de 1998, como ya se dijo, compiló una serie de normas referidas a los mecanismos alternativos de solución de conflictos que se hallaban dispersas. En el artículo 111 de dicha compilación normativa se definía el arbitraje de la siguiente manera:

El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

o desfavorable. // Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. // Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

244 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm>], mediante la cual se declaró condicionalmente exequible el numeral citado en el entendido de que las partes, al acordar el procedimiento arbitral, deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen la materia.

De la anterior definición legal se desprendían varias condiciones para el desarrollo de esta institución jurídica, las cuales se desarrollarán más adelante. Sin embargo, vale la pena introducirlas en forma breve, para señalar los cambios establecidos en el nuevo régimen arbitral (Ley 1563 de 2012):

a. El asunto objeto de arbitraje debe ser transigible (o bien relativo a derechos de libre disposición, en el nuevo estatuto): no se permitirá transigir sobre cuestiones que afecten el orden público ni sobre derechos ajenos. El tema de la transacción y los derechos de libre disposición se aborda con mayor detalle en el siguiente acápite.

b. El fallo debe ser promulgado por un tribunal arbitral, es decir, compuesto por árbitros, quienes se escogen en función de profundos y demostrados conocimientos sobre una materia en particular. La decisión se toma a través de un laudo arbitral. Dicho laudo debe contener no solo la solución que las partes deberán acoger, sino los fundamentos de esta y tiene como efecto su tránsito a cosa juzgada.

c. La función judicial otorgada al tribunal de arbitramento es transitoria: una vez solucionada la controversia para la cual se convoca, cesa su competencia para impartir justicia.

Resumiendo las anteriores condiciones, se tiene que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, consistente en que los sujetos de una controversia (de acuerdo con el nuevo estatuto) en la que se involucren derechos de libre disposición, o bien cuando la ley lo autorice, renuncian en forma voluntaria a acudir a la administración de justicia para solicitar el reconocimiento de sus pretensiones y, en su defecto y de conformidad con la Constitución, le otorgan facultades especiales propias de la jurisdicción a particulares expertos, denominados árbitros, quienes administrarán justicia en ese caso específico, a través de una decisión que se materializará en un laudo arbitral.

3. Reglas especiales para el arbitraje administrativo en el nuevo Estatuto Arbitral (Ley 1563 de 2012)

El nuevo Estatuto del Arbitraje, al definir la institución jurídica que nos ocupa, ya no menciona la transigibilidad del objeto que se somete a conocimiento de los árbitros, sino la libre disposición de los derechos sobre los cuales el tribunal decidirá. Los demás elementos pueden considerarse intactos. La definición que regirá en adelante es la siguiente:

Artículo 1.º Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice. (Resaltado fuera del texto).

A través de esta nueva norma se sigue el modelo español y peruano. El objetivo del legislador –y del Gobierno Nacional teniendo en cuenta que el Estatuto de Arbitraje fue iniciativa del Poder Ejecutivo– fue ampliar la competencia de los tribunales de arbitramento. Así consta en la *Gaceta de Congreso* n.º 542 de 29 de julio de 2011:

Se amplía el marco de los asuntos que pueden adelantarse mediante arbitraje, promoviendo así su desarrollo y utilización. No sólo podrán ser objeto de arbitraje aquellos asuntos transigibles sino todos aquellos que el legislador indique. El punto no será necesariamente que la materia sobre la que verse sea transigible, sino que el legislador podría indicar otros asuntos.

Pero además, debe destacarse que en el último inciso del artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012 se hacen varias previsiones especiales cuando una de las partes que acude al arbitraje es una entidad pública: una, que todas las controversias contractuales son arbitrables, incluyendo las relacionadas con los efectos económicos de los actos administrativos; dos, que la decisión debe ser siempre en derecho. Señala la norma:

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, *incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.* (Resaltado fuera del texto).

La Ley 1563 de 2012 consagra, además de las normas mencionadas en relación con la arbitrabilidad de las controversias contractuales de las entidades estatales, las siguientes reglas especiales para los arbitrajes administrativos²⁴⁵:

a. Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se tramitará ante un centro de arbitraje, lo cual implica que es un arbitraje institucional, pero desde el punto de vista de las normas de trámite aplicables el proceso se regirá por las reglas señaladas en el Estatuto de Arbitraje, lo cual implica que se tratará de un arbitraje legal (arts. 2.º y 58).

b. A los árbitros y secretarios les queda prohibido desempeñarse en simultáneo como tales en más de cinco tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas (art. 8.º). De modo adicional, debe precisarse que el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013 señala que cuando el arbitraje versa sobre un contrato de infraestructura de transporte, el límite al número de arbitrajes se reduce a tres tribunales.

c. En los procesos arbitrales en los cuales sea demandada una entidad pública, el respectivo centro de arbitraje deberá remitir, como requisito adicional de trámite, comunicación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, informando de la presentación de la demanda (art. 12).

d. En los arbitrajes administrativos, además de las causales de impedimento y recusación a las cuales hace referencia el Estatuto Arbitral, también son aplicables las previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²⁴⁶, tanto para las autoridades administrativas como para los jueces, las previstas para

245 Cfr. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo general y colombiano*, 18.ª ed., Bogotá, Temis, 2013, pp. 587 y ss.

246 Ley 1437 de 2011, cit.

los jueces en el Código General del Proceso²⁴⁷ y las señaladas en el Código Disciplinario Único²⁴⁸ (art. 16).

e. Para la práctica de medidas cautelares, además de la posibilidad de comisionar a los jueces civiles municipales o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente. Es decir, el juez administrativo se constituye de modo eventual en un auxiliar del tribunal en el cumplimiento de su función judicial (art. 32).

f. En cuanto a los recursos de anulación y revisión, estatuye que la interposición del citado recurso suspende el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, siempre y cuando la entidad pública condenada así lo solicite –no opera en forma automática– (art. 42) y que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer de los recursos de anulación y revisión de laudos arbitrales en los que intervenga una entidad pública (art. 46 de la Ley 1563 de 2012 y 104-7 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

g. El Ministerio Público está facultado para actuar en los procesos arbitrales y en los trámites de amigable composición en los que intervenga una entidad pública, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales. Con dicho propósito, el centro de arbitraje o los amigables componedores informarán a la Procuraduría General de la Nación sobre la fecha en la que se realizará la instalación del respectivo tribunal de arbitraje o la diligencia de apertura, según corresponda (art. 49).

Como ya se expresó, a las normas especiales del Estatuto Arbitral la Ley 1682 de 2013 adicionó otras para los arbitrajes que versen sobre contratos relativos a infraestructura de transporte. En concreto, señala el artículo 14 de la citada ley como reglas especiales:

247 Ley 1564 de 12 de julio de 2012, *Diario Oficial*, n.º 48.489, de 12 de julio de 2012, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1683572>].

248 Ley 734 de 5 de febrero de 2002, *Diario Oficial*, n.º 44.708, de 13 de febrero de 2002, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1667339>].

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

- a) Las decisiones proferidas en ejercicio de los mecanismos alternativos de solución de controversias, relativas al contrato, deberán proferirse en derecho;
- b) Las partes podrán acordar los asuntos jurídicos, técnicos o financieros que someterán a decisión, total o parcialmente;
- c) Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales;
- d) En caso de pactarse el uso del amigable componedor, la entidades objeto de la presente ley deberán incluir en la cláusula respectiva las reglas que garanticen los derechos de igualdad, publicidad, contradicción y defensa;
- e) El ejercicio de dichos mecanismos no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 o demás normas que le adicionen, modifiquen o sustituyan;
- f) Queda prohibido a las entidades públicas objeto de la presente ley, nombrar los integrantes del panel arbitral o de amigable componedor en la cláusula compromisoria relativa o inequívocamente referida al contrato, o a documentos que hagan parte del mismo en los pliegos de condiciones. Se seguirán las reglas de nombramiento de la Ley 1563 de 2012;
- g) Las entidades contratantes deberán definir desde los pliegos de condiciones el perfil de los árbitros y amigables componedores, de tal manera que sus condiciones personales y profesionales, sean idóneas respecto del objeto del contrato y las actividades a desarrollar por las partes;
- h) Ningún árbitro, amigable componedor o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de tres (3) tribunales o amigable componedor en que intervenga como parte una entidad pública objeto de la presente ley, o en los conflictos relativos a estas;
- i) Las entidades objeto de la presente ley deberán en las cláusulas compromisorias limitar los honorarios de los árbitros o de los amigables componedores. En caso de que la cláusula respectiva no disponga de fórmula de reajuste, el límite no podrá ser modificado ni actualizado por los árbitros o los amigables componedores;
- j) Las entidades públicas incluirán los costos y gastos que demanden el uso de tales mecanismos en sus presupuestos.

Como puede verse, en los últimos tiempos, en especial con posterioridad a la Constitución Política de 1991, el derecho colombiano se inscribe en la tendencia de América Latina de establecer cada día más un importante número de reglas especiales aplicables a los arbitrajes administrativos, dando vigor a la utilización de este instrumento de solución de controversias en materia de contratos de la Administración Pública.

En virtud de lo expuesto sobre las características de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, se concluye: el arbitraje es una herramienta promovida y amparada por la Constitución, por medio de la cual los sujetos en conflicto pueden optar por no acudir a la justicia ordinaria para resolverlo, siempre y cuando la controversia corresponda a una materia sobre la cual todas las partes involucradas tengan libertad de disposición o estén autorizadas por la ley; a cambio, por ejercicio libre de su voluntad, le otorgan facultades temporales a un tercero para que dirima el litigio y emita un fallo denominado laudo arbitral, el cual surtirá los efectos de cosa juzgada.

C. Posiciones de la jurisprudencia en cuanto a la arbitrabilidad de las controversias relacionadas con actos administrativos

La regulación legal de la actividad contractual podría considerarse completa y suficiente. Sin embargo, las interpretaciones impuestas por la jurisprudencia resultan ser el mayor inconveniente para la ley contractual, debido a que los criterios establecidos en las sentencias responden al momento social o político en que se produce la decisión y en gran parte reflejan los escándalos que rodean a la contratación pública. De esta forma, la justicia, que por tradición se representa ciega, aparece con los ojos y los oídos bien abiertos para adecuar sus decisiones a las convulsiones mediáticas del momento. Esta tendencia atenta sin duda contra el principio de legalidad y genera inseguridad jurídica no solo en quienes recurren a la administración de justicia, sino entre los contratistas privados, en razón a que unos y otros han visto cómo día tras día la justicia ordinaria se ha visto intervenida por intereses políticos, por conveniencias económicas, por un claro proteccionismo al Estado, por la pérdida de imparcialidad, a todo lo cual se suma la demora aberrante en las decisiones que favorecen las malas administraciones y el desangre al erario.

En ese contexto pueden observarse varias etapas en las variaciones jurisprudenciales en materia de arbitrabilidad de las controversias donde se debaten actos administrativos contractuales. Esas etapas podemos identificarlas como a continuación detallamos.

1. Primera etapa: interdicción absoluta de la arbitrabilidad de las controversias sobre actos administrativos

La posición del Consejo de Estado en torno a la naturaleza especial de los actos administrativos contractuales y su jurisdicción ha tenido diferentes matices y connotaciones de acuerdo con la norma que rige el momento histórico de la decisión.

En vigencia de la Ley 4.^a de 1964 ya citada, que como lo vimos no mencionaba prohibición alguna en relación con las controversias susceptibles de ser conocidas por un tribunal de arbitramento, consideró que frente al pacto de cláusulas compromisorias la competencia de estos se limitaba, de manera exclusiva y excluyente, a los conflictos de carácter económico que surgieran de los actos administrativos unilaterales, respetando la autonomía de la voluntad privada expresada por los sujetos contratantes en el acuerdo, y reservando a la jurisdicción contencioso administrativa la controversia respecto a la legalidad de tales actos. Expresó el Consejo de Estado con base en la Sentencia de 5 de septiembre de 1968:

a) En principio, las Cláusulas de declaración administrativa de caducidad y la compromisorias se excluyen, pues corresponden la una al concepto de contrato de derecho privado y la otra al Contrato administrativo, a menos que se pacten sobre causales diferentes, porque la primera es una prerrogativa del Estado de carácter público que este no puede renunciar ni dejar de ejercer, hecha la salvedad de los casos en que así lo autorice expresamente la ley;

b) Siguiendo ese razonamiento, la cláusula de caducidad administrativa no se puede omitir en los contratos en que la administración esté obligada legalmente a celebrarlos como administrativos u opte, cuando para ello la faculte la ley, por las reglas del derecho público en la contratación pues así lo exige imperativamente el artículo 254 del C. C. A., por vía general, respecto de los contratos en él enumerados y lo disponen también para los contratos de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del

Un aspecto particular: los límites a la justicia arbitral en las controversias...

Estado y las sociedades de economía mixta los artículos 32 y 34 del Decreto 3130 de 26 de diciembre de 1968^[249];

c) No puede admitirse en ningún caso, que se entienda que la cláusula compromisoria desplace o sustituya la de caducidad y, en todo caso, la segunda ha de prevalecer sobre la primera por ser de orden público;

d) El pacto compromisorio por parte de la administración pública requiere la autorización legal expresa, siendo como es excepcional su utilización o sea que, mientras la de caducidad es de obligatoria incorporación en los contratos de la administración a que se refiere el artículo 254 del C. C. A., la compromisoria es apenas opcional, y tal opción solo existe cuando explícitamente la consagra la ley, como en el caso de la consulta, según la previsión del artículo 13 de la Ley 4.^a de 1964, y el arbitraje por diferencias técnicas en los contratos de concesión de petróleos, facultado por los artículos 10.^o, 11, 98 y 99 del respectivo Código, así como en el campo del derecho privado el artículo 2471 del C. C. exige poder especial para la transacción;

e) Habiendo en los contratos administrativos estipulaciones de naturaleza reglamentaria impuestas por la ley y estipulaciones de carácter propiamente contractual, que son las que versan sobre las relaciones patrimoniales y financieras de los contratos, debe aceptarse que la cláusula compromisoria únicamente puede convenirse en relación con esta segunda parte de tales contratos, mas nunca en lo tocante a los aspectos regulados directamente por la ley, no siendo susceptibles tales materias de decisión arbitral sino de aplicación forzosa.

Las conclusiones que se han deducido de la mencionada jurisprudencia, en el sentido de que la aplicación de la cláusula compromisoria en el campo administrativo es excepcional y restrictiva, obedecen a que es una institución del campo del derecho privado o de la autonomía de la voluntad, principio contrario al que rige en el público que es el del sometimiento de la administración a la ley, sin que esta pueda hacer sino aquello para lo cual está legalmente autorizada, teniendo que obrar siempre *secundum legem*, principio fundamental en el Estado de derecho. Por consiguiente, no parece lógico admitir un uso intensivo o frecuente de esta estipulación, porque en el orden doctrinario se llegaría a desvirtuar y desdibujar el concepto de “contrato administrativo”, al debilitar las ventajas de la administración en su deber de proteger los servicios como titular del interés público²⁵⁰.

249 *Diario Oficial*, n.º 32.678, de 17 de enero de 1969, disponible en [<http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2763>].

250 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto de 12 de julio de 1972, radicación 656, C. P.: LUIS CARLOS SÁCHICA.

Más adelante, en vigencia del Decreto 150 de 1976 ya citado que prohibía recurrir al arbitraje cuando se tratara de controversias relacionadas con la utilización de la cláusula de caducidad, la Sección Tercera del Consejo de Estado, basada en similares consideraciones a las expuestas por la Sala de Consulta y Servicio Civil, reiteró que los tribunales de arbitramento no eran competentes para conocer de las controversias donde se juzgara cualquier aspecto de un acto administrativo contractual²⁵¹.

En suma, en esta primera etapa de la evolución jurisprudencial, la jurisprudencia administrativa restringió la competencia de los tribunales de arbitramento en cuanto al juzgamiento de la validez y los efectos de los actos administrativos contractuales, basada, de una parte, en los textos legales que habilitan a la administración para la utilización del arbitraje y, de otra, en la especialidad de la contratación administrativa frente al esquema de contratación privada al cual pertenece la cláusula compromisoria y, en general, la institución del arbitraje.

2. Segunda etapa: arbitrabilidad de las controversias sobre los efectos económicos de los actos administrativos

Con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 222 de 1983 ya citado, el Consejo de Estado cambió su jurisprudencia con relación a la competencia de los árbitros para conocer sobre las controversias relativas a los actos administrativos. De la interdicción absoluta pasó a adoptar una postura según la cual los tribunales de arbitramento no eran competentes para juzgar la legalidad de los actos administrativos, pero sí para conocer sobre los litigios en los cuales se debatieran los efectos económicos de dichos actos administrativos.

251 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 2 de noviembre de 1977, cit.: "La jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en el sentido de que dicha cláusula (la compromisoria) no puede derogar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las controversias que surjan con motivo de la cláusula de caducidad y de las restantes cláusulas exorbitantes, como son las que autorizan a la administración a imponer unilateralmente multas por incumplimiento".

Es así como para el Consejo de Estado, el artículo 76 del Decreto 222 de 1983 prohibía a los tribunales de arbitramento conocer sobre la aplicación de las cláusulas exorbitantes (caducidad, interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral), pero no excluía que los árbitros se pronunciaran sobre las consecuencias económicas del ejercicio de esos poderes, de tal manera que podían llevar a la justicia arbitral la cuantificación de la suma que la administración le debía pagar al contratista como consecuencia de la terminación unilateral del contrato, entre otros. Expresó el Consejo de Estado en esa ocasión:

Así, por ejemplo, si la administración declara la caducidad de un contrato administrativo o de uno de derecho privado con cláusula de caducidad, porque, a su juicio, del incumplimiento de las obligaciones del contrato se derivan perjuicios para aquella (Causal f, art. 61, Dcto. 222 de 1983) y consecuentemente los cuantifica en determinada cantidad que dice debe pagarle este, o si la declaración la funda en incapacidad financiera del mismo contratista (causal e) y también establece que el efecto de la misma será el pago por este de determinada prestación, todo lo decidido en el correspondiente acto administrativo no puede ser discutido en el proceso arbitral que se adelante como resultado del pacto arbitral. Puede afirmarse que en el proceso arbitral caben las disposiciones sobre las diferencias suscitadas entre las partes acerca de la cuantificación concreta que la administración haga como consecuencia de las declaraciones de caducidad o terminación, modificación e interpretación unilaterales, porque lo que la norma prohíbe es que se discuta la aplicación de tales cláusulas y sus efectos jurídicos, mas no las consecuencias económicas de dichos efectos. Puesto que una cosa es alegar que no puede arbitrarse sobre la caducidad o la terminación, y, que el efecto de estas declaraciones sea el que deba proceder a la liquidación del contrato (lo que sí puede hacer la administración), y otra muy distinta afirmar que ese efecto comporte que el contratista debe pagar determinada suma, en que la administración estima los perjuicios causados con el incumplimiento o lo que el contratista sale a deberle por la liquidación del contrato²⁵².

La misma tesis fue reiterada de nuevo por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en los siguientes términos:

Es cuestión incontrovertible que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en un contrato cuyo juzgamiento radica en sede

252 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 15 de mayo de 1992, expediente 5.326, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

arbitral, no puede ser materia sometida a juzgamiento de árbitros, desde luego que tal juicio de valor no constituye objeto de transacción; dicho de otra manera, solamente el juez de lo contencioso administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o ilegalidad de tales actos emanados de las potestades exorbitantes de la administración. Pero también resulta comprensible que las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos, sí puedan ser solucionados por la justicia arbitral, cuando las partes los sometan a su resolución y, por otra parte, no exista normatividad que prohíba su eventual solución a través del negocio jurídico transacción²⁵³.

De acuerdo con lo anterior, el fundamento jurisprudencial para que los tribunales de arbitramento se pronunciaran sobre las controversias relativas a los efectos económicos de los actos administrativos contractuales, pero no sobre su legalidad, se concreta en principio en dos aspectos: de una parte, la consideración de que la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo no es un asunto susceptible de transacción por lo cual escapa a la competencia arbitral y, de otra, la consideración de que la limitación legal al arbitraje administrativo no cobija a los efectos económicos de los actos administrativos, materia esta que sí es transigible y, por lo mismo, arbitrable.

Sobre esta posición de la jurisprudencia del Consejo de Estado se debe notar que la Corte Constitucional, mucho tiempo después de haber sido superada la posición que se explica, pretendiendo dar alcance a la Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000²⁵⁴ –la cual será analizada en detalle más adelante–, ratificó la posibilidad de que los tribunales de arbitramento conocieran sobre los efectos económicos de los actos administrativos contractuales unilaterales. Expresó la jurisprudencia constitucional:

3.1.4. En la presente providencia, la Corte reiterará la doctrina constitucional plasmada en la Sentencia C-1436 de 2000, que se acaba de reseñar, en especial la distinción trazada por la Corte entre el control de la validez de los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual del Estado, por una parte, y la resolución de las controversias exclusivamente económicas que surjan entre las partes contractuales –sea con motivo de tales actos

253 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 12 de noviembre de 1993, expediente 7.809, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

254 M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1436-00.htm>].

administrativos o por causa de otras circunstancias propias de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos administrativos–, por otra. Es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar. No es necesario efectuar pronunciamientos sobre la validez de actos administrativos contractuales para efectos de adoptar una decisión sobre estos puntos²⁵⁵.

Como puede verse, en la sentencia comentada la Corte Constitucional se limitó a expresar que estudiar las consecuencias económicas de un acto administrativo no implica exámenes de legalidad ni de ninguna otra materia no transigible. Por el contrario, el efecto económico es la típica materia transigible y, por lo mismo, susceptible de ser conocida por un tribunal de arbitramento en cumplimiento de las reglas generales sobre arbitrabilidad objetiva.

3. Tercera etapa: regreso a la interdicción absoluta de la arbitrabilidad de las controversias sobre actos administrativos

A pesar de lo interesante de la anterior posición, el Consejo de Estado cambió su jurisprudencia basado en la idea de la plenitud de la jurisdicción y la imposibilidad de romper la continencia de la causa. En efecto, para la jurisprudencia administrativa no tiene sentido que dos jueces diferentes conozcan partes separadas del mismo acto administrativo (el tribunal de arbitramento los efectos económicos y la jurisdicción de lo contencioso administrativo la legalidad), pues ello podría dar lugar a decisiones contradictorias y a la violación del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia. En esta ocasión afirmó el Consejo de Estado:

Al haber acudido la sociedad contratista ante la jurisdicción contencioso administrativa en demanda de nulidad de las decisiones unilaterales de la entidad contratante de que trata este proceso, y pedir que como consecuencia de ello se declare el incumplimiento del contrato por parte de la demandada

255 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-174 de 2007, cit.

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

y se ordene la indemnización de los perjuicios ocasionados, no es posible escindir el conocimiento de las causas asignadas por la ley, en atención al principio de plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia.

De tal manera, sería inadmisibles declarar la nulidad de los actos acusados y abstenerse de resolver sobre las peticiones consecuenciales, las cuales se encuentran en evidente relación lógica, bajo el argumento de que su conocimiento es de competencia de una institución contractual de naturaleza y carácter excepcional, y además meramente facultativa de las partes.

3.º Uno de los pilares fundamentales del Estado moderno es ejercer la potestad de administrar justicia en forma continua y permanente a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes. Por mandato constitucional, el pleno ejercicio de esta función pública esencial es la regla general y los demás eventos autorizados por la Constitución y la ley, como el Tribunal de Arbitramento, constituyen la excepción.

En consecuencia, de admitirse el fraccionamiento de la función jurisdiccional podría correrse el riesgo de producirse un fallo inocuo hasta el punto que el lesionado podría quedar sin justicia, y de ser así se estaría vulnerando la garantía constitucional del acceso a la administración de ella (art. 229 de la Carta Política).

En efecto, al prosperar la nulidad del acto acusado y en el supuesto caso que se llegare a concluir que no le corresponde a esta jurisdicción decidir sobre las demás pretensiones consecuenciales, el Consejo de Estado no podría ordenar la constitución y convocatoria del Tribunal de Arbitramento por tratarse de una facultad exclusiva de las partes, y además porque significaría atentar contra el principio de la congruencia de los fallos.

El problema que esto conlleva, es que se estaría profiriendo una decisión que no produciría efecto alguno, lo cual es contrario a la naturaleza y finalidad de la función pública de administrar justicia.

4.º Al romperse la continencia de la causa se correría el peligroso riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias, como la que podría presentarse al anular esta jurisdicción los actos que declararon el incumplimiento del contrato por parte de PINSKY, y que luego la jurisdicción arbitral decida que Carbocol no está obligada a pagar perjuicios porque esta sí cumplió con el pacto.

De allí que aparezca como jurídico y razonable el que la jurisdicción contencioso administrativa asuma el conocimiento pleno de una controversia cuya unidad no puede ser desconocida.

5.º La obligación esencial de quien administra justicia es resolver en derecho los conflictos que se producen en la sociedad y en sus instituciones y se

adscriban a su competencia. La confianza, seguridad y certidumbre de que en los estrados judiciales se encuentre una resolución definitiva de los asuntos puestos a su conocimiento, es un factor esencial de la pacífica convivencia y de la construcción de un orden justo.

Una decisión judicial inhibitoria sin fundamento, contraría la razón de ser de la Administración de Justicia, entendida como la potestad atribuida al juzgador para resolver un conflicto con fuerza vinculante que hace tránsito a cosa juzgada.

6.º Una solución distinta conduciría a vulnerar el principio constitucional consagrado en el artículo 228 de la Carta de 1991 sobre la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones judiciales²⁵⁶.

Poco tiempo después, en noviembre de 1997, se solicita a la Corporación que se pronuncie respecto de la presunción de legalidad de una declaratoria de caducidad, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En concepto del Consejo de Estado, los tribunales de arbitramento no pueden asumir el conocimiento de la declaratoria de caducidad administrativa de un contrato, ni tampoco sus efectos²⁵⁷.

En todo caso, en el fallo comentado se reconoce que uno de los principales fundamentos de su decisión es una tradición jurisprudencial que surgió en razón de lo dispuesto en el artículo 76 del Decreto-Ley 222 de 1983, mediante el cual el legislador excluyó la caducidad del conocimiento de la justicia arbitral.

Por tratarse de una controversia sobre un contrato de concesión minera celebrado en 1965 y de una resolución de caducidad proferida por el Ministerio de Minas en 1991, que fue demandada en 1992, no hay lugar a dudas de que se trata de un antecedente anterior al legislador que en 1993 expidió el Estatuto General de Contratación. Por consiguiente, no resulta claro que el Consejo de Estado trace un límite para la competencia arbitral acorde con el espíritu e interpretación actuales. Pero, además, se trata de un fallo basado de manera exclusiva en el

256 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 16 de junio de 1997, expediente 10.882, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

257 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 6 de noviembre de 1997, expediente 7.903, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

contenido normativo del Decreto-Ley 222 de 1993 y la prohibición de llevar a sede arbitral los actos administrativos producidos en ejercicio de las cláusulas o potestades excepcionales.

Con posterioridad, en concreto en el año 2000, se producen dos de los fallos más importantes en cuanto a la posición según la cual los tribunales de arbitramento carecen de competencia para conocer de las controversias sobre los actos administrativos contractuales, cuyos apartes relevantes, dada su importancia, serán reproducidos en extenso más adelante. En estos fallos el Consejo de Estado fijó una posición basada en una argumentación de contenido sustancial, más allá de la simple redacción de las normas del Decreto-Ley 222 de 1983 y concluyó que la competencia para el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos era exclusiva y excluyente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Consecuencia: los tribunales de arbitramento no pueden juzgar ni directa ni indirectamente la validez de unos actos administrativos.

En el primer fallo²⁵⁸ el Consejo de Estado sostiene de manera abierta que sería ilegal una cláusula compromisoria que permita “el juzgamiento de aspectos que comprometen el orden público, el régimen constitucional, o cuando implica un menoscabo de la autoridad del Estado”. Lo anterior, por las razones que en seguida se exponen.

El árbitro es un juez de excepción, por lo cual su competencia solo se extiende a asuntos “susceptibles de transacción o esencialmente negociables, es decir, que sobre ellos las partes tengan capacidad de disposición”. En ese sentido sostiene el fallo:

Queda pues a salvo de la competencia del arbitramento, todo cuanto concierna al orden público, que mal podría quedar en manos y a voluntad de los particulares, como sí ocurre, en cambio, con lo referente al orden privado. Se evidencian, entonces, temas que no son negociables y que son de carácter unilateral, más exactamente, que tienen origen en la administración y en el ejercicio de sus poderes exorbitantes, los cuales por su naturaleza no son de la órbita del arbitramento.

258 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 23 de febrero de 2000, cit.

Los asuntos que comprometen el orden público no pueden ser susceptibles de ser llevados ante un tribunal de arbitramento, razón por la cual el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos debe permanecer en cabeza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues es esta el juez natural de la actividad unilateral de la administración. De acuerdo con el fallo:

la potestad de declarar la suspensión provisional o la anulación de los actos administrativos radica de manera exclusiva, permanente y excluyente, en la jurisdicción especializada, esto es, en la contencioso administrativa, por expreso mandato de los artículos 236 y 238 de la Constitución Política, que, si bien prevé la existencia y funcionamiento excepcional del juez arbitral, tal actuación se halla limitada en su competencia a los precisos términos que le señale la ley.

En suma, a. La jurisdicción administrativa está instituida para el juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración; y b. En dicho juzgamiento se encuentra comprometido el ejercicio del poder público, que no resulta transigible ni puede estar sujeto a la voluntad de las partes en un contrato, de tal manera que no pueden los árbitros ser competentes para conocer asuntos relacionados con la legalidad de los actos administrativos contractuales.

Meses después ratificó esa posición y ahondó más en los argumentos de derecho sustancial²⁵⁹ al expresar:

Existen dos principios básicos sobre los cuales se edifica un Estado de derecho: el principio de la innegociabilidad del ejercicio de las potestades públicas y el principio de la indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos. Sobre la innegociabilidad consta en el fallo:

Este principio permite deducir que, en un Estado de derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente;

259 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 8 de junio de 2000, expediente 16.973, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

y, finalmente, que las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado. En su ejercicio, se encuentran comprometidas la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, que constituyen elementos integradores del orden público.

El principio de la indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos es explicado así:

Corolario del principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, es que al Estado no le es dable despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos administrativos, sin menoscabar la soberanía del Estado, su autoridad, el orden público y el principio de legalidad. De aquí se estructura el principio según el cual en nuestro régimen de derecho es indisponible la legalidad de los actos administrativos.

Ello no impide que se controvierta la validez del acto; pero si se busca controvertir judicialmente su concordancia con el orden jurídico, la ley ha dispuesto tanto para la propia administración como para los particulares los mecanismos procesales pertinentes, como son, entre otras, las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, ante una jurisdicción especializada, continua y permanente, como lo es la contencioso administrativa.

Desde el punto de vista constitucional las limitaciones al arbitraje se defieren a la ley:

sólo puede entregarse a la decisión de los árbitros asuntos susceptibles de transacción, que surjan entre personas capaces de transigir, de manera que conforme a los principios antes enunciados, escapan a la libre disposición de las partes y, por lo tanto, no pueden ser resueltos por tribunales de arbitramento, aquellos asuntos en los cuales se encuentren involucrados el orden público y el ejercicio de las potestades estatales, entre ellas el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo.

En consecuencia, el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos le corresponde de manera exclusiva a la jurisdicción administrativa y, por lo tanto, los tribunales de arbitramento no pueden conocer de las controversias relacionadas con dicha materia. Como sustento de esa posición, manifiesta:

Un aspecto particular: los límites a la justicia arbitral en las controversias...

1.º La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella.

2.º La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es una regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

3.º La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (art. 111, Ley 446 de 1998).

4.º Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquélla solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible.

Por último, en cuanto a la arbitrabilidad de las controversias sobre la legalidad de los actos administrativos en vigencia de la Ley 80 de 1993, la sentencia explicada manifiesta que a. El juez arbitral no pertenece a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y b. Los conflictos arbitrables son solo aquellos de carácter transigible, dentro de los cuales no se encuentra la legalidad de los actos administrativos.

Frente a este fallo, el magistrado RICARDO HOYOS DUQUE presentó un salvamento de voto, en el cual expresó lo siguiente:

En la Constitución de 1886 la jurisprudencia entendió que no podían los árbitros conocer de controversias en las cuales se debatiera la legalidad de un acto administrativo, interpretación que quedó plasmada en el Decreto 150 de 1976, así como en el Decreto 222 de 1983 ambos ya citados.

En la Constitución de 1991 se consagró el arbitraje y se le establecieron diversos límites, entre los cuales no se encuentra el estudio de la

legalidad de los actos administrativos, por lo cual la jurisprudencia anterior a esa Constitución carece de relevancia hoy.

A su vez, la Ley 80 de 1993 se abstuvo de reproducir la limitación contenida en las normas anteriores sobre la competencia de los árbitros para estudiar la legalidad de actos administrativos, de tal manera que

la competencia del juez arbitral es plena y no podría ser de otra forma, si se tiene en cuenta que su función es impartir justicia de la misma manera que lo hacen los órganos investidos de esa autoridad, es decir, que se está en presencia de un equivalente jurisdiccional frente al cual no existe ninguna razón constitucional para imponerle limitaciones a su función.

En consecuencia, no resulta correcto afirmar que los árbitros no pertenecen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ni tampoco que no puedan conocer sobre la legalidad de los actos administrativos.

Frente a la supuesta inderogabilidad de las potestades públicas e indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, la ley ha reconocido la posibilidad de que las entidades públicas lleven a cabo negocios de transacción y acuerden conciliaciones en las cuales se discute la validez de actos administrativos, lo cual implica que dichos principios no son absolutos y permitirían la arbitrabilidad de las controversias sobre actos administrativos.

Como complemento a estas providencias del Consejo de Estado, la Corte Constitucional intervino en la discusión y en la Sentencia C-1436 de 2000 que declaró la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, reiteró la imposibilidad de que los tribunales de arbitramento conocieran sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales:

bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales²⁶⁰.

260 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 de 2000, cit.

Un aspecto particular: los límites a la justicia arbitral en las controversias...

Para fundamentar esta decisión expuso los siguientes argumentos:

– La Constitución dispuso que sería el legislador quien debería desarrollar el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, teniendo como límite la orientación, los principios y valores que inspiran la propia Constitución.

– La definición del arbitraje está limitada por el carácter temporal y por la naturaleza del asunto, pues solo es arbitrable aquello que sea susceptible de transacción. En consecuencia, los árbitros no se pueden pronunciar sobre “asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado”.

– La administración, cuando profiere actos administrativos, está en el deber de respetar rigurosamente el ordenamiento jurídico, para lo cual existen mecanismos que garantizan el control de la legalidad de la actuación administrativa. Esa facultad de control de legalidad “es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral”, porque a los árbitros “sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición”.

– El Estado, al igual que los particulares, puede someter sus controversias contractuales al conocimiento de árbitros, con la limitación que solo pueden ser litigios sobre asuntos de carácter transigible. Al respecto, la contratación administrativa supone la existencia de un régimen especial frente al de los particulares, el cual se concreta en las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común. En ese orden de ideas, “las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares”.

– Si bien el ejercicio de esa clase de cláusulas tiene consecuencias o implicaciones patrimoniales, aspecto que podría abrir la posibilidad que tienen los árbitros de conocer de la controversia, dado que siempre se requiere un análisis de la legalidad, aún este aspecto es competencia exclusiva de la jurisdicción, precisamente porque requiere un pronunciamiento sobre un asunto que compromete el orden público jurídico. No puede existir una separación de competencias entre la jurisdicción de lo contencioso administrativo y los árbitros, so pena de romper con la seguridad jurídica.

– Se reitera, entonces, que “el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares”, así como que “las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de la aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento

suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa”.

– El artículo 238 de la Constitución Política señala que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la única competente para suspender provisionalmente los actos administrativos, de tal manera que los árbitros no son competentes respecto de estos asuntos, por lo cual “queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más”.

– A pesar de que la Ley 80 de 1993 no reprodujo la limitación de la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre actos administrativos, debe entenderse que dicha limitación opera, pues de otra manera se “desconocería no sólo la naturaleza del mecanismo arbitral, sino las potestades del Estado, en cuanto a la administración de justicia y su indelegabilidad en aspectos que son esenciales a él”.

El magistrad **ÁLVARO TAFUR GALVIS** salvó su voto respecto de esta sentencia, bajo el argumento de que las normas constitucionales invocadas no permitían llegar a las conclusiones en ella expuestas, pues “la limitación de la extensión y proyección de la actividad y ámbito de competencia de los tribunales de arbitramento proviene de mandato legal, mas no de disposición constitucional directa”. La magistrada **CRISTINA PARDO SCHELSINGER** también salvó el voto por considerar que “del artículo 116 superior no emana esa limitación, y la que proviene de la reserva de materia transigible tampoco es predicable en el presente caso”.

Estas posiciones jurisprudenciales fueron aplicadas con posterioridad por el Consejo de Estado. Así, por ejemplo, en una ocasión concluyó que

las controversias presentadas en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos administrativos pueden ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral siempre y cuando no tengan que ver con los aspectos de legalidad de los actos administrativos materiales²⁶¹.

261 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 10 de marzo de 2005, expediente 27.946, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

Para concluir, sobre este punto sostuvo el Consejo de Estado:

La Sala ha considerado que la aludida causal cuarta comprende eventos de incompetencia, cuando se somete al juzgamiento de los árbitros la legalidad de los actos administrativos, en el entendido de que esta materia no es transigible²⁶².

4. Cuarta etapa: interdicción limitada exclusivamente a los actos administrativos producto del ejercicio de potestades excepcionales

La posición absoluta de la jurisprudencia en el sentido de que la legalidad de los actos administrativos jamás podría ser objeto de pronunciamiento por parte de la justicia arbitral, poco a poco fue cambiando hasta afirmar que la interdicción analizada solo se extiende a aquellos actos administrativos a través de los cuales se ejercieron los poderes derivados de las cláusulas excepcionales.

La primera expresión de esta posición se encuentra en la interpretación del contenido de la liquidación unilateral. Para el Consejo de Estado, el acto de liquidación unilateral tiene una doble naturaleza: en lo que tiene que ver con la decisión de poner fin de manera definitiva a la relación contractual, se trata de un acto administrativo propiamente dicho; y en lo atinente a la liquidación económica y el reconocimiento de labores ejecutadas, se trata de un acto en esencia contractual. En ese orden de ideas, en la sentencia citada el Consejo de Estado sostuvo que la liquidación unilateral es susceptible de ser enjuiciada ante un tribunal de arbitramento, siempre y cuando las pretensiones sean de contenido económico, esto es, que versen sobre la liquidación de las prestaciones económicas:

El acto de liquidación de los contratos, aún en los eventos en que esta se hace en forma unilateral por parte de la administración pública, tiene una composición o contenido diverso o plural, y no exclusivamente unilateral o fruto del ejercicio de autoridad, porque, bien puede suceder, y es lo usual o más frecuente, que contenga puntos o aspectos producto del acuerdo de las

262 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 34.302, C. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

partes contratantes, u otros que expresen la decisión de la administración de reconocer o negar la existencia de obligaciones jurídicas como consecuencia de peticiones o reclamos del particular contratista, pero, que no entrañan ni constituyen el ejercicio de una prerrogativa o autoridad propia y exclusiva del poder público en uso de función administrativa, sino, simplemente, la voluntad de la entidad estatal contratante de reconocer, asumir o negar una determinada prestación frente al particular contratista, en la misma forma en que se desarrollan las relaciones contractuales entre particulares, respecto de las cuales, frente al disentimiento o inconformidad que pudiera tener la parte afectada con tal decisión, bien puede esta acudir al juez contencioso o al arbitral para que dirima la controversia existente sobre dicho aspecto²⁶³.

Aunque en estricto sentido la argumentación contenida en la sentencia transcrita implica la reiteración de la falta de competencia de los tribunales de arbitramento para conocer de la legalidad de los actos administrativos, la doble naturaleza de la liquidación unilateral abre la puerta al pronunciamiento de la justicia arbitral respecto de actos contractuales unilaterales.

En la sentencia citada se señala que las controversias surgidas de contratos estatales que sean sometidas a la jurisdicción de los árbitros y que tengan que ver con el juzgamiento de los actos administrativos no son competencia de estos, ya que para el Consejo de Estado esta recae tan solo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, establecida por la Constitución y la ley para dirimir, de manera excluyente y exclusiva, los asuntos referentes a la legalidad de dichos actos y los resultados que sean consecuencia directa de ella. Para esta jurisdicción, se está ante una regla que emana del poder soberano del Estado. No obstante, como se explicó, en el evento en que la liquidación no se pueda realizar de común acuerdo, por existir discrepancias entre las partes con relación a su contenido, la administración cuenta con el privilegio concedido por el ordenamiento jurídico para liquidar el contrato de manera unilateral, pero no por este suceso todo el contenido y las características que posea el acto de liquidación tiene propiedad de acto administrativo.

263 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 4 de julio de 2002, expediente 19.333, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

Así, para la jurisprudencia citada, no todas las expresiones de la voluntad que procedan de la administración crean actos administrativos, pues esta no siempre actúa en ejercicio del poder público, sino que, en ocasiones, opera en las mismas condiciones que un particular, razón que para el Consejo de Estado resulta suficiente para explicar por qué dichos actos no ostentan ni la naturaleza ni los atributos de los actos administrativos²⁶⁴.

Más adelante, el Consejo de Estado cambió en forma dramática su posición. A partir de la Sentencia de 27 de marzo de 2008, la Sección Tercera de esta Corporación ha venido sosteniendo que el control de la legalidad de los actos administrativos contractuales que no fueran expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales, no está excluido de la competencia arbitral:

En materia contractual se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 2000 y ii) los actos administrativos de contenido general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la administración. Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular y concreto que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la misma Sentencia C-1436 de 2000 en consonancia con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998²⁶⁵.

264 Esta misma posición fue ratificada posteriormente por el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 11 de marzo de 2004, expediente 25.021, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ: "Para la Sala es importante advertir, a modo de hipótesis y sin entrar a examinar la decisión del Tribunal porque ello en este caso no es materia del recurso de anulación, que las decisiones adoptadas por el Tribunal de Arbitramento en materia del restablecimiento del equilibrio económico del contrato no entran dentro de las decisiones que deban ser adoptadas por la Administración en sede de liquidación unilateral del contrato, o dicho de otra forma no comportan el ejercicio de una potestad unilateral de la Administración ni es manifestación de una de sus competencias administrativas, debido a lo siguiente: El acto administrativo de liquidación no tiene por objeto la resolución unilateral de las controversias contractuales existentes hasta ese momento entre las partes, máxime cuando ellas recaen sobre aspectos que trascienden la simple ejecución de las obligaciones pactadas en el contrato, como es el caso de las originadas en situaciones extraordinarias e imprevistas que exceden los cálculos y previsiones efectuados por ellas al momento de ofertar y de celebrar el contrato".

265 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 27 de marzo de 2008, expediente 36.644, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

Y más adelante reiteró que todos los actos administrativos contractuales diferentes a los que son fruto del ejercicio derivado de las cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales y caducidad) son susceptibles de ser juzgados por los tribunales de arbitramento²⁶⁶. En este fallo el Consejo de Estado varía de manera sustancial su posición anterior frente a un recurso de anulación interpuesto contra una decisión arbitral, al considerar que los árbitros sí pueden conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales, salvo aquellos que resulten del ejercicio de los poderes excepcionales contemplados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual no se encuentran las multas ni la liquidación unilateral del contrato.

El fallo se fundamenta en el análisis de la Sentencia C-1436 de 2000 proferida por la Corte Constitucional, en la que –al estudiar la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993– delimita los poderes exorbitantes de las entidades contratantes solo a los consagrados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (terminación, interpretación y modificación unilateral, reversión y caducidad del contrato estatal), quedando por fuera, por ejemplo: las multas, la declaración de incumplimiento y la liquidación por parte de la entidad contratante.

Expresó el Consejo de Estado:

los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad; y f) reversión, conjunto de prerrogativas estas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

De lo anterior concluye el Consejo de Estado:

Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la

266 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 10 de junio de 2009, cit.

ratio decidendi que le sirvió de fundamento, se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de “poderes excepcionales”–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto.

Como puede verse, el Consejo de Estado –sin hacer alusión a los argumentos de la innegociabilidad del ejercicio de las potestades públicas y de la indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, ni tampoco al carácter no transigible de las controversias sobre la legalidad de un acto administrativo–, se limita a hacer un análisis de los efectos de cosa juzgada de la Sentencia C-1436 de 2000 y a afirmar que no existe prohibición constitucional o legal alguna, para concluir que lo único excluido de la competencia de los tribunales de arbitramento es, precisamente, la legalidad de los actos producto de las facultades o potestades excepcionales.

Con posterioridad, las citadas sentencias han sido ratificadas en diversas oportunidades por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al respecto, por ejemplo, dicha Corporación consideró competente a un tribunal de arbitramento para conocer de la controversia sobre la validez de un acto administrativo mediante el cual se impuso una multa a un contratista, bajo el argumento de que no se trata de un acto producto del ejercicio del poder derivado de una cláusula excepcional²⁶⁷.

Estas posiciones más recientes de la jurisprudencia administrativa no han estado exentas de debate y contradicciones en el seno de la misma jurisdicción. Es así como en 2013, sin que fuera el aspecto esencial de la controversia, el Consejo de Estado expresó que los árbitros jamás podrían conocer de la legalidad de ningún acto administrativo:

267 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 27 de febrero de 2013, expediente 20.521, C. P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

Esto con una limitante trascendental, la de que tan solo es procedente en los litigios que pudieren ser objeto de transacción entre las partes, lo cual excluye [...] en consecuencia, materias como la legalidad del ordenamiento jurídico aplicable al contrato, o de los actos administrativos que se presenten en el desarrollo de la actividad contractual²⁶⁸.

5. Un aspecto adicional. La jurisdicción administrativa no es la única competente para estudiar la legalidad de los actos administrativos: el ejemplo de las controversias laborales

La jurisprudencia administrativa se pronunció también sobre la competencia para resolver conflictos de naturaleza laboral surgidos en la relación con una entidad estatal²⁶⁹. En la sentencia en cuestión, el Consejo de Estado consideró que la competencia para la solución de conflictos laborales tanto dentro del sector privado como del sector estatal (respecto de sus trabajadores oficiales), se encontraba asignada por la ley a la justicia ordinaria. En consecuencia, frente a una solicitud de declaratoria de nulidad dentro de un conflicto colectivo de intereses entre particulares, la jurisdicción contenciosa resulta impedida porque la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral, ante quien debe interponerse el recurso extraordinario de homologación previsto en el artículo 143 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social²⁷⁰.

En este caso, una vez más limita el alto tribunal su competencia al considerar que en materia laboral se convoca a un tribunal de arbitramento para dar fin a los conflictos surgidos de la discusión de condiciones de trabajo que se plasman en convenciones colectivas. Ello no implica que no se profieran actos administrativos a propósito de dicha relación. Todo lo contrario, se reconoce que las resoluciones emitidas por el entonces Ministerio de Trabajo son expresiones de la voluntad esta-

268 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 13 de febrero de 2013, expediente 24.612, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

269 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 29 de mayo de 1992, expediente 1.759, C. P.: DIEGO YOUNES MORENO.

270 Decreto 2158 de 24 de junio de 1948, *Diario Oficial*, n.º 26.773, de 31 de julio de 1948, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1871227>].

tal, pero que la naturaleza laboral de la relación contractual que motiva su expedición explica por qué el legislador somete su conocimiento al juez laboral, mas no al juzgador de lo contencioso administrativo. Expresó el Consejo de Estado:

En efecto, todos los reparos que el actor hace a los actos acusados tales como el trámite en la declaratoria de huelga, de integración al tribunal y de actuación conjunta de los integrantes del tribunal, deben ser dirimidos por la justicia ordinaria, en desarrollo del recurso extraordinario, para que si es del caso, homologue el laudo arbitral o lo anule. No sobra advertir, que cuando la ley le fija jurisdicción a un juez ordinario, para dirimir un conflicto, la existencia de un acto administrativo dentro del proceso previo, no hace perder la jurisdicción ya establecida.

Ello ocurre por ejemplo, cuando para acudir al juez laboral el trabajador oficial debe agotar la vía gubernativa, sin que ello quiera decir que el juez laboral resolverá la situación del despido, y el juez de lo Contencioso Administrativo la legalidad de la resolución mediante la cual se agotó la vía gubernativa (art. 6.º C. S. T.).

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado decidió declararse inhihido para decidir de fondo la solicitud de nulidad de las resoluciones demandadas, puesto que la jurisdicción ordinaria laboral es quien tiene la potestad para resolver un litigio laboral.

En un tercer fallo del Consejo de Estado²⁷¹ proferido en 1992, se ratifica la posición anterior a propósito de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En esta oportunidad, precisa que frente a un conflicto colectivo de intereses laborales la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es la competente para conocer de fondo:

En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha dicho que aún cuando las Resoluciones mediante las cuales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ordena la constitución de un tribunal de arbitramento obligatorio, son actos administrativos, su juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

271 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 4 de agosto de 1992, expediente 6.643, C. P.: DIEGO YOUNES MORENO.

De conformidad con lo expuesto, la Sala decidió inadmitir la demanda.

En el mismo sentido se pronunció al año siguiente (30 de agosto de 1993)²⁷². En esa ocasión consideró que el acto de convocatoria de un tribunal de arbitramento, a pesar de ser un acto administrativo y tener como fin la solución de discrepancias entre trabajadores y empleadores, es en propiedad un acto de trámite que marca el comienzo de la fase final del conflicto. De acuerdo con la providencia citada, el juez competente para conocer de fondo este acto y la legalidad del fallo arbitral, por mandato del artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo, es el de la jurisdicción ordinaria laboral.

Aclara además que este tipo de acto no es definitivo, ni adquiere independencia de la actuación que le precedió, así la convocatoria se hubiera realizado en razón de la revocación directa de otro acto administrativo. Al respecto expresó la providencia citada:

Si con la revocatoria del acto que se abstuvo de convocar el tribunal se reabrió ilegalmente un conflicto que ya había concluido, será un cargo que deberá examinar el juez ordinario conjuntamente con el laudo arbitral, no el juez administrativo, pues al hacerlo está decidiendo sobre legalidad de la convocatoria y [...] ello no le está permitido. Por las anteriores razones la Sala deberá confirmar la providencia suplicada²⁷³.

En concordancia, decidió confirmar en su totalidad el acto impugnado.

La posición, sin embargo, no fue unívoca. Con respecto a la tesis acogida por la mayoría de la Sala para resolver el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto que declaró la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción, el consejero CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA manifestó en su salvamento de voto:

Es indiscutible que la ley le ha atribuido competencia para examinar la legalidad de esta clase de actos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir que conforme a lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del C. C. A., es esta y no la

272 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Auto de 30 de agosto de 1993, expediente 8.215, C. P.: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

273 Ídem.

jurisdicción ordinaria, la competente para calificar si se ajustan a derecho los actos administrativos en debate. Una de las facultades del Ministerio de Trabajo es la de convocar a un tribunal, además para adoptar esa determinación se debe tener en cuenta los antecedentes y pasos que enmarcan la etapa del conflicto colectivo, de tal forma que ese acto es netamente administrativo y definitivo, mas no como afirmó la sala, de simple trámite, puesto que finaliza la actuación administrativa (la que corresponde al ministerio) y resuelve sobre un punto en concreto, como es el de la procedencia del arbitramento obligatorio.

[...]

En efecto, un primer aspecto esencial es el de determinar si en verdad el juzgamiento de los actos de convocación de un tribunal de arbitramento obligatorio, en cuanto “forman parte de toda una actuación que se origina con la denuncia de la convención colectiva de trabajo y culmina con la sentencia que dicta la Corte Suprema de Justicia, al desatar el recurso extraordinario de homologación”, le corresponde a la jurisdicción ordinaria. En efecto, una cosa es que el laudo, en sí mismo no sea contrario a la constitución, la ley o las normas convencionales; y otra muy distinta que el acto de convocación del tribunal de arbitramento obligatorio, por vicios preexistentes, pueda ser ilegal, y por lo tanto, nulo.

Porque no debe olvidarse que cuando la ley le asigna esa atribución al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social lo que hay de por medio es una razón política, de Estado, en cuanto a este le conciernen el manejo de la paz laboral y de la economía nacional, profundamente comprometida con el desenvolvimiento de la negociación colectiva, pues que de allí se desprenden o al menos se ajustan las directrices gubernamentales en materia de empleo y otros frentes.

A pesar de lo expuesto en el salvamento de voto de ORJUELA GÓNGORA, dos años después la jurisprudencia administrativa mantenía la tesis enunciada en los precedentes comentados. Respecto del recurso ordinario de súplica que originó el Auto de 18 de julio de 1995, el Consejo de Estado consideró que el juzgamiento del acto que convoca a un tribunal de arbitramento para dirimir un conflicto colectivo tiene su propio control jurisdiccional, porque la instancia de la jurisdicción ordinaria laboral es la competente por ley para resolver el recurso extraordinario de homologación contra laudos arbitrales. De esa manera, el tribunal de arbitramento se limita a aplicar sus efectos económicos, pues la validez es juzgada por la jurisdicción ordinaria, conforme a las reglas de competencia.

En cuanto al conflicto jurídico colectivo que plantea el sindicato demandante respecto de la expedición de los actos acusados, aclara el Consejo de Estado que este se origina en los contratos laborales de los trabajadores afiliados al sindicato, dado que es la existencia de contratos de trabajo lo que les permite tanto a los trabajadores oficiales como a los particulares provocar esta clase de situaciones.

Frente a la posición mayoritaria, de nuevo ORJUELA GÓNGORA manifiesta su inconformidad en el salvamento de voto²⁷⁴ que recoge los argumentos ya referidos a propósito de la decisión tomada en 1993, y agrega:

Lo que ocurre como ya se anotó, es que en tratándose del arbitramento obligatorio, lo que hacen los árbitros y lo que juzga la Corte es lo que habrían podido acordar o convenir directamente las partes; en cambio, el acto de convocación o su negativa, es un típico acto administrativo, exclusivo del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, cuyo censor de legalidad no puede ser otro que no esta jurisdicción; no la ordinaria.

No sobra destacar que [sic] el auto recorrido se hace hincapié en que la propia Corte ha sostenido [sic] en ella es la que examina “la regularidad del laudo” y “si el tribunal ha sido integrado conforme a la ley”; mas no examina, –ni puede hacerlo–, la legalidad del acto de convocación del tribunal, proferido por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

6. Recapitulación

De la exposición de las diversas posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional se puede resumir la línea que se ha seguido en materia de competencia de los árbitros para el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos contractuales. En una primera etapa, la jurisprudencia administrativa consideró que los tribunales de arbitramento no podían conocer de la validez de los actos administrativos contractuales en ningún caso, extendiendo la prohibición contenida en el Decreto 150 de 1976. La razón fundamental de esta posición radicaba en la especialidad de la contratación ad-

274 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Salvamento de voto de CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA a Consejo de Estado. Sentencia de 18 de julio de 1995, expediente 11.078, C. P.: JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

ministrativa frente al esquema de contratación privada al cual pertenece la cláusula compromisoria y, en general, la institución del arbitraje.

Después, en vigencia del Decreto 222 de 1983 y aún de la Ley 80 de 1993, primero la jurisprudencia administrativa y luego la constitucional consideraron que si bien los árbitros no podían pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos contractuales, sí tenían competencia para resolver conflictos sobre los efectos económicos de dichos actos. El fundamento de esta posición radicó sobre todo en dos aspectos: a. La consideración de que la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo no es un asunto susceptible de transacción, por lo cual escapa a la competencia arbitral; y b. La consideración de que la limitación legal al arbitraje administrativo no cubre a los efectos económicos de los actos administrativos, materia esta que sí es transigible y, por lo mismo, arbitrable.

Más adelante, la jurisprudencia administrativa y constitucional volvió a la posición radical, en el sentido de que los tribunales de arbitramento no eran competentes para conocer ni la legalidad ni los efectos económicos de los actos administrativos contractuales. Los fundamentos de esta posición pueden resumirse así: a. No tiene sentido que dos jueces diferentes conozcan partes separadas del mismo acto administrativo (el tribunal de arbitramento los efectos económicos y la jurisdicción de lo contencioso administrativo la legalidad), pues ello podría dar lugar a decisiones contradictorias y a la violación del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia; b. El estudio de la legalidad de los actos administrativos es un asunto que compromete el orden público jurídico y, por lo mismo, no forma parte de los asuntos de libre disposición o transigibles, que son los únicos para los cuales es competente un tribunal de arbitramento; c. Existen dos principios básicos sobre los cuales se edifica un Estado de derecho: el de la innegociabilidad del ejercicio de las potestades públicas y el de la indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, principios en virtud de los cuales los tribunales de arbitramento jamás podrán pronunciarse sobre la legalidad o los efectos de los actos administrativos; y 4. Los artículos 237 y 238 de la Constitución Política permiten entender que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la única que tiene la competencia para estudiar la validez de los actos administrativos, de

tal manera que ninguna otra autoridad judicial –y mucho menos un tribunal de arbitramento– puede conocer sobre la legalidad de estos.

Para concluir, en tiempos recientes, la jurisprudencia administrativa ha admitido que la prohibición para que los tribunales de arbitramento conozcan de controversias sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales solo cubre aquellas que son producto del ejercicio de una cláusula excepcional. Esta posición se sustenta en que: a. No todas las expresiones de la voluntad que haga la Administración crean actos administrativos, ya que esta no siempre actúa en ejercicio del poder público, sino que en ocasiones opera en las mismas condiciones que un particular, razón que le permite a los árbitros conocer de actos de liquidación unilateral; b. La cosa juzgada constitucional que se desprende de la Sentencia C-1436 de 2000 implica que las restricciones a los árbitros solo se extienden a las controversias sobre los actos administrativos que comportan el ejercicio de un poder excepcional; y c. No existe prohibición constitucional o legal alguna para que los tribunales de arbitramento conozcan la validez de los demás actos administrativos contractuales.

Como cuestión complementaria, la jurisprudencia laboral del Consejo de Estado ha reconocido que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es la única competente para conocer de la validez de los actos administrativos relacionados con la justicia arbitral. En concreto, respecto del acto administrativo que convoca un tribunal de arbitramento para resolver un conflicto colectivo del trabajo, la jurisprudencia administrativa concluyó que es la Corte Suprema de Justicia, al decidir el recurso de homologación, la competente para juzgar la validez y los efectos de dicho acto administrativo.

En últimas, lo que se infiere de los argumentos del Consejo de Estado no es otra cosa que la falta de desarrollo de una teoría coherente y unificada respecto de las razones por las cuales se debe o no limitar el alcance de la competencia arbitral. Como se vio, en algunos casos considera suficiente manifestar que la falta de limitación implicaría una usurpación de las funciones exclusivas de la jurisdicción contencioso administrativa; en otros no es clara la línea que pretende trazar para diferenciar las meras decisiones contractuales de aquellas que deben

tomarse a través de actos administrativos, a la vez que se advierte que un control sobre el fondo de las decisiones arbitrales iría en contra de los principios que inspiran y respaldan los procesos arbitrales. Al final, sin exponer un solo argumento sobre la naturaleza de los actos sancionatorios, sino admitiendo que lleva a cabo un ejercicio de interpretación de lo expuesto por otro poder judicial como el espíritu constitucional, decide que la competencia arbitral se encuentra determinada solo por lo que el legislador incluye u omite en un listado que bien podría no considerarse exhaustivo en el futuro.

D. Utilización real del arbitraje en el derecho colombiano

Para concluir este acápite es pertinente ver cómo ha operado la utilización del arbitraje en el derecho colombiano, esto es, determinar qué proporción de los conflictos que debieron ser resueltos por la jurisdicción fueron llevados a la justicia arbitral para descongestionar la administración de justicia y cuántos de estos procesos han sido solucionados.

Para este propósito, se tomó como periodo de referencia el comprendido entre los años 2007 a 2012. En cuanto a cifras, se trabajó con los datos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá sobre solicitudes de arbitraje radicadas y laudos proferidos (cuadro 1), los cuales fueron comparados con los proporcionados por el Consejo Superior de la Judicatura, Distrito Judicial de Cundinamarca, Circuito Judicial de Bogotá (cuadro 2), tan solo en la especialidad contencioso administrativa, relacionando las cifras referentes a las controversias contractuales, que son las que resultan más pertinentes para el tema tratado en este estudio.

Cuadro 1. Arbitrajes solicitados y laudos proferidos por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 2007-2012

PERIODO	ARBITRAJES SOLICITADOS	TIPO DE CONFLICTO	
		ADMINISTRATIVO	PARTICULARES
2007	219	63	156
2008	214	53	161
2009	262	45	217
2010	288	40	248
2011	305	43	262
2012	271	52	219
Total	1559	296	1263

Fuente: Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

De los 296 casos administrativos radicados en el periodo de estudio, solo se ha proferido laudo en 101, que corresponden al 34%²⁷⁵.

Los datos consolidados a partir de las estadísticas publicadas por el Consejo Superior de la Judicatura en relación con el movimiento desagregado de los despachos judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa en los años 2007-2011, para el Distrito Judicial de Cundinamarca, Circuito Judicial de Bogotá, son los que muestra el cuadro 2.

275 Datos proporcionados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Cuadro 2. Movimiento desagregado de los despachos judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa para el Distrito Judicial de Cundinamarca, Circuito Judicial de Bogotá, 2007-2011

Año	Autoridad	Tipo de proceso	Activo	Ingresos	Sentencias	Pago	Transacción	Conciliación	Desistimiento	PEREPCIÓN	RETIRADOS	OTRAS
2007	JUZGADOS	Controversias sobre contratos	470	272	28	0	0	1	4	6	32	3
	Tribunal	Controversia sobre contratos	596	150	99	0	0	0	17	3	42	13
	Total		1.066	422	127	0	0	1	21	9	74	16
2008	JUZGADOS	Controversia sobre contratos	545	225	59	0	1	0	5	10	41	2
	Tribunal	Controversia sobre contratos	500	144	74	0	0	5	14	3	30	5
	Total		1.045	369	133	0	1	5	19	13	71	7
2009	JUZGADOS	Controversia sobre contratos	501	176	104	0	0	0	2	15	61	2
	Tribunal	Controversia sobre contratos	520	169	105	0	0	1	11	1	10	6
	Total		1.021	345	209	0	0	1	13	16	71	8
2010	JUZGADOS	Controversia sobre contratos	437	167	138	0	2	7	3	9	35	7
	Tribunal	Controversia sobre contratos	591	200	76	0	0	0	5	0	16	1
	Total		1.028	367	214	0	2	7	8	9	51	8
2011	Juzgados	Controversia sobre contratos	376	136	80	0	1	0	2	0	33	20
	Tribunal	Controversia sobre contratos	569	202	130	0	1	0	2	3	21	6
	Total		945	338	210	0	2	0	4	3	54	26

Fuente: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Movimiento de procesos por jurisdicción, distrito y tipo de procesos. Disponible en: [<http://www.ramajudicial.gov.co/csj//publicaciones/index/section/374/1041/2295/Movimiento-desagregado-por-Jurisdicci%C3%B3n-Contencioso-Administrativa-Constitucional-y-Disciplinario>]. Consultado: 26 de febrero de 2013.

La comparación de las cifras expuestas en el cuadro 2 permite analizar el comportamiento en cuanto al inicio y la solución de los procesos frente a las controversias que en el mismo periodo se tramitaron a través del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá (cuadro 1), sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta es solo una de las opciones disponibles para acudir a la justicia arbitral, por lo que los datos representan solo una porción del total de controversias solucionadas por árbitros en el periodo y espacio seleccionado para el análisis.

Cuadro 3. Estadísticas de la Cámara de Comercio de Bogotá vs. estadísticas del Consejo Superior de la Judicatura

Periodo	N.º de procesos iniciados en la jurisdicción.	N.º de procesos activos en la jurisdicción	Sentencias	Conciliados	Asuntos objeto de transacción	N.º de arbitramientos solicitados (en materia administrativa)	% de procesos arbitrales	% de sentencias/ activos
2007	422	988	127	1	0	63	14,9%	12,85%
2008	369	992	133	5	1	53	14,36%	13,41%
2009	345	1.067	209	1	0	45	13,0%	19,59%
2010	214	1.021	214	7	2	40	18,69%	20,96%
2011	338	1.009	210	0	2	43	12,7%	20,81%
Total	1.688	5.077	893	14	5	244	14,45%	17,59%

Con base en lo anterior, se llega a las siguientes conclusiones sobre el comportamiento del pacto arbitral en los casos referidos a controversias contractuales, tramitados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo durante el periodo 2007-2011:

El 14.45% de los procesos iniciados fueron tramitados a través del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El 17.59% de los casos obtuvieron solución mediante sentencia y el 34% mediante laudo arbitral.

El mecanismo de descongestión procesal de mayor aplicación fue el arbitramento (solo al considerar los datos del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá) con 244 trámites arbitrales, frente a 14 conciliaciones procesales y cinco transacciones.

En consecuencia, el mecanismo arbitral constituye una solución eficaz respecto al problema de la congestión y mora judicial, lo que permite afirmar que si los asuntos susceptibles de conocimiento de los árbitros en materia de contratación estatal se ampliaran y se eliminaran los obstáculos impuestos por la jurisprudencia, se tendría una solución de fondo no solo para los problemas de la administración de justicia, sino para la seguridad jurídica que es necesario garantizar de cara al fomento de la inversión privada y la confianza frente a la solución de sus conflictos con agilidad.

II. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMENTO PARA CONOCER SOBRE LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Como se ha expresado varias veces en este trabajo, la suscripción de un pacto arbitral, sea en la modalidad de compromiso o en la de cláusula compromisoria, habilita a los árbitros para pronunciarse sobre todos los asuntos que el pacto exprese de manera concreta, sin limitación externa, siempre y cuando respeten la legislación, tal como se desprende del artículo 116 de la Constitución Política.

A. Interpretación de las normas constitucionales sobre la competencia de la jurisdicción administrativa y sobre el arbitraje

Como se vio con suficiente cuidado en el resumen jurisprudencial elaborado en el acápite anterior, la tesis que se opone a la competencia de los árbitros para conocer sobre controversias en las cuales se busque juzgar la legalidad de los actos administrativos contractuales se basa en dos argumentos constitucionales: 1. A la luz de los artículos 237 y 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la única autoridad competente para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos en el derecho colombiano; y 2. De la propia Constitución se desprende que los árbitros solo pueden conocer de controversias de carácter transigible, por tanto, no tienen

competencia para resolver litigios donde se debata la validez de los actos administrativos.

En relación con esos dos argumentos de la jurisprudencia colombiana se debe señalar lo que ha continuación se desarrolla.

1. Desde el punto de vista constitucional, no es cierto que la única autoridad judicial competente para conocer de la legalidad de los actos administrativos es la jurisdicción de lo contencioso administrativo

En primer lugar, el artículo 237 de la Constitución Política al señalar las funciones del Consejo de Estado menciona, para efectos de lo que interesa al presente trabajo, las de ser el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conocer las acciones de nulidad por inconstitucionalidad y conocer la nulidad electoral. Una lectura rigurosa de la norma permite sostener que la competencia exclusiva y excluyente en estos casos aislados (nulidad por inconstitucionalidad y nulidad electoral) no significa que la jurisdicción de lo contencioso administrativo sea la única que pueda conocer sobre la validez de un acto administrativo.

De otra parte, el artículo 238 de la Carta Política señala que

la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

En rigurosidad, en la norma se advierten dos puntos en particular: a. Una simple autorización a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para suspender los efectos de los actos administrativos, mas no una competencia privativa en ese sentido, de manera que bien podría la ley otorgar a otra autoridad judicial la posibilidad de ejercer dicha competencia; y b. La provisionalidad de la medida, puesto que la norma no habla del control de legalidad del acto, lo cual podría dar lugar a pensar –en una interpretación limitada de la Constitución Política–, que dicha medida cautelar solo puede ser adoptada por la jurisdicción

administrativa, lo cual no puede significar, desde ningún punto de vista, que esa exclusividad también se predique de los juicios de legalidad de los actos administrativos.

En conclusión, como lo expresa RICARDO HOYOS DUQUE, no existe

un precepto constitucional que establezca en forma privativa la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para definir la legalidad de los actos administrativos.

Lo cual se traduce, a efectos de la competencia de los tribunales de arbitramento, en que

nada se opone a que el legislador en ejercicio de la libertad política de configuración de normas jurídicas pueda facultar a otra jurisdicción, para el caso a la jurisdicción arbitral, para conocer de la legalidad de los actos administrativos²⁷⁶.

Pero, además, las normas legales y la práctica jurisprudencial avalan la interpretación constitucional de que no es cierto que la jurisdicción de lo contencioso administrativo tenga la competencia exclusiva y excluyente en las controversias sobre legalidad de los actos administrativos.

En cuanto a las normas legales, el artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad, con las modificaciones introducidas por los artículos 2.º de la Ley 712 de 5 de diciembre de 2001²⁷⁷, 3.º de la Ley 1210 de 14 de julio de 2008²⁷⁸ y 622 de la Ley 1564 de 2012²⁷⁹, atribuyen a la jurisdicción laboral la competencia para conocer, entre otros, de “la suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical” (num. 3), “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre

276 Salvamento de voto de RICARDO HOYOS DUQUE a CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 8 de junio de 2000, expediente 16.973, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

277 *Diario Oficial*, n.º 44.640, de 8 de diciembre de 2001, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1666813>].

278 *Diario Oficial*, n.º 47.050, de 14 de julio de 2008, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1675597>].

279 Cit.

los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras” (num. 4) y “la calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo” (num. 10).

Estas controversias suponen el juzgamiento de actos administrativos, pues lo cierto es que el registro sindical es un acto administrativo, la calificación de un paro del trabajo se lleva a cabo mediante un acto administrativo y el reconocimiento de diversas prestaciones en materia de seguridad social se hace por medio de actos administrativos. Es decir, la ley acepta en forma abierta diversos casos en que es la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de seguridad social, y no la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quien conoce de controversias sobre la validez de ciertos actos administrativos.

En concordancia con lo anterior, pero desde la perspectiva de la práctica jurisprudencial, la jurisprudencia laboral del Consejo de Estado ha reconocido que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no es la única competente para conocer de la validez de los actos administrativos relacionados con la justicia arbitral. En concreto, respecto del acto administrativo que convoca un tribunal de arbitramento para resolver un conflicto colectivo del trabajo, la jurisprudencia administrativa concluyó que es la Corte Suprema de Justicia, al resolver el recurso de homologación, la competente para juzgar la validez y los efectos de dicho acto administrativo²⁸⁰.

En materia de derecho de familia y de infantes y adolescentes encontramos que el acto administrativo mediante el cual el defensor de familia declara la adoptabilidad de un niño, niña o adolescente, por disposición del artículo 108 del Código de la Infancia y Adolescencia²⁸¹ el expediente debe enviarse al juez de familia (jurisdicción ordinaria) para su homologación y validez.

280 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 29 de mayo de 1992, cit.; Sentencia de 4 de agosto de 1992, cit.; Auto de 30 de agosto de 1993, cit.; y Sentencia de 18 de julio de 1995, expediente 11.078, C. P.: JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

281 Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006, *Diario Oficial*, n.º 46.446, de 8 de noviembre de 2006, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1673639>].

También desde la perspectiva jurisprudencial, el Consejo de Estado en calidad de juez constitucional y no solo contencioso administrativo consideró, antes de que entrara en vigencia la prohibición contenida en el artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que el juez de la acción popular podía anular actos administrativos, esto es, que la anulación de los actos administrativos no es competencia exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo sino que también puede ser llevada a cabo por un juez constitucional, en este caso, por el juez de la acción popular²⁸².

De la misma manera, desde la perspectiva de la acción de tutela, aunque con un mayor grado de discusión, se ha aceptado que, si es necesario, el juez de tutela puede adoptar las medidas que sean del caso para garantizar el respeto del derecho fundamental, entre las cuales se encuentra la anulación o al menos la suspensión de los actos administrativos incluidos los de contenido contractual²⁸³.

Los ejemplos de las acciones populares y de la acción de tutela resultan en particular importantes en materia de interpretación de la supuesta competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de la legalidad de los actos administrativos, incluyendo los actos administrativos contractuales, a la luz de la Constitución Política, donde queda claro que tanto el juez administrativo como el juez constitucional pueden estudiar y juzgar la validez de los actos administrativos contractuales, incluso aquellos en virtud de los cuales se ejerzan las potestades que se derivan de las cláusulas excepcionales o exorbitantes.

En palabras de la doctrina, “tanto los jueces de las acciones populares como los jueces de la acción de tutela son competentes para conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de los poderes excepcionales”. Lo anterior desvirtúa el argu-

282 Cfr., por ejemplo, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 27 de febrero de 2007, expediente 2005-0549, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

283 Cfr., por ejemplo, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-500 de 29 de junio de 2011, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-500-11.htm>].

mento de la jurisprudencia según el cual “la jurisdicción de lo contencioso administrativo se encuentra establecida para juzgar, de manera exclusiva y excluyente, la legalidad de dichos actos administrativos”²⁸⁴. Para la doctrina, entonces, una interpretación desde la Constitución de los preceptos normativos que sustentan la competencia arbitral impide concluir que la jurisdicción de lo contencioso administrativo tenga el monopolio del juzgamiento de la validez de los actos administrativos.

En suma, desde la perspectiva constitucional –pero también desde la visión legal y jurisprudencial– no es cierto que la jurisdicción de lo contencioso administrativo tenga la competencia exclusiva y excluyente para juzgar la legalidad de los actos administrativos; ni siquiera la tiene respecto de los actos administrativos en virtud de los cuales se ejerzan las potestades que se derivan de las cláusulas excepcionales o exorbitantes.

2. La Constitución Política no establece un límite material a las controversias susceptibles de ser conocidas por un tribunal de arbitramento, puesto que defiere esos límites a la ley

Contrario a lo sostenido por la jurisprudencia administrativa y constitucional, no es cierto que la Constitución Política fije un límite material a la competencia arbitral, toda vez que otorga a la ley la libertad de configuración para determinar este límite. En este sentido, conviene citar de nuevo el artículo 116 de la Constitución Política:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

La lectura minuciosa del artículo 116 permite entender que los límites constitucionales al arbitraje son solo tres: el carácter transitorio, la necesidad de habilitación y el respeto de los términos fijados en la

284 MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN. *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de los poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*, Bogotá, Externado, 2012, p. 97.

ley. Como puede verse, el carácter transigible o de libre disposición de la controversia no forma parte de los elementos constitucionales del arbitraje. Esta conclusión es compartida por la jurisprudencia constitucional, que ha expresado lo siguiente:

Si se analiza el inciso cuarto del artículo 116, se llega a la conclusión de que la administración de justicia por los árbitros, sólo tiene estas limitaciones:

La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral.

La segunda, ya insinuada, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia.

Y una última, que los árbitros administran justicia “en los términos que determine la ley”. Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral.

Pero, no existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral²⁸⁵.

Con fundamento en la anterior sentencia, el magistrado RICARDO HOYOS DUQUE, en salvamento de voto, expresó que

las únicas limitaciones constitucionales existentes en materia arbitral, son las que se desprenden de lo dispuesto en el inciso final del artículo 116 de la Carta y que fueron precisadas por la Corte en la sentencia antes citada²⁸⁶.

En otras palabras, la prohibición para que los árbitros se pronuncien sobre asuntos de orden público o sobre materias como la legalidad de

285 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294 de 6 de julio de 1995, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-294-95.htm>].

286 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Salvamento de voto de RICARDO HOYOS DUQUE a Consejo de Estado. Sentencia de 8 de junio de 2000, expediente 16.973, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

los actos administrativos no forma parte de los límites constitucionales del arbitraje²⁸⁷.

Esta interpretación de los límites constitucionales del arbitraje también es compartida por la doctrina. JORGE EDUARDO CHEMÁS JARAMILLO, por ejemplo, sostiene que la Constitución autoriza el arbitraje bajo los siguientes dos únicos parámetros: “Son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia” y “el arbitraje se desarrollará en los términos que determine la ley”, pero no incluye limitaciones adicionales, entre ellas, que las controversias sean transigibles o que no se pueda juzgar la legalidad de actos administrativos²⁸⁸.

Con base en lo anterior puede concluirse que la Constitución Política no fija un límite material a la competencia de los tribunales de arbitramento. El establecimiento de dicho límite ha sido obra del legislador, como tal, la decisión de que los árbitros puedan o no conocer de controversias sobre la legalidad de actos administrativos contractuales es tan solo legislativa y no un asunto previsto en la Constitución. En palabras más sencillas, no existe impedimento constitucional para que la ley establezca que las controversias sobre actos administrativos contractuales son arbitrables.

Sobre este punto es necesario precisar que el estudio sobre la validez de un acto administrativo es un problema de carácter legal que no comporta una cortapisa constitucional. El Consejo de Estado²⁸⁹, como se vio en la cuarta etapa de la evolución jurisprudencial expuesta, no ha tenido inconveniente en aceptar que la Constitución no fija límite para que los tribunales de arbitramento conozcan sobre la validez y efectos de actos

287 Esta posición también es compartida por los magistrados ÁLVARO TAFUR GALVIS y CRISTINA PARDO SCHLESINGER en sus salvamentos de voto a la Sentencia C-1436 de 2000, cit. En concreto, el primer magistrado expresó: “la limitación de la extensión y proyección de la actividad y ámbito de competencia de los tribunales de arbitramento proviene de mandato legal mas no de disposición constitucional directa”.

288 JORGE EDUARDO CHEMÁS JARAMILLO. “Restricciones al acceso a la justicia arbitral en contratos estatales”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 1, 2008.

289 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 27 de marzo de 2008, cit.; Sentencia de 10 de junio de 2009, expediente 36.252, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ; y SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 27 de febrero de 2013, cit.

administrativos contractuales diferentes a aquellos en virtud de los cuales se haga uso de las cláusulas excepcionales, como lo son las multas, las declaraciones de incumplimiento y la liquidación unilateral.

3. La existencia de la cosa juzgada constitucional derivada de la Sentencia C-1436 de 2000 no es elemento suficiente para señalar que los árbitros no tienen plena competencia

Desde la perspectiva constitucional, aparece la inquietud de si la cosa juzgada constitucional atribuida a la Sentencia C-1436 de 2000, impediría un cambio de jurisprudencia para aceptar la competencia de los árbitros en cuanto a conocer sobre conflictos en los cuales se debata la validez y los efectos de los actos administrativos contractuales.

Sobre este particular debe recordarse que la cosa juzgada constitucional

significa no solamente el carácter definitivo e incontrovertible de las sentencias que aquélla pronuncia, de manera tal que sobre el tema tratado no puede volver a plantearse litigio alguno, sino la prohibición a todo funcionario y organismo de reproducir las normas que la Corte haya declarado inexequibles por razones de fondo mientras permanezcan vigentes los mandatos constitucionales con los cuales se hizo el cotejo²⁹⁰.

En consecuencia, como la Sentencia C-1436 de 2000 definió que los árbitros no pueden conocer la legalidad de actos administrativos proferidos en virtud de potestades excepcionales, salvo un cambio constitucional, en principio no podría sostenerse una tesis diferente o expedirse una nueva norma que los autorizara.

Sin embargo, la propia Corte Constitucional ha insistido en que, no obstante la existencia de una cosa juzgada constitucional, es posible que se den cambios jurisprudenciales motivados no solo por el cambio razonado de pensamiento del Tribunal Constitucional, sino por cambios sociales²⁹¹.

290 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-397 de 7 de septiembre de 1995, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-397-95.htm>].

291 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1213 de 21 de noviembre de 2001, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/>]

En este sentido, es posible que la Corte Constitucional cambie la jurisprudencia y acepte la posibilidad de que los árbitros conozcan de las controversias sobre la validez de toda clase de actos administrativos contractuales, si en vez de fundamentar su posición en los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, lo hace en el artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012 que permite el juzgamiento arbitral de los efectos económicos de los actos administrativos proferidos en virtud de potestades excepcionales, o en el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013 ya citada.

B. Carácter transigible o de libre disposición de las controversias sobre la legalidad y los efectos de los actos administrativos contractuales

Desde siempre se ha sostenido 1. Que la competencia de los tribunales de arbitramento versa sobre asuntos de carácter transigible de naturaleza económica o sobre asuntos de libre disposición; y 2. Que la justicia arbitral carece de competencia para llevar a cabo juicios penales, para resolver controversias donde se discutan derechos de los incapaces²⁹², para conocer de litigios sobre el estado civil de las personas²⁹³ o para definir controversias donde se discutan los derechos mínimos de los trabajadores²⁹⁴.

relatoria/2001/C-1213-01.htm]; y Sentencia C-037 de 28 de enero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-037-03.htm>].

292 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294 de 1995, cit.: “Escapan, por el contrario, a la autonomía de la voluntad, las obligaciones amparadas por ‘las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres’, de conformidad con el artículo 16 del mismo Código Civil [...] Esto excluye del pacto arbitral [...] todas aquellas controversias que versen sobre cuestiones no susceptibles de transacción, o entre incapaces. Conviene tener presente que, según el artículo 2470 del Código Civil ‘No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción’. Y que, de conformidad con el 2473 del mismo Código, ‘No se puede transigir sobre el estado civil de las personas’. // En virtud de todas estas normas, están, pues, excluidas del arbitramento cuestiones tales como las relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer”.

293 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 1997, cit.: “De la regulación constitucional y de su interpretación se infiere, adicionalmente, que dicha figura presenta límites respecto de su ámbito material y temporal, en razón a que no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, ya que detenta un carácter transitorio para su realización”.

294 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-330 de 2000, cit.: “La habilitación de particu-

En ese contexto, uno de los argumentos que con insistencia utiliza tanto la jurisprudencia constitucional como administrativa es el que la legalidad de los actos administrativos no es una materia arbitrable 1. Porque compromete el orden público; y 2. Las materias de orden público no son arbitrables porque dichos asuntos no son susceptibles de transacción.

En ese orden de ideas, debe analizarse de una parte si en efecto por ley, solo son arbitrables las controversias susceptibles de transacción y, de otra, debe estudiarse el régimen legal del arbitraje para determinar si en efecto la legalidad de los actos administrativos es arbitrable.

1. Posibilidad de que los tribunales de arbitramento conozcan asuntos diferentes a las materias transigibles

Como se ha analizado, el criterio tradicional utilizado por el derecho colombiano para determinar el carácter arbitrable de una controversia es si la misma en efecto es transigible, esto es, si sobre el asunto es posible acordar una transacción. En tiempos recientes, la legislación con el aval de la jurisprudencia, ha modificado esta posición en ejercicio de la libertad de configuración legislativa para la determinación de los límites del arbitraje.

El primer cambio se dio en el sentido de que solo son arbitrables las materias transigibles, se produjo con la Ley 1285 de 2009 ya citada que modificó la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996, cit.). El artículo 13-3 de la Ley 270 de 1996 establecía que administran justicia “los particulares actuando como conciliadores o

lares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo. El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas. // Principios como el de la seguridad jurídica hacen necesario que ciertos asuntos sean ventilados a través de la jurisdicción ordinaria, pues se trata de eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -v. gr., derechos mínimos de los trabajadores-”.

árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley”. Después, el artículo 6.º de la Ley 1285 de 2009 eliminó el carácter transigible de la controversia y dispuso que ejercen función jurisdiccional, “los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley”.

Este cambio dio lugar a un pronunciamiento de la Corte Constitucional²⁹⁵, que aunque referido a la constitucionalidad de una norma que autoriza el arbitraje para solucionar conflictos de carácter societario, concluyó:

el que los asuntos susceptibles de transacción sean los únicos que pueden someterse a la justicia arbitral es tema que le compete al legislador determinar. Este puede decidir que ello sea así, o decidir que tal criterio desaparezca del ordenamiento jurídico como delimitador de la competencia de la justicia arbitral, tal y como lo hizo en la Ley 1285 de 2009, avalada en este punto por la Corte Constitucional²⁹⁶.

En concordancia con lo anterior, la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje) introdujo otra innovación, esta vez referida a la definición de los asuntos susceptibles de ser conocidos por un tribunal de arbitramento. En las normas anteriores a la vigencia del estatuto arbitral, el criterio con base en el cual se definía la posibilidad de acudir a la solución arbitral para resolver una controversia era el de enmarcar los asuntos que fueran susceptibles de ser objeto de un contrato de transacción.

Al respecto, el artículo 111 de la Ley 446 de 1998²⁹⁷ establecía que el

arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

295 Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-014 de 20 de enero de 2010, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-014-10.htm>].

296 Sobre esta discusión, cfr. RAMIRO BEJARANO GUZMÁN. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 2011, pp. 459 a 461.

297 Cit.

Y el artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012 estableció la siguiente fórmula:

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

Como puede advertirse, en la nueva disposición el legislador contempló dos criterios para establecer si un asunto es susceptible de resolverse mediante la convocatoria a un tribunal de arbitramento: que el asunto sea de libre disposición, o bien que la ley lo autorice en forma expresa. En ese orden de ideas, es bastante posible que una ley autorice, en forma puntual, la competencia de la justicia arbitral para dirimir una controversia sobre asuntos que no son de libre disposición o que no son transigibles.

Según se anotó antes, la ley permite que los árbitros conozcan sobre conflictos relacionados con actos administrativos contractuales con plenitud, cuando no es en ejercicio de facultades exorbitantes (multas, liquidaciones unilaterales, declaraciones de incumplimiento) y en otros, acudiendo a decidir sobre el efecto económico de estos. En ese contexto, la discusión sobre si la controversia es susceptible de transacción pasa a un segundo plano y más bien depende de la autorización legal para tramitarla ante un tribunal de arbitramento.

El hecho de que la norma hable de asuntos de libre disposición y no de asuntos susceptibles de transacción constituye otro argumento adicional, que permite la apreciación por parte de los árbitros de los actos administrativos proferidos dentro de un contrato estatal, como se verá a continuación.

2. El concepto de “asuntos de libre disposición” y la arbitrabilidad de las controversias sobre los actos administrativos contractuales

Para determinar si el hecho de que el artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012 hable de asuntos de libre disposición y no de asuntos susceptibles de transacción permite que los árbitros se pronuncien sobre los actos administrativos contractuales, es necesario establecer qué se entiende por asuntos de libre disposición.

Sobre el particular debe advertirse que la expresión ha sido usada en diferentes áreas del derecho con significados diversos y no hay una definición general en la ley que la determine. Sin embargo, cuando fue cuestionada ante la Corte Constitucional la exequibilidad del artículo 111 de la Ley 446 de 1998 transcrito atrás, en relación con la expresión “conflicto de carácter transigible”, esa corporación afirmó lo siguiente:

En este contexto, se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos esta es posible –capacidad legal de disposición–. Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes²⁹⁸. (Resaltado fuera del texto).

En la referida providencia, la Corte Constitucional equipara el criterio de asunto transigible al de derecho de libre disposición, entendiendo por este último aquellos que pueden con libertad renunciarse. Con respecto a este punto es importante reiterar que la doctrina tanto nacional como extranjera ha reconocido de manera expresa el nexo teórico que existe entre la institución arbitral y la transacción, al punto que la posición que defiende la naturaleza contractual del arbitramento sostiene que el laudo arbitral es una especie de transacción.

No obstante lo anterior, debe llamarse la atención sobre el hecho de que en materia de derechos subjetivos la referencia a los derechos de libre disposición nos pone frente a un concepto jurídico indeterminado y, en consecuencia, su contenido debe ser llenado según el momento histórico y el lugar en el cual se utilice, al amparo de la doctrina del derecho viviente²⁹⁹. Por lo tanto, se considera que el nuevo Estatuto de

298 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-098 de 31 de enero de 2001, M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-098-01.htm>].

299 Sobre la aplicación de la doctrina del derecho viviente en el derecho colombiano, cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-258-13.htm>].

Arbitraje abrió la posibilidad de que conforme se produzca la evolución de la institución arbitral –movilizada por los cambios en las concepciones del derecho público y por la exigencia de adecuar las instituciones a las necesidades de un país abierto al intercambio y en busca de inversiones y proyectos que permitan el acelerado desarrollo–, se vaya ampliando el concepto, lo que permite eliminar algunos de los obstáculos a los que en la actualidad se enfrenta el arbitramento y que fueron expuestos en los acápite anteriores.

Al margen de esa discusión, que en el tema concreto de la “disponibilidad” de los actos administrativos contractuales será abordada más adelante, habida consideración de lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia citada en cuanto al concepto de libre disposición, hoy en día la discusión en torno a lo que puede ser debatido en un tribunal de arbitramento debe partir –sin limitarse a eso, por cuanto ahora el concepto es más amplio, según lo que se acaba de exponer–, del concepto de transacción cuyo análisis pasa a hacerse.

3. Transacción y arbitrabilidad de las controversias sobre los actos administrativos contractuales

a. Concepto, importancia y marco normativo de la transacción

Dentro del ordenamiento jurídico nacional la transacción es quizá el medio alternativo de solución de conflictos más antiguo en su proclamación, si se tiene en cuenta que ya en 1887, en el Código Civil colombiano, don ANDRÉS BELLO incluyó un articulado dedicado a describir la figura, sus características y efectos.

La transacción no solo ha sido la fuente y el antecedente jurídico de todos los demás mecanismos alternativos de solución de conflictos, sino que continúa siendo la figura principal por su sencillez y por ser una forma rápida y expedita en que los particulares pueden dar fin a sus controversias por sí mismos. Los otros mecanismos alternativos de solución de conflictos replican este principio, variando en el modo en que se llega a la solución³⁰⁰.

300 Cfr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. “La transacción en el derecho colombiano”, en

El que la transacción se haya consagrado desde el momento mismo de la codificación del derecho civil y se haya hecho aplicable a las otras materias, habla de su importancia y utilidad. En efecto, es una medida de precaución con miras a evitar que se prolonguen y complejicen de manera innecesaria los procesos a los que se acude para solucionar diferencias de toda índole. Su relevancia para efectos del presente trabajo radica en que, según la nueva legislación, uno de los requisitos necesarios del arbitramento que delimita la competencia de los árbitros, es que la o las controversias que se ponen en su conocimiento deben ser transigibles o ser asuntos de libre disposición. Al respecto explica BENETTI SALGAR:

El segundo requisito establecido por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998³⁰¹ consiste en que el objeto del proceso arbitral sea transigible según la ley, o sea, que la cuestión litigiosa no esté amparada o regulada por disposiciones de orden público (art. 16 C. C.), casos todos en que está prohibida la transacción. Sobre este punto, el Código Civil al regular el contrato de transacción la prohíbe en los siguientes casos: en lo relativo al estado civil de las personas (art. 2473 C. C.); en el derecho a percibir alimentos futuros de aquellos con quienes se tenga obligación alimentaria (art. 2474 C. C.); en la acción penal para sancionar la comisión de un delito (art. 2472 C. C.) y “sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen” (art. 2475 C. C.)³⁰².

El Código Civil, en su título xxxix se ocupa de la transacción. El artículo 2469 la define en los siguientes términos:

La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

En el Código Civil se presenta como un acuerdo entre particulares a través del cual dan fin a un conflicto o litigio y se determina su naturaleza. En efecto, cuando se afirma que *la transacción es un contrato*, se está determinando que es un mecanismo netamente de naturaleza contractual. La fuerza vinculante de la transacción está en el acuer-

MARCELA CASTRO CIFUENTES (coord.). *Derecho de obligaciones*, vol. 2, t. II, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2010, p. 401.

301 Cit.

302 BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano*, cit., p. 85.

do de voluntades de las partes. Son estas quienes deciden llegar a él, quienes deciden qué debe incluirse, quienes toman a bien llegar a un acuerdo, quienes evitan o concluyen un litigio, así que son las partes quienes se comprometen a respetar lo allí consignado y se obligan en forma mutua a acatar lo transigido. Es decir, la obligatoriedad en el cumplimiento de la decisión está en el acuerdo de las voluntades que se comprometieron a ello, con independencia de si se le trata en realidad como un contrato o si se le da connotación de negocio jurídico³⁰³.

El Tribunal Superior de Bogotá ha tenido el acierto de explicar este modo de extinción de obligaciones previas (y posible nacimiento de nuevas obligaciones) en los siguientes términos:

autocomposición de controversias que sustrae del conocimiento de los jueces la solución de la disputa superada, en la que es característico el abandono recíproco de una parte de las pretensiones³⁰⁴.

Para transigir no existe un procedimiento a seguir establecido en forma rigurosa. Tan solo las partes pueden arreglar, como mejor tengan a bien, la controversia que las reúne, por consiguiente, cuentan con total libertad y respaldo del ordenamiento jurídico para decidir el sitio, modo y reglas que las llevará a un feliz acuerdo. Como tal no tiene las solemnidades propias del rito judicial, se parte de la capacidad y de la voluntad de las personas de superar sus diferencias.

b. Elementos esenciales de la transacción

La transacción debe contar con todos los elementos típicos del negocio jurídico: voluntad, capacidad, objeto lícito y causa lícita. Al respecto ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

303 Sobre la naturaleza de la transacción como contrato o como negocio jurídico, cfr. JARAMILLO JARAMILLO. "La transacción en el derecho colombiano", cit., pp. 413 y ss.; FERNANDO HINESTROSA FORERO. *Tratado de las obligaciones*, t. I, Concepto, estructura, vicisitudes, Bogotá, Externado, 2001, pp. 701 y ss.

304 TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala Civil. Sentencia de 18 de febrero de 2009, M. P.: MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ, Ref: Proceso ordinario de ILVA MARÍA PEÑA LEMUS y otros contra Servicios Aéreos a Territorios Nacionales -Satena-.

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

La transacción, como todo contrato, supone la capacidad de las partes, su consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitos.

En relación con la capacidad establece el artículo 2470 del Código Civil que no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción la renuncia de un derecho y, en algunos casos, la constitución de un título traslativo de dominio, equivale en sus resultados a una enajenación: *transigere est alienare*.

La transacción implica en cierto modo un acto de disposición y si no la celebra el propio interesado capaz de disponer de los bienes comprendidos en ella, su mandatario debe tener poder especial al respecto, conforme el artículo 2471 del mismo Código³⁰⁵.

La voluntad es un elemento indispensable para que pueda llegarse a un acuerdo válido y exigible a la contraparte. Cuando en la norma se hace referencia a que *las partes terminan extrajudicialmente un litigio*, se reconoce que son las partes quienes tienen la posibilidad de resolver una discusión mediante un acuerdo que entre ellas se obligan a cumplir. Es más, el perfeccionamiento del contrato se da cuando en efecto las partes finiquitan el proceso. La transacción tiene, por consiguiente, una función finalista: terminar el conflicto. La manifestación completa de la voluntad se alcanza cuando las partes han acordado transigir y se entiende que dicho acuerdo no solo concluye la controversia, sino que la sustituye por la obligación de cumplir, de manera voluntaria, con el nuevo acuerdo.

Con respecto al objeto de la transacción, en la norma se contempló que las partes terminan sin acudir a juicio un *litigio pendiente o precaven un litigio eventual*. Es decir, el objeto principal de la transacción es el litigio que se transige. En relación con el objeto y sus posibilidades se ha considerado jurisprudencialmente:

El artículo 2483 del C. C. define así la transacción: "Contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual". Por tanto, este contrato tiene una finalidad obvia, esencial y necesaria: la de poner término a las disputas patrimoniales de los hombres, antes de que haya juicio o durante el juicio. Celebrado de acuerdo con las

305 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 13 de septiembre de 1968, M. P.: FERNANDO HINESTROSA FORERO.

prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. La controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y de fin, porque lo que se persigue con el juicio y la sentencia ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia a sí mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria, quedó sin qué hacer. Y le han hecho justicia en la forma más plausible, porque implica abandono de intereses en beneficio común, en busca de la paz humana, que es altísimo bien. Por estos otros motivos, los pueblos han consagrado una sentencia cuya sabiduría ha venido conformando el aluvión de la experiencia: “Más vale un mal arreglo que un buen pleito”.

Es, por tanto, absurdo suponer que un juicio pueda subsistir lógica y jurídicamente después de haber sido transigido, porque es tanto como admitir dos ideas y dos situaciones antitéticas, ya que no hay medio entre lo que concluye o fenece y lo que sobrevive y continúa.

De aquí que carezca de sentido estipular en una transacción que el juicio siga su curso, o adelantarle sin estipulación alguna, por una especie de consenso tácito de las partes³⁰⁶.

El conflicto de que trata este tipo de contrato puede ser de dos clases: pendiente o eventual. Como se dice en el artículo, en el primer supuesto se trata de un litigio que ya ha nacido, que ya está en marcha. Esto va en concordancia con lo establecido en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, que especifica cómo se debe efectuar la transacción de un proceso en curso, disposición cuyo contenido normativo fue reiterado en el artículo 312 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

Dicha norma complementa al Código Civil al establecer que la transacción de un litigio en marcha se puede presentar en cualquier momento del proceso, siempre y cuando no se esté frente a una sentencia en firme. Además en ella (tanto en la versión del Código de Procedimiento Civil como en la versión del Código General del Proceso) se incluye como objeto de la transacción “las diferencias que surjan con ocasión del cumplimiento de la sentencia”. Es decir, no se limita la transacción

306 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 14 de diciembre de 1954, M. P.: JOSÉ J. GÓMEZ.

a aquello que dio origen al litigio, sino que permite abarcar la forma de finalizarlo.

Existen, además, dos posibilidades para llevar a cabo la transacción: una que cubra todas las cuestiones en discusión y todas las partes involucradas en el litigio, y otra que solo verse sobre algunas cuestiones o haya sido celebrada por alguna de las partes en litigio. En el primero de los casos se aceptará y dará fin al proceso, en el segundo se continuará respecto de lo que no se ha transigido.

A propósito de lo anterior, manifestó la Corte Suprema de Justicia:

Conforme a lo expuesto por el artículo 2469 del Código Civil, mediante la transacción pueden las partes dar por terminado extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, lo que implica que al celebrar ese acto jurídico las partes recíprocamente renuncian parcialmente a un derecho respecto del cual puede surgir o se encuentra en curso un litigio, razón esta por la cual ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación que “para que exista efectivamente este contrato se requieren en especial estos tres requisitos: 1.º Existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle sub júdice; 2.º voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla, y 3.º concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin”.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, una de las formas de terminación anormal del proceso, total o parcialmente, es la transacción, la que, para producir tales efectos ha de presentarse por escrito ante el juzgador, precisando los alcances de la misma o acompañando el documento que la contenga, o tan sólo por una de las partes, caso este en el cual habrá de anexar ‘el documento de transacción autenticado’³⁰⁷.

No sobra señalar que en el artículo 2469 del Código Civil se aclara que no es transacción el acto en que una parte renuncia a un derecho si tal derecho no está en disputa. Sin reclamación, aunque no se ha trabado ni se está en miras de trabar ninguna *litis*. La transacción deberá versar sobre cuestiones susceptibles de ser exigibles en juicio y que sean reclamadas por alguna de las partes, pero estas manifiestan, en forma

307 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 13 de junio de 1996, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

clara y expresa, que no acudirán a la jurisdicción, más sí se entiende que puede haber más de una parte en conflicto y que estas pueden tener reclamaciones recíprocas.

En cuanto al segundo elemento, la capacidad para transigir, existen dos condiciones que se deben cumplir: una objetiva y otra subjetiva. La primera está referida al objeto que pretende transigir cada parte, puesto que aquel debe estar en posesión de esta. La segunda atañe a las condiciones que debe cumplir cada parte. Frente a lo primero, el artículo 2470 del Código Civil precisó: "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción".

Resulta obvio que aquel que pretenda transigir respecto a un derecho debe estar en posesión de este, debe hacer parte de su órbita de derechos, porque nadie puede disponer de nada más que de lo que le pertenece. Este aspecto es el que resulta cardinal en el tema abordado en el presente trabajo, por cuanto determina en el fondo los asuntos que pueden ser objeto de transacción, toda vez que son disponibles por las partes, pueden ser resueltos por un tribunal de arbitramento y cuáles asuntos quedan fuera de su órbita de competencia, a favor de la jurisdicción constituida, por ser temas ajenos a la disposición de las partes.

Con respecto a la segunda condición (la subjetiva), cada parte en la transacción debe cumplir, para empezar, con la condición básica para contratar: ser por completo capaz de hacerlo. Ello reviste particular importancia en el caso de los mandatarios, respecto de los cuales se consagró la siguiente norma particular en el Código Civil:

Artículo 2471. Todo mandatario necesita de poder especial para transigir. En este poder se especificarán los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir.

La limitación para el accionar de los mandatarios es la misma en casi todos los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Por regla general los mandatarios no pueden transigir; esta es una cualidad exclusiva que conserva el poseedor del derecho y como tal, es él quien debe decidir si desea operarlo o reclamarlo ante la jurisdicción, o si desea renunciar a este y optar por la solución directa con su contraparte. En caso de que el poseedor desee que su apoderado, o en ge-

neral mandatario, llegue a un acuerdo de transacción, este mandato debe darse mediante un poder especial (no basta con el poder amplio y suficiente) que debe contener los bienes, derechos y acciones sobre las cuales transigir, de forma que el acuerdo producto de la transacción sea oponible en el futuro.

Para el caso que sean las entidades públicas las que pretendan transigir, una norma procedimental ha impuesto un requisito adicional. En el Código de Procedimiento Civil se contempla

Artículo 341. *Transacción por entidades públicas.* Los representantes de la nación, departamentos, intendencias, comisarías y municipios no podrán transigir sin autorización del gobierno nacional, del gobernador, intendente, comisario o alcalde, según fuere el caso.

Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza.

De manera similar, en el artículo 313 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) se dispuso:

Artículo 313. *Transacción por entidades públicas.* Los representantes de la nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del gobernador o alcalde, según fuere el caso.

Cuando por ley, ordenanza o acuerdo se haya ordenado promover el proceso en que intervenga una de las mencionadas entidades la transacción deberá ser autorizada por un acto de igual naturaleza.

Al igual que el mandatario particular, el agente que va a transigir requiere una habilitación especial por parte de la cabeza del sector de la Rama Ejecutiva de la cual haga parte la entidad pública. No basta con que la entidad cuente con representación legal para el caso en concreto, aun así debe solicitar una autorización al respectivo representante del Poder Ejecutivo en la correspondiente división territorial.

En cuanto al objeto de la transacción, este debe ser lícito para que el acuerdo alcanzado por las partes resulte válido. Y de acuerdo con el artículo 2470 del Código Civil, debe tratarse de un derecho del que sea posible disponer y que a través del acuerdo no se transgreda el orden público o el bien social.

Sumado a lo anterior, debe tenerse presente que no puede ser ni un derecho externo –nadie puede decidir sobre derechos ajenos– ni sobre derechos inexistentes³⁰⁸. Si una transacción versa sobre derechos o reclamaciones o *litis* de otras personas, será nula; sin embargo, es con suficiencia versátil como para que se pueda transigir sobre derechos que se materializarán en el futuro (p. ej., pignorar futuros ingresos), siempre y cuando el derecho a recibir el ingreso mañana haga parte efectiva del patrimonio de quien transige hoy. El presupuesto necesario para llegar a este tipo de acuerdos es, por supuesto, la buena fe de las partes que acceden a ello, porque la voluntad y la mala fe derivan en la nulidad de la operación. En el artículo 2476 del Código Civil se previó al respecto: “Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general por dolo o violencia”.

Téngase en cuenta que lo prohibido es el ocultamiento de información, la actuación deshonesta, porque en el artículo que sigue se permite a las partes transigir con pleno conocimiento de causa sobre títulos sin validez jurídica, dotándolos de validez. Señala el artículo 2477 del Código Civil: “Es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título”.

En la primera hipótesis contemplada en la norma se es consecuente al entender que la transacción que carece de objeto válido no puede, por sí misma, tener algún efecto oponible a la contraparte o a terceros. Sin embargo, se reconoce una vez más la capacidad de quien es libre para obligarse, además se permite que se pueda transigir, aún a pesar de la nulidad del respectivo título, siempre y cuando el acuerdo sea expreso sobre el punto y no se trate de un ocultamiento con la intención de defraudar. En realidad lo que está conteniendo la norma es un mecanismo idóneo de saneamiento de vicios que se pudieron haber presentado en la negociación de la cual surge un título³⁰⁹.

308 Así se dispuso en el artículo 2475 del Código Civil según el cual: “No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen”.

309 Cosa diferente la conforman los errores en la transacción, a los cuales se aplica un tratamiento particular contenido en el mismo Capítulo del Código Civil, a saber: “Artículo 2479. *Error sobre la persona de la transacción*. La transacción se presume haberse aceptado por consideración a la persona con quien se transige. Si se cree, pues, transigir con

Por último está el elemento de la oportunidad para transigir, a propósito del cual el artículo 2478 del Código Civil estableció:

Es nula asimismo la transacción, si, al tiempo de celebrarse, estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no haya tenido conocimiento al tiempo de transigir.

Como se anotó líneas arriba, la transacción, en virtud de lo consignado en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 312 del Código General del Proceso, puede llevarse a cabo en cualquier momento de un litigio ya iniciado, siempre y cuando no se haya dictado sentencia. Ello no implica que al acudir a la jurisdicción se les esté negando a las partes la posibilidad de transigir o que estén renunciando a esta. Por el contrario, se les brinda la oportunidad de desistir del pleito hasta que no se haya decidido sobre la controversia; pero, si han hecho uso de la acción judicial, y a su debido tiempo no han transigido sobre el objeto del proceso, no se les permite transigir una vez que el juez ya ha actuado y fallado, pues se entiende que el Estado en uso de su potestad superior de administrar justicia se ha pronunciado y dicho pronunciamiento debe acatarse so pena de contravenir el orden público. Lo contrario sería un abierto desconocimiento del principio de cosa juzgada, puesto que los particulares estarían acudiendo al aparato judicial y luego lo estarían ignorando, haciéndolo recaer en un desgaste inútil que no es justificable.

una persona, y se transige con otra, podrá rescindirse la transacción. De la misma manera si se transige con el poseedor aparente de un derecho, no puede alegarse esta transacción contra la persona a quien verdaderamente compete el derecho". Se establecen en el artículo varias condiciones básicas: primero la presunción con respecto a la persona con que se transige, pues, como ya se advirtió, la transacción es un negocio *intuitu personae*, que se realiza en consideración de las condiciones propias de una persona; tanto de una que posee la disposición del derecho que transige, como de aquella con la que se realiza el negocio. Continúa el Código con la explicación sobre el error en el objeto: "Artículo 2480. *Error sobre la identidad del objeto de la transacción.* El error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transigir, anula la transacción". La transacción se lleva a cabo en consideración a una contraparte y al objeto específico que la motiva. Si resulta que las partes en conflicto creen que ha surgido una causa de litigio, y transan sobre ella, cuando en realidad se estuviese en presencia de otra, no se habría transigido sobre cosa alguna. En este caso se está en presencia de una nulidad absoluta.

Lo anterior aplica aún en el caso de que las partes no hayan sido comunicadas de que se ha emanado en efecto “sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada”. Lo que se puede transigir pasada la oportunidad de llegar a un acuerdo sobre la controversia son los efectos de la sentencia, pues bien puede parecer a las partes que las consecuencias de esta superan lo esperado cuando se inició el litigio, o que afectarían de manera gravosa la relación que pudiese subsistir entre las dos partes una vez concluido el proceso.

En todo caso, se recuerda que está prohibida la transacción sobre cuestiones propias del orden público, sobre los derechos ajenos, sobre la acción penal, sobre el estado civil de las personas, sobre los alimentos futuros, sobre derechos inexistentes, sobre títulos nulos y sobre el litigio que ya cuenta con sentencia en firme. Este punto es de especial relevancia para el desarrollo del presente trabajo porque el legislador no ha contemplado ningún otro tipo de límite a la posibilidad de transigir para evitar o finalizar una controversia, por consiguiente, se considera aplicable el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*³¹⁰.

c. Efectos de la transacción

El principal efecto de la transacción es el tránsito del acuerdo de las partes a cosa juzgada. En el artículo 2483 del Código Civil se enuncia el efecto en los siguientes términos: “La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”.

El efecto de cosa juzgada hace al acuerdo equivalente a una sentencia de última instancia. Entonces, una vez perfeccionado el acuerdo, no se podrá volver sobre el asunto, judicial o extrajudicialmente, entendiéndose solucionado en forma definitiva, salvo, claro está, en los casos en que la transacción haya incurrido en una de las causales de nulidad o de rescisión enunciadas de modo taxativo en el Código Civil³¹¹.

310 Donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete hacerlo.

311 “Artículo 2482. *Rescisión de la transacción*. Si constare por títulos auténticos que una de las partes no tenía derecho alguno al objeto sobre que se ha transigido, y estos títulos al

En el artículo que sigue al precitado, se contempló además:

Artículo 2484. La transacción no surte efecto sino entre los contratantes. Si son muchos los principales interesados en el negocio sobre el cual se transige, la transacción consentida por uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros; salvo, empero, los efectos de la novación en el caso de solidaridad.

Como a cualquier contrato, en virtud del principio del efecto relativo del contrato, a la transacción también aplica el principio *res inter alios acta aliis, aliis nec nocet nec prodest*³¹². Sin embargo, es oponible a terceros y por terceros cuando se reclame el cumplimiento de una obligación sobre la cual se transigió, respecto de la parte con la cual se transigió. En caso de hallarse en conflicto muchos interesados, no hay una afectación conjunta, pues los intereses de cada uno se tratan por separado en el litigio. La transacción solo afecta a cada uno de los que la suscribe, sumado a que solo por las cuestiones de las cuales puede disponer, no afectará los derechos ajenos.

d. Conclusión de las características de la transacción a la luz de la arbitrabilidad de la legalidad de los actos administrativos

Para concluir, se tiene como características principales de la transacción: es un contrato nominado, reglado en el Código Civil; es bilateral, pues las obligaciones son para ambas partes; y es consensual, celebrado en virtud de las cualidades de la persona que está en capacidad de transigir el derecho que posee.

Estas características han sido objeto de análisis jurisprudencial, así:

La transacción, como lo tiene dicho la Corte (XLVIII 1948, 268), no es un contrato solemne, sino simplemente consensual, salvo que afecte bienes

tiempo de la transacción eran desconocidos de la parte cuyos derechos favorecen, podrá la transacción rescindirise; salvo que no haya recaído sobre un objeto en particular, sino sobre toda la controversia entre las partes, habiendo varios objetos de desavenencia entre ellas. En este caso el descubrimiento posterior de títulos desconocidos no sería causa de rescisión, sino en cuanto hubieren sido extraviados u ocultados dolosamente por la parte contraria. Si el dolo fuere solo relativo a uno de los objetos sobre que se ha transigido, la parte perjudicada podrá pedir la restitución de su derecho sobre dicho objeto”.

312 Lo que determinadas personas han convenido entre sí, no puede beneficiar ni perjudicar a otros.

raíces. Se perfecciona por el solo consentimiento de las partes y puede ser comprobado por cualquier medio probatorio, con la única restricción de la prueba testimonial cuando el valor del convenio excede de quinientos pesos. Teniendo carácter consensual y no solemne, puede celebrarse verbalmente o por documento privado o público, de modo que ningún precepto legal que [sic] quebranta cuando se lo consigna por escritura pública. Además y según el tenor del artículo 2469 del C. Civil, la transacción es un negocio extrajudicial, o sea una convención regulada por el derecho sustancial y que entre las partes produce los efectos extintivos que le son inherentes desde el momento mismo en que se perfecciona. Cuando existe pleito pendiente entre dichas partes, genera también el efecto procesal de poner término a esa litis, para lo cual se requiere incorporar la transacción en el proceso mediante la prueba de su celebración, a fin de que el juez pueda decretar el fenecimiento del juicio. Este efecto doble y la circunstancia de que por lo regular se asienta el pacto dentro del litigio en curso, le dan a la transacción la apariencia de un simple acto procesal, pero no lo es en realidad, porque ella se encamina principalmente a disipar la duda y a regular y dar certeza a la relación sustancial que la motiva y porque, en razón de esta finalidad primordial, la ley la considera y trata como una convención y como un modo de extinguir obligaciones, es decir, como una convención liberatoria (arts. 1625 y 2469 C. C.)³¹³.

Además, dado que la transacción extrajudicial (aquella que se realiza previa al proceso judicial) no requiere procedimientos especiales, está exenta de formalidades mayores. Es un acuerdo de voluntades que tan solo requiere el consenso de los involucrados. No es necesaria la intervención de un tercero, las partes llegan al acuerdo por sus propios medios. Es en esencia un perfecto mecanismo de autocomposición con plena validez.

Con base en lo anterior, debe precisarse la aplicación del régimen de la transacción al caso de las controversias sobre actos administrativos contractuales. Al respecto, debe señalarse que se suele afirmar que la situación se basa en que las nulidades de los actos administrativos son asunto de orden público, lo cual significa que son indisponibles para las partes y, por lo tanto, intransigibles, en consecuencia no pudiendo ser objeto de arbitraje o de conciliación. No obstante la aparente contundencia y claridad del argumento, el mismo no puede ser de recibo, como de inmediato pasamos a ver.

313 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 6 de mayo de 1966.

Como ya se expresó, la transacción, según el ordinal 3.º del artículo 1625 del Código Civil es un modo de extinción de las obligaciones, que conforme al artículo 2469 del mismo Código se define como “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”.

En relación con la naturaleza jurídica de la transacción, la doctrina ha llamado la atención sobre el hecho que la transacción no es en realidad un contrato sino una mera convención, un acuerdo, concluyendo que

la transacción es un acto de autonomía privada, destinado, más que a modificar una situación en curso, a precizarla, cuanto lo primero, eliminando el conflicto y la consiguiente incertidumbre. La transacción implica, necesariamente la determinación de dos posiciones encontradas, cada una de las cuales trasformada, modificada, en cuanto hace a la depuración del conflicto. De ahí su naturaleza ciertamente preclusiva³¹⁴.

En cuanto a la materia objeto de transacción, la doctrina ha sido enfática en afirmar que, por tratarse de un acto de autonomía privada y con fundamento en los artículos 2470 y 2471 del Código Civil, “es indispensable que cada uno de los sujetos que transijan dispongan de lo propio, sin limitaciones legales al efecto, y, si obra a nombre ajeno, que cuente con el adecuado poder”. Así mismo, “desde el punto de vista de la materia sobre la cual recae la convención dirimente, esta puede abarcar toda clase de relaciones patrimoniales”³¹⁵. Sumado a lo anterior, como negocio jurídico que es y con fundamento en el artículo 1502 del Código Civil, según lo ya expresado, la transacción debe estar precedida de la capacidad de ejercicio de las partes del negocio y de expresión del consentimiento libre de vicios.

Para resaltar la generalidad de la transacción, se afirma por la doctrina que son materia de transacción toda clase de relaciones patrimoniales. Sin embargo, la misma ley, en concreto, el Código Civil, consagra algunas relaciones que no son susceptibles de ser transigidas, a saber: i. La acción pública o penal derivada de la comisión de un delito (art. 2472);

314 HINESTROSA FORERO. *Tratado de las obligaciones*, cit., pp. 723 y 724.

315 FERNANDO HINESTROSA FORERO. “La transacción”, en *Escritos varios*, Bogotá, Externado, 1983, p. 377.

ii. El estado civil de las personas (art. 2473); iii. Los alimentos futuros sin debida autorización y aprobación judicial (art. 2474); y iv. Los derechos ajenos y los derechos que no existen (art. 2475).

Como puede apreciarse en el listado legal de prohibiciones de transacción por la materia transigida, no aparece una prohibición expresa que impida la transacción de controversias relativas a nulidades de estipulaciones contractuales o nulidades de actos administrativos, por lo cual no puede con validez afirmarse que las nulidades absolutas sean intransigibles y, por tanto, que escapen de la posibilidad de conciliación y del conocimiento de los tribunales de arbitramento. En otras palabras, se puede constatar que en ninguna norma la ley dispone que las disputas relativas a la nulidad de los actos administrativos están excluidas del ámbito de la transacción, comprobación que implica que se trata de una materia objeto de transacción.

Además de la ausencia de expresa prohibición legal, el artículo 2477 del Código Civil, como ya se analizó, dispone que “es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título”, lo cual evidencia que la ley, en vez de prohibirlas, autoriza las transacciones sobre litigios relacionados con la nulidad de actos jurídicos, incluidos los actos administrativos, con la única condición de que en el negocio de transacción las partes se refieran en forma expresa al litigio suscitado sobre la presencia de una nulidad de una estipulación contractual.

En lo que tiene que ver con el artículo 2470 del Código Civil que preceptúa que no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción, norma que ha permitido a algunos afirmar que las nulidades absolutas por tratarse de razones de orden público no son transigibles y por lo tanto escapan del conocimiento de la justicia arbitral, ha considerado con razón la doctrina que

a diferencia de lo que suele alegarse respecto de la indisponibilidad por razones de orden público, ha de interpretarse lo dispuesto en el artículo 2470 del Código Civil [...] en el sentido de que lo allí exigido es que quien transige ha de ser titular de los derechos que se transfieren a la otra parte y tener capacidad para enajenarlos.

Y agrega a lo anterior:

como se anotó, se hace hincapié en que por razones de orden público, sobre las nulidades absolutas las (sic) particulares no tienen disposición. Ya se ha visto que el alcance de la noción de disposición, dentro del marco del contrato de transacción, se refiere a que quien le otorga derechos a su contraparte o renuncia a los suyos, ha de ser titular y ha de tener capacidad para enajenarlos, para que el negocio sea válido. Por ende, esta exigencia legal no constituye tanto un límite material al negocio jurídico de transacción, sino a las partes que en él intervienen, de las cuales se requiere que sean titulares de los derechos que hayan de transferir en todo o en parte a su cocontratante³¹⁶.

Aunque se trate de afirmaciones hechas a propósito de las nulidades contractuales, no cabe duda que ellas también son oponibles a las nulidades de actos administrativos.

Pero además, si el problema es que la legalidad es un asunto de orden público que no es susceptible de ser transigido y, por ello, no pueden ser transigidas las controversias sobre la validez de actos administrativos, tampoco lo serían las controversias sobre la nulidad de los contratos por objeto o causa ilícita. No obstante, como pasamos a exponerlo, la propia ley ha señalado que las nulidades contractuales son arbitrables y así lo han aceptado la jurisprudencia y la doctrina.

En efecto, el artículo 5.º de la Ley 1563 de 2012 señala expresamente que

podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido.

En ese orden de ideas, no es cierto que no sean transigibles las controversias sobre las nulidades contractuales, a pesar de que en virtud de ellas se discuta la aplicación de normas de orden público.

Por consiguiente, como lo señalaban GIL ECHEVERRY³¹⁷ y SUESCÚN MELO³¹⁸, con fundamento en los artículos 20 del Decreto 2651 de 25

316 JORGE SUESCÚN MELO. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2.ª ed., Bogotá, Legis Editores, 2003, pp. 164 y 165.

317 GIL ECHEVERRY. *Régimen arbitral colombiano*, cit., p. 528.

318 SUESCÚN MELO. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, cit.,

de noviembre de 1991³¹⁹ y 116 de la Ley 446 de 1998, la discusión en cuanto a si un tribunal de arbitramento puede pronunciarse sobre la validez o invalidez del contrato materia del litigio ya se encuentra definida por la ley, en el sentido de que los tribunales de arbitramento son competentes para conocer de esta clase de controversias, de tal manera que la misma es de carácter transigible y, por ello, susceptible de ser conciliada. Además, para la doctrina citada, este argumento positivo se refuerza con la idea de que la Constitución Política dispuso que la competencia de los árbitros fuera fijada por la propia ley.

En primer lugar, el artículo 20 del Decreto 2651 de 1991 –adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998 y declarado exequible mediante Sentencia C-592 de 7 de diciembre de 1992³²⁰– disponía que en el laudo se daría aplicación al inciso 3.º del artículo 306157 del Código de Procedimiento Civil. La norma del Estatuto Procesal Civil a la que se hace remisión dispone:

Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.

La aplicación de la norma transcrita a las materias arbitrales resulta otorgando a los tribunales de arbitramento las mismas facultades que tiene el juez ordinario en relación con las nulidades del contrato materia del litigio, permitiéndoles, en consecuencia, ser competentes para declarar nulidades absolutas y relativas, las primeras aún de oficio, a partir de lo cual se puede deducir que las nulidades mencionadas son materia arbitrable.

p. 170 y ss. Este autor hace una lista y comenta once laudos arbitrales en los cuales los tribunales de arbitramento consideraron que eran competentes para declarar la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita de estipulaciones contractuales tanto en contratos privados como en contratos administrativos y estatales.

319 *Diario Oficial*, n.º 40.177, de 25 de noviembre de 1991, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1476662>].

320 M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-592-92.htm>].

En segundo lugar, el párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, que adicionó el artículo 2A al Decreto 2279 de 1989³²¹, dispone que

la cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán cometerse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.

De la lectura de esta norma (que es muy similar al art. 5.º Ley 1563 de 2012) se infiere, sin asomo de duda, que el legislador quiso que el tribunal de arbitramento fuera el juez competente para conocer de toda controversia relativa a la existencia y validez del contrato que contenga cláusula compromisoria, con independencia de la validez de esta. Dado que el legislador habla de invalidez, deben entenderse incluidas dentro de este género de controversias aquellas referentes a nulidad absoluta y relativa de las estipulaciones contractuales, ya que la facultad se aplica a toda clase de nulidades³²².

Además, debe notarse que en las dos normas comentadas el legislador no hizo distinción alguna entre contratos de derecho privado y contratos estatales, como tampoco lo hizo el artículo 5.º de la Ley 1563 de 2012, por lo cual debe entenderse que la competencia que estas normas atribuyen a los tribunales de arbitramento para declarar nulidades absolutas y relativas de estipulaciones contractuales son aplicables a las controversias derivadas de las dos clases de contratos

321 Cit.

322 Sobre el contenido de esta norma ha dicho la doctrina: “Resulta conveniente la aclaración que el artículo 116 de la Ley 446 de 1998 introdujo al Decreto 2279 de 1989, cuando en el párrafo del nuevo artículo 2.º del último estatuto, definió que la cláusula compromisoria es autónoma respecto de la existencia y validez del contrato del que forma parte. Fue afortunada esa nueva disposición, tanto más cuanto que agregó que podrán someterse a arbitramento los procesos en los que se controvierta ‘la existencia y validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente’. En efecto, el nuevo artículo 2.º del Decreto 2279 de 1989 acabó con la discusión acerca de si un tribunal de arbitramento podía ocuparse de definir la eficacia del contrato que contenga la cláusula compromisoria. *Ahora ya no hay duda alguna de que el tribunal de arbitramento podrá pronunciarse sobre estos aspectos, declarando incluso la nulidad o la inexistencia del contrato que contenga la cláusula compromisoria*”. BEJARANO GUZMÁN. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, cit., pp. 399 y 400.

que han de ser dirimidas por tribunales de arbitramento, luego tanto en contratos estatales como en contratos de derecho privado el asunto de las nulidades es de competencia de los árbitros.

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado después de citar el artículo 116 de la Ley 446 de 1998 concluyó:

La norma transcrita, de manera expresa, determinó algunas de las materias sobre las cuales el legislador consideró que se podían pronunciar los Tribunales de Arbitramento; en efecto, estableció que los tribunales de arbitramento pueden conocer procesos en los cuales se debata la existencia y validez del contrato. Así, la ley expresamente faculta a los árbitros para pronunciarse sobre las materias mencionadas.

La disposición no admite inteligencia distinta; no solo porque sus términos son absolutamente claros en el sentido de que “podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato”, sino porque sería un contrasentido consagrar la autonomía de la cláusula compromisoria respecto de la validez del contrato, si no se autorizara, al mismo tiempo, la posibilidad que tienen los tribunales de arbitramento para decidir sobre ella.

Por otra parte, así lo sostuvo la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 116, en estos términos: “el legislador colombiano, siguiendo la senda de la doctrina internacional, ha decidido conferirle un carácter autónomo a la cláusula compromisoria. De esta manera, una decisión del legislador varía –ciertamente, en forma válida– el entendimiento general existente acerca de la relación entre el contrato y la cláusula compromisoria. En consecuencia, por obra de la resolución legislativa, la máxima jurídica que consagra que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal” ya no sería aplicable a la cláusula compromisoria, por cuanto esta ya no tendría un carácter accesorio [...] La acusación del demandante acerca de la irracionalidad de la norma no tiene sustento. *El párrafo acusado persigue que cuando se someta al juicio de los árbitros la decisión acerca de la validez del contrato, el laudo mantenga validez, incluso en los casos en los que el tribunal declara la nulidad o inexistencia del contrato. Con ello se determina que los árbitros continúan siendo competentes para decidir –es decir, se clarifica por parte del legislador quién es el juez de la causa– y se evita dilaciones en la resolución de los conflictos, objetivos que no pueden considerarse irrazonables desde la perspectiva de la lógica de la institución arbitral y de los objetivos por ella perseguidos (Corte Constitucional. Sentencia C-248 de 1999).*

[...]

Luego, si es el legislador quien tiene la potestad para determinar cuáles son las materias que pueden ser objeto de decisión arbitral, y es él quien, en el caso de la validez de los contratos, decide impartir autorización a los tribunales de arbitramento para que se pronuncien sobre su existencia y validez, no hay duda de la competencia que ostentan sobre este aspecto concreto.

Así, nos encontramos, en este caso, frente a una norma especial que, al establecer, de manera expresa, la competencia de los tribunales de arbitramento, debe ser aplicada y respetada.

Adicionalmente, la Sala considera pertinente señalar que la facultad de los tribunales de arbitramento para pronunciarse sobre la validez del contrato ha sido reconocida también en las normas internacionales³²³. (Resaltado fuera del texto).

Por su parte, la doctrina del arbitraje ha dicho:

La teoría sobre la autonomía de la cláusula compromisoria parte de la premisa de que la validez del negocio jurídico no puede afectar la decisión de las partes de resolver sus conflictos originados en dicha relación, mediante mecanismos alternativos. O sea, que uno es el contrato que regula la relación jurídica concausal y otro distinto el contrato para resolver las diferencias que pueden surgir en desarrollo del primero, contratos que son independientes entre sí, aunque finalmente este [sic] esté ligado a aquél por cuanto su aplicación se reduce a las diferencias que surjan respecto al primero de dichos convenios.

[...]

Por último, la mayor muestra de autonomía de la cláusula se percibe en el principio de que *el tribunal arbitral puede decretar la nulidad del contrato, sin que se afecte su competencia*, pues si se considera que el pacto arbitral es independiente del contrato mismo, no se contamina con los vicios que lo afecten³²⁴. (Resaltado fuera del texto).

Una vez decantado el carácter arbitrable de las nulidades absolutas de los contratos y la competencia de los tribunales de arbitramento para declarar nulidades de estipulaciones contractuales, con fundamento en el argumento positivo y procedimental, resulta pertinente hacer notar que el argumento sustancial expuesto atrás, a propósito de los

323 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 14 de agosto de 2003, cit.

324 BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano*, cit. pp. 110 y 111.

actos administrativos, también resulta aplicable a las nulidades de los contratos, lo cual ratifica que no es cierto que en virtud del Código Civil las controversias sobre nulidades de actos administrativos no sean transigibles.

C. La conciliación de los actos administrativos expedidos con ocasión del contrato estatal como fundamento de la arbitrabilidad de las controversias sobre actos administrativos contractuales

1. La conciliación de los actos administrativos contractuales en la Ley 80 de 1993

La conciliación es un medio alternativo de autocomposición, definido por el artículo 1.º del Decreto 1818 de 1998³²⁵ como: “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

De manera análoga, el artículo 2.º del referido decreto definió en términos generales cuáles eran los asuntos que serían objeto de conciliación: “Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley”.

Se advierte entonces que las materias que de acuerdo con la ley pueden ser conciliadas son las mismas, o por lo menos muy cercanas a las que pueden ser sometidas a un tribunal de arbitramento, pues los términos empleados en uno y otro caso son, cuando menos, equivalentes. En materia de contratación estatal, la Ley 80 de 1993 se ocupa de la figura consagrando la conciliación judicial en el parágrafo 1.º del artículo 75³²⁶, y la extrajudicial en el artículo 68. Sin embargo, es impor-

325 Cit.

326 “Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citará a demandantes y demandados para que concurren personalmente o por medio de apoderado a audiencia de conciliación. Dicha audiencia se sujetará a las reglas previstas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y se procurará que se adelante por intermedio de personas diferentes de aquellas que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias”.

tante tener en cuenta que los referidos incisos fueron adicionados al cuerpo normativo con posterioridad a la expedición de la ley, a través del Decreto 1818 de 1998, conocido como Estatuto de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

Para abordar el tema de la conciliación de los actos administrativos expedidos con ocasión de la contratación pública, se debe acudir a otras disposiciones fuera del Estatuto de Contratación, en particular a la Ley 446 de 1998, en la cual el legislador estableció los asuntos sobre los que podía conciliar la Administración Pública:

Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, *sobre conflictos de carácter particular y contenido económico* de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. (Resaltado fuera del texto).

Como se deduce del artículo anterior, en materia de conciliación los límites –que después se extendieron por vía jurisprudencial al arbitramento–, fueron establecidos por el legislador de manera clara y expresa.

El artículo 70 afirma con claridad que solo pueden ser objeto de conciliación los conflictos de carácter particular y de contenido económico que sean de conocimiento por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

2. Al conciliar los efectos económicos, los actos administrativos desaparecen y son reemplazados por el acuerdo

La situación expuesta conduciría a la conclusión de que, en materia de conciliación, a las partes no les es dable discutir los efectos jurídicos de los actos administrativos y, en consecuencia, que este aspecto no es susceptible de transacción o desistimiento, lo que a su vez indicaría que con dificultad podría ser un derecho disponible con libertad en los términos del artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012.

Sin embargo, esta conclusión se derrumba al estudiar con más detenimiento la forma como el legislador reguló el tema de la conciliación de los actos administrativos de contenido particular, toda vez que en el artículo 71 de la Ley 446 de 1998, es decir, en el artículo siguiente a aquel en el cual establece la limitación de la conciliación a los asuntos económicos, dispuso lo siguiente:

Artículo 71. Revocatoria directa. Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, *se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.* (Resaltado fuera del texto).

La lectura simple de este artículo permite advertir un evidente contra sentido, toda vez que al tiempo que afirma que solo se pueden conciliar los efectos económicos del acto administrativo, condiciona esa posibilidad a que respecto del acto se configure alguno de los supuestos del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo –hoy reiterados en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–, para que la Administración pudiera revocar su propio acto. Lo anterior implica que las partes, al momento de decidir la conciliación, contando solo con sus poderes y facultades propios (recuérdese que es un mecanismo de autocomposición), deben realizar un análisis de conveniencia y legalidad del acto administrativo cuestionado, y solo cuando adviertan que este padece alguna de las condiciones de ilegalidad o inconveniencia que se citan a continuación, pueden proceder a decidir sobre sus efectos económicos. Las causales que consagraba el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo para que la Administración pudiera revocar su propio acto, reiteradas en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, son:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona”.

Expuestas así las cosas cabe preguntarse: ¿qué lógica tiene limitar la conciliación a los efectos económicos del acto administrativo, en forma equivalente a como se ha pretendido hacer con el arbitraje y condi-

cionar la posibilidad de conciliación a que en el acto se configuren las fallas jurídicas que darían lugar a que la Administración lo retirara del ordenamiento al advertir su error al expedirlo, lo que es la finalidad de la revocatoria directa, si de todas maneras deja de existir?

Más allá de ese contrasentido que pone en evidencia el hecho de que en el análisis del acto administrativo no se pueden escindir los efectos económicos de los jurídicos para asignarles consecuencias independientes, el artículo 71 genera una inquietud aún más compleja que lleva a concluir que la única interpretación razonable es que los efectos de los actos administrativos particulares, tanto los económicos como los jurídicos, son disponibles por la Administración, al punto que el ordenamiento ha contemplado la revocatoria directa de estos. En concreto, la última parte del artículo 71 de la Ley 446 de 1998 afirma que si se llega a producir la conciliación en los términos antes establecidos, y esta es aprobada, se entenderá que el acto administrativo ha sido revocado y será sustituido por el acuerdo conciliatorio.

No se entiende de qué manera podría producirse esa consecuencia como resultado de un mecanismo de autocomposición donde son las partes, apelando de manera exclusiva a su capacidad jurídica de disposición, las que solucionan el conflicto (sin la intervención de jurisdicción), si no es porque los actos administrativos de contenido particular son disponibles con libertad por la Administración, siempre que se cumpla con los requisitos legales para el efecto.

En relación con el tema de la conciliación de los actos administrativos particulares ha afirmado la jurisprudencia del Consejo de Estado:

La anterior normativa supone dos requisitos: el primero que la conciliación verse sobre los efectos económicos del acto administrativo controvertido ante esta jurisdicción, y el segundo, que las partes afirmen y demuestren que dicho acto se encuentra dentro de una de las causales de revocatoria directa dispuestas en el artículo 69 del C. C. A., es decir, que el acto debe violar disposiciones constitucionales o legales, no estar conforme con el interés público o social o atentar contra él o, cuando se cause un agravio injustificado a una persona. En ese orden, el primer caso obedece a razones de legalidad, el segundo a razones de conveniencia y el tercero a razones de equidad, pero solo en las precisas circunstancias señaladas por la norma.

Un aspecto particular: los límites a la justicia arbitral en las controversias...

Así que, cuando existan altas probabilidades de que el acto administrativo sea anulado por el juez natural en sede judicial, la conciliación resultaría oportuna, conveniente y procedente, porque en estos casos de lograrse un acuerdo conciliatorio y luego de ser aprobado por la jurisdicción contenciosa, se entenderá revocado el acto y retirado del ordenamiento jurídico por ilegalidad del mismo, por amenazar el interés público o social o por causar un agravio injustificado a una persona³²⁷.

De acuerdo con la interpretación jurisprudencial del artículo 71 de la Ley 446 de 1998, aún vigente, solo pueden las partes conciliar sobre los efectos económicos de un acto administrativo.

Sin embargo, para que el acuerdo conciliatorio sea aprobado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y por consiguiente se considere válido, el Consejo de Estado impone dos condiciones: La primera, de creación jurisprudencial, estatuye que la entidad estatal debe estar frente a una alta probabilidad de condena judicial, lo cual se traduciría en que el acto estaría incurso en alguna de las causales de revocatoria contempladas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, reiteradas en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La segunda, que se demuestre que el acto incurre en alguna de dichas causales, es decir, que se pruebe.

En el proceso arbitral, el contratista afectado por la decisión administrativa debe demostrar que esta es injusta para hacerse acreedor a una reparación económica. Pero ¿cómo se demuestra que un acto administrativo es injusto? En principio, probando que este es ilegal o inconveniente, lo que nos conduce, entre otras, a las causales de revocatoria contempladas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo –que como se ha dicho fueron reiteradas en el artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–, porque aunque el demandante no ponga en tela de juicio la legalidad del acto, para reclamar su reparación debe probar la antijuricidad del daño. En otras palabras, debe probar que se le causó un agravio injustificado (num. 3 art. 69 y art. 93 en comentario).

327 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia de 3 de agosto de 2007, C. P.: RAFAEL OSTAU DE LAFONT PIANETA.

Del mismo modo, cuando se alegue que el acto administrativo es contrario al interés general, deberá probarse que en él se incurrió en un vicio de motivación. Como lo ha afirmado el Consejo de Estado, todas las causales de revocatoria, en el fondo, conducen a un juicio de legalidad. Lo anterior sin perjuicio de que se puedan alegar otras razones que permitan concluir que con el acto administrativo se tomó una decisión injusta, toda vez que la ley no limita el tema, como en la conciliación, a las causales taxativas de la revocatoria directa.

Entonces, ¿cuál es la diferencia sustancial entre lo que sucede en el ámbito de la conciliación o del arbitramento y lo que ocurre cuando se revoca un acto por iniciativa de la entidad pública? En últimas, si lo que se debe hacer es demostrar que el acto administrativo es ilegal, o atenta contra el interés público, o causa un agravio injustificado, sea cual sea el camino procedimental por el que se opte según las circunstancias, el ejercicio es el mismo: la propia demostración.

Por consiguiente, en la práctica no es posible valorar en forma separada la formación del acto y su contenido, de sus efectos económicos, porque para sustentar los últimos se debe demostrar que la discusión es procedente toda vez que el acto contiene bien un vicio procedimental, o un contenido ilegal.

Frente a lo anterior surge un interrogante: ¿qué pasa con aquellos actos a través de los cuales se toma una decisión de cualquier naturaleza, que no obstante ser legal tanto en su forma como en su fondo genera un desequilibrio frente a las cargas públicas? Al responderlo téngase en cuenta que el tema bajo estudio se circunscribe a los actos administrativos contractuales, materia en la cual el legislador ya obligó a la entidad pública a recomponer el equilibrio económico del contrato o a indemnizar los perjuicios causados por la decisión. Recuérdese lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993:

De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1.º Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo

Un aspecto particular: los límites a la justicia arbitral en las controversias...

objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley. (Resaltado fuera del texto).

En el mismo orden, como consecuencia de que es inevitable el juicio de legalidad de un acto administrativo contractual siempre que hay controversia sobre sus efectos económicos, el referido artículo 71 de la Ley 446 de 1998 establece que el acuerdo conciliatorio aprobado por el juez reemplaza el acto administrativo cuestionado. Ello necesariamente implica que el acto se entiende revocado en los términos del citado artículo 71.

3. Consecuencia: la competencia integral de los tribunales de arbitramento para conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales

Adicional a lo manifestado en el punto anterior, existen por lo menos tres argumentos en oposición a la postura defendida por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional para afirmar la plena competencia de los tribunales de arbitramento para conocer de los denominados actos administrativos contractuales. Estos argumentos son: a. La asignación de funciones jurisdiccionales a los particulares en condición de árbitros, realizada por el artículo 116 de la Constitución Política; b. La imposibilidad lógica de separar la ejecución contractual y el fundamento de hecho para la expedición de los actos administrativos contractuales; y c. La derogación expresa de las limitaciones, producida en la evolución legislativa del arbitramento.

Como se ha afirmado en forma reiterada en el presente trabajo, la jurisdicción es una función pública monopolizada por el Estado, resultante de una larga evolución en la forma en que las sociedades de las diferentes épocas han solucionado los conflictos. A partir de la autodefensa, pasó por el cerrado monopolio estatal y retornó a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, con un progresivo aumento de la participación de los interesados.

En la actualidad, el Estado es el titular de la función jurisdiccional y es él, al definir su estructura, quien establece qué órganos y en qué asuntos están investidos de jurisdicción. En Colombia esa función pública es atribuida por el artículo 116 de la Constitución, en el cual se hace específica referencia al arbitramento:

La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

[...]

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición [...] de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

De conformidad con lo anterior, la fuente de la jurisdicción que ejercen los jueces en forma permanente es la misma de la que ejercen los árbitros en forma temporal, previa habilitación (para el caso concreto) de las partes. Sobre ese punto particular, afirma GIL ECHEVERRI:

De manera que interpretando integralmente el precepto transcrito, se desprende que la administración de justicia, como regla general, es un servicio a cargo de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción de lo contencioso, pero este servicio público, denominado administración de justicia también puede ser ejercido por los particulares en su condición de árbitros, dentro de los linderos preestablecidos en la ley³²⁸.

328 GIL ECHEVERRY. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, cit., pp. 553 y 554.

Si la fuente de la jurisdicción ejercida por jueces y árbitros es la misma, el tema relativo a si la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la única llamada a conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales no es en estricto sentido un asunto de jurisdicción sino de competencia, y la definición de competencias entre los árbitros y los jueces, como lo dice el artículo en mención, fue diferida a la ley.

Esto conlleva dos consecuencias: una, que no hay limitación constitucional para que los árbitros conozcan de la legalidad de los actos administrativos contractuales; dos, que solo la ley puede limitar los asuntos que en abstracto y en forma previa a la habilitación de las partes pueden conocer los árbitros.

Para desarrollar el argumento es necesario preguntarse si el nuevo Estatuto Arbitral establece alguna limitación para que los árbitros conozcan de la legalidad de los actos administrativos contractuales, distinta de la exigencia de que estos constituyan derechos de libre disposición, asunto que será tratado más adelante. La respuesta a este cuestionamiento está en el referido artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012, según el cual:

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho. (Resaltado fuera del texto).

En la referida disposición se advierte que los tribunales de arbitramento conocen de los efectos económicos de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales, pero queda por establecer si se puede entender que esto constituye un límite para que estudien su legalidad, asunto al que se refiere el segundo de los argumentos enunciados.

Sin embargo, antes de pasar al segundo argumento es necesario llamar la atención sobre el hecho que, de acuerdo con la disposición citada, se tendría que aceptar que respecto de los actos administrativos que se expidan sin mediar facultades excepcionales, existe plena competencia

de los árbitros para definir su legalidad, pues según la Constitución Política solo el legislador puede establecer límites a la competencia de los árbitros y la ley es clara en establecer la limitación de las consecuencias económicas tan solo para los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, lo cual en últimas ratifica la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado³²⁹.

Como segundo argumento se tiene que, si bien el Consejo de Estado en una época afirmó que cuando se presente una controversia en relación con un acto administrativo contractual el tribunal de arbitramento solo se puede pronunciar sobre los efectos económicos de este, dejó la cuestión de la legalidad del acto a la llamada jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que las potestades públicas no son disponibles por las entidades públicas.

Dejando de lado la cuestión de la disponibilidad del poder público, debe advertirse una consecuencia práctica de la posición sostenida por el Consejo de Estado. Esta tiene que ver con que el fundamento de hecho para la expedición de los actos administrativos contractuales no puede ser otro que la realidad contractual y la conducta de las partes en la ejecución de estos, de forma que cuando el tribunal de arbitramento aborde el estudio de los efectos económicos de dichos actos, la discusión se va a centrar en su fundamento fáctico, que a la vez es lo que va a determinar si se mantienen o no sus consecuencias económicas y es también la base para establecer si el uso de la facultad de expedir el acto estuvo ajustada a derecho o no.

Para ilustrar este argumento, resulta útil citar a GIL ECHEVERRI, quien a partir del análisis de un fallo del Consejo de Estado³³⁰ en relación con la posibilidad de que un tribunal de arbitramento conociera de los efectos económicos del acto administrativo por medio del cual se le imponen unas multas a un contratista, hace las siguientes afirmaciones:

329 Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 27 de marzo de 2008, cit.; Sentencia de 10 de junio de 2009, exp. 36.252, cit.; y SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 27 de febrero de 2013, cit.

330 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 12 de noviembre de 1993, cit.

El alto tribunal consideró que sí era obligación del tribunal arbitral pronunciarse sobre la imposición de multas, aunque no se definiera la legalidad misma del acto administrativo, adentrándose en el estudio del cumplimiento o incumplimiento del contrato, para finalmente decidir si, en efecto, las multas tuvieron sustento o no, fallando en consecuencia: si no hubo incumplimiento, el contratista no estaba obligado al pago de las multas; si lo hubo, estaba obligado a pagarlas.

Bien importante resulta la posición del Consejo de Estado, como que redundante en un paso más para sostener la competencia arbitral. Si, en verdad, el acto administrativo de caducidad y la imposición de multas tiene como origen un supuesto incumplimiento del contratista, es evidente la relación causa, efecto entre el acto administrativo y las consecuencias patrimoniales. Luego, si el tribunal tiene competencia para pronunciarse sobre lo patrimonial (multas y perjuicios) es claro, natural, e indispensable que se adelante en el estudio de la causa (el supuesto incumplimiento). De donde se desprende que aunque los árbitros no manifestaren expresamente si el acto administrativo de caducidad tuvo sustento legal, sí lo hacen en forma indirecta, pues lo primero que deben estudiar es si hubo incumplimiento o cumplimiento del contratista. Si encuentran probado lo primero, confirman los efectos patrimoniales (multa); si encuentran probado lo segundo, disponen que no debe pagarse la multa y, además, condenan a la administración al pago de los perjuicios. En conclusión, con el primer pronunciamiento confirman implícitamente la legalidad del acto administrativo; con el segundo lo infirman³³¹.

A lo anterior se puede agregar que la legalidad de un acto administrativo está definida por varios aspectos, cuya ausencia determina cuándo dicho acto está o no viciado de nulidad. El artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo los enumera como causales de procedencia de la acción de nulidad, en los siguientes términos:

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Debe advertirse que cuando se presente alguno de los supuestos consagrados en el artículo transcrito, el acto administrativo, a más de ser ilegal, no puede producir efectos económicos, por ejemplo: afectar las

331 GIL ECHEVERRY. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, cit., pp. 551 y 552.

pólizas de cumplimiento como consecuencia de la declaratoria de la caducidad y otros diversos como la obligación de reparar el daño causado, de forma que si es a esos efectos económicos a los que se limita la competencia de los tribunales de arbitramento, sería imposible referirse a ellos sin analizar y resolver de manera informal, el tema de la legalidad del acto administrativo.

El citado GIL ECHEVERRI expone un argumento de tipo histórico, referido a que las limitaciones legales a la competencia de los árbitros en el tema de los actos administrativos fueron derogadas con la evolución legislativa de la figura:

Un primer sustento viene dado por la evolución legislativa del pacto arbitral en la contratación administrativa, tomando como punto de partida la Ley 4.^a de 1964, artículo 13. Al respecto, la Sala de Consulta del Consejo de Estado, en concepto de fecha 12 de julio de 1972, aceptó la procedencia del arbitraje con la única limitación de que el fallo no podría ser en conciencia. Posteriormente se expidió el Decreto 150 de 1976, en cuyo artículo 66 se dispuso expresamente que el laudo debería ser en derecho y se exceptuó de la materia arbitral lo referente a la cláusula de caducidad y sus efectos. Luego el Decreto 222 de 1983 restringió aún más la materia arbitral respecto a las denominadas cláusulas exorbitantes de la administración, como se estudió con anterioridad. Finalmente, la Ley 80 de 1993, en sus artículos 70 y 71, reguló nuevamente el pacto arbitral, sin limitación alguna, derogando expresamente el Decreto 222; luego es la misma ley la que se ha encargado de delimitar, ampliar o modificar la materia administrativa susceptible de arbitramento, disponiendo expresamente sus límites, como lo manda el artículo 116 de la Constitución³³².

De conformidad con todo lo anterior, se tiene que antes de la expedición de la Ley 1563 de 2012 los árbitros tenían una competencia amplia para pronunciarse respecto de los actos administrativos contractuales, por cuanto no existía en esa época una disposición legal que limitara la facultad de las partes de deferir al conocimiento de los árbitros las controversias derivadas de la expedición de un acto administrativo, bien en sus efectos económicos o en sus fundamentos jurídicos.

Las limitaciones impuestas históricamente por la jurisprudencia en relación con la indisponibilidad de las partes en un contrato estatal,

332 *Ibíd.*, p. 555.

respecto del poder público, que impedian que los árbitros conocieran sobre la validez y legalidad de los actos administrativos contractuales, que tuvo efecto en otros mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación, ocasionan un conflicto lógico, toda vez que con ese argumento se permite la disposición, el acuerdo y pronunciamiento arbitral respecto de los efectos económicos del acto administrativo, pero se prohíbe el análisis de los fundamentos jurídicos que lo dotan de validez, olvidando que el análisis de legalidad es lo que permite solucionar las controversias económicas derivadas de la expedición del acto.

Con la expedición de la Ley 1563 de 2012 se amplió el criterio del que se valió la ley para establecer los límites de la competencia de los árbitros utilizando el concepto jurídico indeterminado de la libre disposición, concepto que debe ser llenado de acuerdo con la realidad material en que se analiza, conforme a los argumentos expuestos es obligado concluir que en él se encuentran incluidos los actos administrativos sin diferenciar en forma alguna sus efectos económicos y fundamentos jurídicos, pues son unos la consecuencia de otros.

Lo anterior se desprende del varias veces citado artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012, donde el legislador aclaró que los tribunales tienen competencia para conocer de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de los contratos estatales, incluidas las consecuencias económicas de aquellos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, sin hacer exclusión alguna de los fundamentos jurídicos a partir de los cuales se determina su validez.

4. Definición de competencias por parte del legislador

De conformidad con lo que se ha venido presentando, en particular en lo relacionado con el artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012 que permite el conocimiento por parte de los árbitros de los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, se debe también introducir en este estudio la Ley 1682 de 2013 ya citada por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades

extraordinarias, que en el artículo 14, literal c, establece: “Tanto los árbitros como los amigables componedores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”.

Queda clara la competencia del panel arbitral para decidir sobre los aspectos económicos de los actos administrativos, restringiéndose, por ahora, la posibilidad de tocar lo atinente a la legalidad de estos. Pero así mismo se puede concluir de manera diáfana que tienen competencia plena frente a cualquier otro tipo de acto que se produzca en desarrollo de la relación contractual con el Estado. Por lo tanto, es una manifestación más de la posibilidad que tienen los árbitros de decidir sobre actos administrativos y de que cualquier restricción obedece a un mandato legal y de ninguna manera a una barrera infranqueable de carácter constitucional, lo cual no le impide al legislador regular la materia a medida que las circunstancias políticas, económicas o sociales lo ameriten.

5. Aplicación de la Ley 1563 de 2012 y 1682 de 2013

Con la aplicación de la Ley 1682 de 2013 artículo 14, obrando de acuerdo con la actual jurisprudencia del Consejo de Estado, se excluyó de la competencia de los árbitros el conocimiento sobre la legalidad de los actos administrativos provenientes de potestades excepcionales. Así las cosas, y siendo consecuente con la postura expresada a lo largo del presente trabajo, se insiste en que: a. Constitucionalmente no existe límite para la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales; b. Es el legislador el que puede establecer estas condiciones; y c. Al hacerlo en la Ley 1563 y 1682 dejó claro que sí son competencia de los árbitros los efectos económicos de los actos administrativos exorbitantes y respecto de los otros tipos de actos administrativos contractuales no existe ninguna restricción frente a su arbitrabilidad.

CONCLUSIONES

Siguiendo el mismo orden utilizado en el plan de trabajo, a continuación se presentan los conceptos conclusivos.

La institución arbitral siempre ha sido reconocida y respetada por el ordenamiento jurídico colombiano, en particular en el ámbito constitucional, inclusive antes de la Carta Política de 1991, cuando a pesar de no contar con una norma expresa que la consagrara a este nivel, su jurisprudencia la consideró ajustada a nuestro sistema jurídico; luego, con su expresión inequívoca en el artículo 116, quedó más que evidente su alto rango normativo.

Frente al arbitraje, no solo debemos quedarnos con su relevancia en el derecho positivo. Es importante ir a su origen: el negocio jurídico, el respeto del acuerdo de voluntades, la autonomía privada para determinar en forma armónica entre dos partes cuándo convenir en un pacto arbitral. Esa autonomía privada para celebrar el negocio jurídico arbitral también se predica de la Administración Pública, porque dentro de los principios de la contratación administrativa se encuentra el de la autonomía de la voluntad como sostén para celebrar contratos, dotarlos de contenido y, por supuesto, definir los mecanismos para solucionar sus controversias.

El principio de la autonomía privada es uno de los pilares fundamentales del arbitraje, puesto que sin él no sería posible habilitar a los particulares para que diriman una controversia en el marco del ámbito de competencia fijado con claridad.

El pacto arbitral es el negocio jurídico genérico en el que se engloban la cláusula compromisoria y el compromiso. La única diferencia real

entre estas dos estipulaciones está en que la primera se pacta para prevenir futuros problemas y el segundo se acuerda para desatar el problema existente. En este entendido, se subraya la manera poco técnica en que el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013 solo se refirió a la cláusula compromisoria y nada dijo del compromiso, pudiendo haber realizado un desarrollo legislativo completo sobre el pacto arbitral. Esta norma es un ejemplo más de los desatinos de nuestros procedimientos legislativos.

El carácter jurisdiccional del arbitraje es otro pilar fundamental. En tal virtud no solo los jueces institucionales pueden administrar justicia, los árbitros también se encuentran investidos de jurisdicción, así sea transitoriamente y por los estrictos cauces legales, entendiendo que el arbitramento y el pacto arbitral hacen parte del derecho de acción, como ejercicio de la facultad que tiene el ciudadano de reclamar ante el Estado que se le administre justicia.

La naturaleza jurídica del arbitraje se entiende referida a la autonomía privada y al carácter jurisdiccional, pues existe claridad sobre la importancia del pacto arbitral como negocio jurídico que da vida al arbitramento, pero sin que allí se agote, teniendo en cuenta que su aporte jurisdiccional, su contenido procesal, su trámite reglado y las consecuencias obligatorias y ejecutables de sus decisiones, así como la responsabilidad de los árbitros equiparable a la de cualquier juez son también necesarias. Para entender en forma integral la figura del arbitramento, es preciso tomar partido por una institución jurídica en la que coexisten tanto el negocio jurídico basado en la autonomía privada como el rito o procedimiento afianzado de manera positiva, con la suficiente fuerza para obligar al acatamiento de sus decisiones.

Para conocer lo objetivamente arbitrable en Colombia se debe verificar: 1. La habilitación que las partes han otorgado a los árbitros mediante el pacto arbitral, pues allí radica la competencia de estos para decidir el asunto; y 2. Si la misma habilitación está enmarcada dentro de los cauces constitucionales y legales consagrados como permisivos para el conocimiento de un panel arbitral.

Conclusiones

De acuerdo con el presente estudio, un árbitro sí tiene competencia para decidir sobre un acto administrativo contractual, pues no existe ningún acto de esta naturaleza sobre el que no pueda ocuparse.

La relación negocial es la que le da contenido al acto administrativo contractual y explica su existencia.

En el desarrollo de un contrato estatal pueden expedirse multiplicidad de actos administrativos, por ejemplo: 1. Los que se refieren al ejercicio de los poderes excepcionales; 2. Aquellos por medio de los cuales se resuelven las peticiones del contratista relacionadas con la ejecución del contrato; 3. Los que imponen multas o declaran el incumplimiento para efectos de cobrar la cláusula penal pecuniaria o las garantías; 4. De liquidación; y 5. Los que expide el representante legal de una entidad estatal para dar por terminado unilateralmente el contrato viciado de nulidad absoluta por las causales 1, 2 y 4 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

Frente a esta gama de posibles actuaciones de la administración, hemos pasado por diferentes etapas tanto legislativas como jurisprudenciales: desde un prohibicionismo absoluto hasta uno con matices, y hoy, por todo lo expuesto, se considera que los árbitros gozan de plenas competencias para decidir en todo tipo de actos administrativos contractuales.

Para probar la tesis del presente trabajo, se desarrolló la línea jurisprudencial sobre la materia, se analizaron las decisiones prohibicionistas de la Corte Constitucional para refutarlas, se revisó el tratamiento legislativo pasando por los conceptos de transigibilidad, libre disposición y conciliación, llegando, inclusive, al 22 de noviembre del 2013 para abarcar la Ley 1682.

De acuerdo con todo lo expresado, es posible afirmar que hoy los tribunales de arbitramento cuentan con plena competencia para conocer de los denominados actos administrativos contractuales. Las razones se concretan así: 1. La asignación constitucional de funciones jurisdiccionales a los particulares en condición de árbitros sin más límites que los que disponga la ley; y 2. La imposibilidad lógica de separar la ejecución

contractual y el fundamento de hecho para la expedición de los actos administrativos contractuales; 3. La derogación expresa de las limitaciones producida en la evolución legislativa, sistemática, entre la Ley 1563 y la Ley 1682, frente a la competencia de los árbitros respecto de los actos administrativos contractuales expedidos con base en facultades excepcionales, ya que se admite la competencia arbitral referida a sus efectos económicos excluyendo un juicio de legalidad sobre estos (recordemos todo lo dicho frente al numeral 2).

BIBLIOGRAFÍA

- AUBY, JEAN MARIE y ROLAND DRAGO. *Traité de contentieux administratif*, t. 1, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence –LGDJ–, 1962.
- BARCHI VELAOCHAGA, LUCIANO. “Algunas consideraciones sobre el convenio arbitral en el Decreto Legislativo n.º 1071”, en CARLOS ALBERTO SOTO COAHUILA (dir.). *Tratado de derecho arbitral*, t. II, Bogotá, Instituto Peruano de Arbitraje, Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.
- BECERRA TORO, RODRIGO. *Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal*, Cali, Cámara de Comercio de Cali, 2013.
- BEJARANO GUZMÁN, RAMIRO. *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales*, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 2011.
- BENAVIDES RUSSI, JOSÉ LUIS. *El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado*, 2.ª ed., Bogotá, Externado, 2004.
- BENETTI SALGAR, JULIO. *El arbitraje en el derecho colombiano*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 2001.
- BERNAL GUTIÉRREZ, RAFAEL. “El arbitraje del Estado: la regulación en América Latina”, *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 1, junio a diciembre de 2004.
- BETANCUR JARAMILLO, CARLOS. *Derecho procesal administrativo*, 7.ª ed., Medellín, Señal Editora, 2009.
- BETTI, EMILIO. *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares, 2008.
- BOUSSARD, SABINE. “Conciliation, Transaction et Arbitrage”, en *Juris-classeur Administratif*, mayo de 2008.
- BUSTILLO BOLADO, ROBERTO. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Elcano, Navarra, Aranzadi, 2001.

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

- CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. II, Buenos Aires, Heliasta, 1992.
- CAIVANO, ROQUE JERÓNIMO. *Arbitraje*, 2.^a ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- CAIVANO, ROQUE JERÓNIMO. *La cláusula arbitral*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.
- CALAMANDREI, PIERO. *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.
- CALAMANDREI, PIERO. “El concepto de *litis* en el pensamiento de F. Carnelutti”, SANTIAGO SENTÍS MELENDO (trad.), en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1945.
- CÁRDENAS MEJÍA, JUAN PABLO. “La evolución del arbitraje en materia estatal”, en MANUEL ALBERTO RESTREPO MEDINA (ed.), *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Sistema de derecho procesal civil*, vol. I, Introducción y función del proceso civil, NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO y SANTIAGO SENTÍS MELENDO (trads.), Buenos Aires, Uteha, 1944.
- CORFICOLOMBIANA. “IED: Motor de la revaluación”, en *Informe Anual 2011*, Bogotá, 2011.
- COUTURE, EDUARDO. *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958.
- CHAPUS, RENÉ. *Droit du contentieux administratif*, 4.^a ed., Paris, Montchrestien, 1993.
- CHEMÁS JARAMILLO, JORGE EDUARDO. “Restricciones al acceso a la justicia arbitral en contratos estatales”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 1, 2008.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE. “Curso de derecho procesal civil”, en *Clásicos del derecho procesal*, vol. 4, México D. F., Harla, 1997.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, ANA MARÍA. *Los principios procesales en el arbitraje*, Barcelona, Bosch, 2000.
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985.
- DEBBASCH, CHARLES. *Contentieux administrative*, 3.^a ed., Paris, Dalloz, 1981.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. *Nociones generales de derecho procesal civil*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 2009.

Bibliografía

- DOS REIS, JOSÉ ALBERTO. *Processo ordinário e sumário*, t. I, 2.^a ed., Coimbra, Editora Coimbra, 1928.
- EXPÓSITO VÉLEZ, JUAN CARLOS. *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español*, Bogotá, Externado, 2003.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L. y HEBE M. LEONARDI DE HERBÓN. *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS. "Reflexiones en torno a la autonomía de la voluntad", en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, t. I, Bogotá, Externado, 2003.
- FLUME, WERNER. *El negocio jurídico*, Madrid, Fondo Cultural del Notariado, 1998.
- GALINDO VÁCHA, JUAN CARLOS. *Lecciones de derecho procesal administrativo*, vol. 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*, t. I, 14.^a ed., Madrid, Civitas, 2011.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. *Introducción al estudio del derecho*, 37.^a ed., Bogotá, Esquilo, 2003.
- GARCÍA PÉREZ, MARTA. *Arbitraje y derecho administrativo*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2010.
- GASPAR LERA, SILVIA. *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Pamplona, Aranzandi, 1998.
- GAVIRIA GUTIÉRREZ, ENRIQUE. "Algunos aspectos del arbitramento", en *Temas de derecho procesal (civil y comercial)*, II Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1980.
- GIL ECHEVERRI, JORGE HERNÁN. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*, 3.^a ed., Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004.
- GIL ECHEVERRI, JORGE HERNÁN. *Régimen arbitral colombiano*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- GOLDSCHMIDT, JAMES. *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Editorial Labor, 1936.
- HENAO RESTREPO, DARÍO. *Grandes temas del derecho comercial*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1993.

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

- HINESTROSA FORERO, FERNANDO. “El contrato frente al Código de Comercio”, *Revista Foro de Derecho Mercantil*, n.º 23, abril-junio de 2009.
- HINESTROSA FORERO, FERNANDO. “La transacción”, en *Escritos varios*, Bogotá, Externado, 1983.
- HINESTROSA FORERO, FERNANDO. *Tratado de las obligaciones*, t. I, Concepto, estructura, vicisitudes, Bogotá, Externado, 2001.
- HUERGO LORA, ALEJANDRO. *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Bolonia, Publicación del Real Colegio de España, 2000.
- IBAGÓN IBAGÓN, MÓNICA LILIANA. *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de los poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*, Bogotá, Externado, 2012.
- JARAMILLO JARAMILLO, CARLOS IGNACIO. “La transacción en el derecho colombiano”, en MARCELA CASTRO CIFUENTES (coord.). *Derecho de obligaciones*, vol. 2, t. II, Bogotá, Temis y Universidad de los Andes, 2010.
- LARROUMET, CHRISTIAN. *Teoría general del contrato*, t. I, Bogotá, Temis, 1993.
- LICHÈRE, FRANÇOIS; BORIS MARTOR, GILLES PEDINI y SÉBASTIEN THOUVENOT. *Pratique des partenariats public-privé*, 2.ª ed., Paris, Lexis Nexis Litec, 2009.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, t. I, Parte General, 9.ª ed., Bogotá, Dupré Editores, 2005.
- LÓPEZ SANTAMARÍA, JORGE. “Auge y deterioro de la libertad contractual”, en *Estudios de derecho civil*, obligaciones y contratos, t. II, Bogotá, Externado, 2003.
- MENDOZA RAMÍREZ, ÁLVARO. “La arbitrabilidad objetiva”, en EDUARDO SILVA ROMERO y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA (coords.). *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis y Universidad del Rosario, 2005.
- MEREMINSKAYA, ELINA. “Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía”, en JUAN ENRIQUE VARGAS VIANCOS y FRANCISCO JAVIER GORJÓN GÓMEZ. *Arbitraje y mediación en las Américas*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Universidad Autónoma de Nuevo León, 2006, disponible en [<https://es.calameo.com/read/001052864f54dc6c3b4ff>].
- MOLINA, CARLOS MARIO. “Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia”, en EDUARDO SILVA ROMERO y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA (coords.). *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis y Universidad del Rosario, 2005.

Bibliografía

- MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Arbitraje comercial, nacional e internacional*, 3.^a ed., Bogotá, Librería del Profesional, 2011.
- MONROY GÁLVEZ, JUAN. *Introducción al proceso civil*, t. I, Bogotá, Temis, 1996.
- MORALES MOLINA, HERNANDO. *Curso de derecho procesal civil*, Parte general, 4.^a ed., Bogotá, Lerner, 1960.
- OPPETIT, BRUNO. *Teoría del arbitraje*, Bogotá, Legis y Universidad del Rosario, 2006.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7.^a ed., Bogotá, Temis, 2009.
- OVALLE FAVELA, JOSÉ. *Teoría general del proceso*, 5.^a ed., México, Oxford, 2001.
- PÁJARO MORENO, NICOLÁS. *Autonomía privada y constitucionalización del derecho privado*, Bogotá, Externado, 2006.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La actividad unilateral y formalizada de la administración. El procedimiento y los actos administrativos", *Manual de derecho administrativo*, 3.^a ed., Barcelona, Ariel, 1994.
- PATRIKIOS, APOSTOLOS. *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence -LGDJ-, 1997.
- QUINTERO, BEATRIZ y EUGENIO PRIETO. *Teoría general del proceso*, 4.^a ed., Bogotá, Temis, 2008.
- RIVERA, JULIO CÉSAR. "El arbitraje en Argentina", *Revista de Derecho Comparado*, n.º 11, 2005.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo general y colombiano*, 18.^a ed., Bogotá, Temis, 2013.
- SALCEDO CASTRO, MYRIAM. *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004.
- SALCEDO CASTRO, MYRIAM. "La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las partes para concluir contratos de arbitraje", en EDUARDO SILVA ROMERO y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA (coords.). *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis y Universidad del Rosario, 2005.
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Acto administrativo, 4.^a ed., Bogotá, Externado, 2003.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Contencioso Administrativo, Bogotá, Externado, 2004.

SOTO COAGUILA, CARLOS ALBERTO. “El convenio arbitral en la Ley Peruana de Arbitraje 2008”, en *Tratado de derecho arbitral*, t. II, Bogotá, Instituto Peruano de Arbitraje, Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, 2012.

SUESCÚN MELO, JORGE. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 2.^a ed., Bogotá, Legis Editores, 2003.

VÉSCOVI, ENRIQUE. *Teoría general del proceso*, 2.^a ed., Bogotá, Temis, 1999.

VENEGAS GRAU, MARÍA. *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía de la voluntad*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Marcial Pons, 2004.

VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho administrativo*, 13.^a ed., Bogotá, Legis, 2008.

VON BÜLOW, OSKAR. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Acto Legislativo colombiano 3 de 19 de diciembre de 2002, *Diario Oficial*, n.º 45.040, de 20 de diciembre de 2002, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Acto/1825680>].

Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América, Capítulo 21, Solución de controversias, disponible en [<http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727>].

Código Civil chileno, también conocido como Código Andrés Bello, de 14 de diciembre de 1855, disponible en [http://ipra-cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILENO.pdf].

Código Civil colombiano, Ley 84 de 26 de mayo de 1873, *Diario Oficial*, n.º 2.867, de 31 de mayo de 1873, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1827111>].

Code civil français, version consolidée au août 2018, disponible en [<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>].

Código Civil francés de 1804, disponible en [https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1966/13751/.../Code_41.pdf].

Bibliografía

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley n.º 26.994, promulgado según Decreto 1795/2014, disponible en [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf].

Código de Comercio de Colombia, Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, *Diario Oficial*, n.º 33.339, de 16 de junio de 1971, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1833376>].

Código de Procedimiento Civil chileno, Ley n.º 1552, de 28 de agosto de 1902, disponible en [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740>].

Code de procédure civile français, dernière modification: 01/01/2018, Institut Français d'Information Juridique, disponible en [http://codes.droit.org/CodV3/procedure_civile.pdf].

Código Orgánico de Tribunales chileno, Ley n.º 7421, de 15 de junio de 1943, disponible en [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>].

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley n.º 17.454, disponible en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>].

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Procedimientos administrativos y solución de controversias, disponible en [<http://www.comunidadandina.org/SolControversias.aspx?fr=99>].

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL – CNUDMI–. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, Viena, CNUDMI, 2008, disponible en [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf].

CONSEIL D'ETAT, Francia, Section des Travaux Publics. Avis n.º 339.710, Rapporteur: DANIEL LABETOULLE, Assemblée générale du 6 mars 1986.

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de 15 de julio de 2013, expediente 21.847, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 18 de abril de 2013, expediente 17.859, C. P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 27 de febrero de 2013, expediente 20.521, C. P.: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 13 de febrero de 2013, expediente 24.612, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 29 de noviembre de 2012, expediente 39.332, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 42.497, C. P.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 17 de noviembre de 2011, expediente 40.415, C. P.: HERNÁN ANDRADE RINCÓN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 6 de septiembre de 2011, expediente 39.982, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 14 de abril de 2010, expediente 36.054, C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 17 de marzo de 2010, expediente 36.537, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de 10 de diciembre de 2009, expediente 37.522, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 23 de septiembre de 2009, expediente 36.806, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 10 de junio de 2009, expediente 36.252, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 10 de junio de 2009, expediente 35.288, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de 26 de marzo de 2009, expediente 34.882, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 1.º de diciembre de 2008, expediente 35.827, C. P.: ENRIQUE GIL BOTERO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 34.302, C. P.: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 27 de marzo de 2008, expediente 36.644, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

Bibliografía

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia de 3 de agosto de 2007, C. P.: RAFAEL OSTAU DE LAFONT PIANETA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 27 de febrero de 2007, expediente 2005-0549, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871, C. P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de 7 de diciembre de 2005, expediente 29.235, C. P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 10 de marzo de 2005, expediente 27.946, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 11 de marzo de 2004, expediente 25.021, C. P.: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de 14 de agosto de 2003, expediente 24.344, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 1.º de agosto de 2002, expediente 21.041, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 4 de julio de 2002, expediente 19.333, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 7 de septiembre de 2000, expediente 12.856, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Salvamento de voto de RICARDO HOYOS DUQUE a Consejo de Estado. Sentencia de 8 de junio de 2000, expediente 16.973, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 8 de junio de 2000, expediente 16.973, C. P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 23 de febrero de 2000, expediente 16.394, C. P.: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 16 de julio de 1998, expediente 12.023, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 6 de febrero de 1998, expediente 11.477, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 6 de noviembre de 1997, expediente 7.903, C. P.: RICARDO HOYOS DUQUE.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 16 de junio de 1997, expediente 10.882, C. P.: JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Salvamento de voto de CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA a Consejo de Estado. Sentencia de 18 de julio de 1995, expediente 11.078, C. P.: JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 18 de julio de 1995, expediente 11.078, C. P.: JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 12 de noviembre de 1993, expediente 7.809, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Auto de 30 de agosto de 1993, expediente 8.215, C. P.: DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 4 de agosto de 1992, expediente 6.643, C. P.: DIEGO YOUNES MORENO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de 29 de mayo de 1992, expediente 1.759, C. P.: DIEGO YOUNES MORENO.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 15 de mayo de 1992, expediente 5.326, C. P.: DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 2 de noviembre de 1977, expediente 2.356, C. P.: JORGE VALENCIA ARANGO.

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto de 12 de julio de 1972, radicación 656, C. P.: LUIS CARLOS SÁCHICA.

Constitución de la Nación Argentina, Ley n.º 24.430, sancionada el 15 de diciembre de 1994, promulgada el 3 de enero de 1995, disponible en [<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>].

Constitución Política de la República de Colombia de 1886, disponible en [<http://americo.usal.es/oir/legislatina/normasyreglamentos/constituciones/colombia1886.pdf>].

Bibliografía

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013, M. P.: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-258-13.htm>].

Sentencia C-330 de 9 de mayo de 2012, M. P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-330-12.htm>].

Sentencia T-511 de 30 de junio de 2011, M. P.: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/T-511-11.htm>].

Sentencia T-500 de 29 de junio de 2011, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-500-11.htm>].

Sentencia C-014 de 20 de enero de 2010, M. P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-014-10.htm>].

Sentencia T-058 de 2 de febrero de 2009, M. P.: JAIME ARAÚJO RENTERÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-058-09.htm>].

Sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm>].

Sentencia SU-174 de 14 de marzo de 2007, M. P.: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/SU174-07.htm>].

Sentencia T-017 de 20 de enero de 2005, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-017-05.htm>].

Sentencia C-037 de 28 de enero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-037-03.htm>].

Sentencia C-1038 de 28 de noviembre de 2002, M. P.: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1038-02.htm>].

Sentencia C-1213 de 21 de noviembre de 2001, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1213-01.htm>].

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

Sentencia C-098 de 31 de enero de 2001, M. P.: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-098-01.htm>].

Sentencia C-060 de 24 de enero de 2001, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-060-01.htm>].

Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1436-00.htm>].

Sentencia C-1140 de 30 de agosto de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1140-00.htm>].

Sentencia C-330 de 22 de marzo de 2000, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-330-00.htm>].

Sentencia C-248 de 21 de abril de 1999, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-248-99.htm>].

Sentencia C-242 de 20 de mayo de 1997, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-242-97.htm>].

Sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-154-97.htm>].

Sentencia C-397 de 7 de septiembre de 1995, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-397-95.htm>].

Sentencia C-294 de 6 de julio de 1995, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-294-95.htm>].

Sentencia C-230 de 25 de mayo de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-230-95.htm>].

Sentencia C-592 de 7 de diciembre de 1992, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-592-92.htm>].

CORTE CONSTITUCIONAL *et ál. Constitución Política de Colombia 1991, Actualizada con los actos legislativos a 2016*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2016, dis-

Bibliografía

ponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA:

SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 19 de mayo de 2011, expediente 11001-22-03-000-2011-00412-01, M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 1.º de julio de 2009, expediente 11001-31-03-039-2000-00310-01, M. P.: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 13 de junio de 1996, M. P.: PEDRO LAFONT PIANETTA.

SALA PLENA. Sentencia de 28 de julio de 1977, M. P.: EUSTORGIO SARRIA.

SALA PLENA. Sentencia de 26 de agosto de 1976, M. P.: GUILLERMO GONZÁLEZ CHARRRY.

SALA PLENA. Sentencia de 21 de marzo de 1971, M. P.: PEDRO ESCOBAR TRUJILLO.

SALA PLENA. Sentencia de 26 de mayo de 1969, M. P.: LUIS SARMIENTO BUITRAGO.

SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 13 de septiembre de 1968, M. P.: FERNANDO HINESTROSA FORERO.

SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 6 de mayo de 1966.

SALA DE CASACIÓN CIVIL. Sentencia de 14 de diciembre de 1954, M. P.: JOSÉ J. GÓMEZ.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala Civil. Sentencia de 18 de febrero de 2009, M. P.: MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ, Ref: Proceso ordinario de ILVA MARÍA PEÑA LEMUS y otros contra Servicios Aéreos a Territorios Nacionales –Satena–.

Decreto colombiano 2158 de 24 de junio de 1948, *Diario Oficial*, n.º 26.773, de 31 de julio de 1948, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1871227>].

Decreto colombiano 3130 de 26 de diciembre de 1968, *Diario Oficial*, n.º 32.678, de 17 de enero de 1969, disponible en [<http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=2763>]

Decreto colombiano 1670 de 18 de agosto de 1975, *Diario Oficial*, n.º 34.388, de 29 de agosto de 1975.

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

- Decreto colombiano 150 de 27 de enero de 1976, *Diario Oficial*, n.º 34.492, de 18 de febrero de 1976, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1708308>].
- Decreto colombiano 222 de 2 de febrero de 1983, *Diario Oficial*, n.º 36.189, de 9 de febrero de 1983, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1049915>].
- Decreto 1 de 2 de enero de 1984, *Diario Oficial*, n.º 36.439, de 10 de enero de 1984, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1698916>].
- Decreto colombiano 2279 de 7 de octubre de 1989, *Diario Oficial*, n.º 39.012, de 7 de octubre de 1989, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1764297>].
- Decreto colombiano 2591 de 19 de noviembre de 1991, *Diario Oficial*, n.º 40.165, de 19 de noviembre de 1991, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1470723>].
- Decreto colombiano 2651 de 25 de noviembre de 1991, *Diario Oficial*, n.º 40.177, de 25 de noviembre de 1991, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1476662>].
- Decreto colombiano 1818 de 7 de septiembre de 1998, *Diario Oficial*, n.º 43.380, de 7 de septiembre de 1998, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1831140>].
- Decreto Legislativo peruano n.º 1067 de 28 de junio de 2008, *Diario Oficial El Peruano*, 28 de junio de 2008, disponible en [<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01067.pdf>].
- Decreto Legislativo peruano n.º 1070 de 28 de junio de 2008, *Diario Oficial El Peruano*, 28 de junio de 2008, disponible en [<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01070.pdf>].
- Decreto Legislativo peruano 1071 de 31 de agosto de 2008, *Diario Oficial El Peruano*, 28 de junio de 2008, disponible en [<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01071.pdf>].
- Decreto Ley peruano n.º 26.572, de 20 de diciembre de 1995, *Diario Oficial El Peruano*, 5 de enero de 1996, disponible en [<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26572.pdf>].
- Decreto Ley n.º 1017 de 31 de diciembre de 2008, disponible en [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_per_dl1017.pdf].

Bibliografía

- Ley argentina n.º 13.064 de 6 de octubre de 1947, Ley Nacional de Obras Públicas, sancionada el 29 de septiembre de 1947, promulgada el 13 de octubre de 1947, disponible en [http://www.feliperodriguez.com.ar/wp-content/uploads/2013/02/LEY_NACIONAL_DE_OBRAS_PÚBLICAS1.pdf].
- Ley chilena de Concesiones de Obras Públicas, Decreto 900 de 31 de octubre de 1996, disponible en [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=16121>].
- Ley chilena n.º 19.971 de 29 de septiembre de 2004, disponible en [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=230697>].
- Ley colombiana Ley 153 de 24 de agosto de 1887, *Diario Oficial*, n.º 7.151, de 28 de agosto de 1887, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1792950>].
- Ley colombiana 105 de 24 de diciembre de 1890, *Diario Oficial*, n.º 8.296, de 7 de enero de 1891, disponible en [*Diario Oficial*, n.º 8.296, de 7 de enero de 1891, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1641028>].
- Ley colombiana 105 de 17 de octubre de 1931, *Diario Oficial*, n.º 21.823, de 24 de octubre de 1931, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1639321>].
- Ley colombiana 2.ª de 25 de febrero de 1938, *Diario Oficial*, n.º 23.727, de 12 de marzo de 1938, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1786193>].
- Ley colombiana 4.ª de 30 de septiembre de 1964, *Diario Oficial*, n.º 31.481, de 6 de octubre de 1964, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1559149>].
- Ley colombiana 23 de 21 de marzo de 1991, *Diario Oficial*, n.º 39.752, de 21 de marzo de 1991, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1579595>].
- Ley colombiana 80 de 28 de octubre de 1993, *Diario Oficial*, n.º 41.094, de 28 de octubre de 1993, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1790106>].
- Ley colombiana Ley 142 de 11 de julio de 1994, *Diario Oficial*, n.º 41.433, de 11 de julio de 1994, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30019356>].
- Ley colombiana 182 de 20 de enero de 1995, *Diario Oficial*, n.º 41.681, de 20 de enero de 1995, disponible en [<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1793938>].

Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales

- Ley colombiana 270 de 7 de marzo de 1996, *Diario Oficial*, n.º 42.745, de 15 de marzo de 1996, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1657238>].
- Ley colombiana 446 de 7 de julio de 1998, *Diario Oficial*, n.º 43.335, de 8 de julio de 1998, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1660326>].
- Ley colombiana 527 de 18 de agosto de 1999, *Diario Oficial*, n.º 43.673, de 21 de agosto de 1999, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1662013>].
- Ley colombiana 546 de 23 de diciembre de 1999, *Diario Oficial*, n.º 43.827, de 23 de diciembre de 1999, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1662325>].
- Ley colombiana 640 de 5 de enero de 2001, *Diario Oficial*, n.º 44.282, de 5 de enero de 2001, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1665202>].
- Ley colombiana 712 de 5 de diciembre de 2001, *Diario Oficial*, n.º 44.640, de 8 de diciembre de 2001, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1666813>].
- Ley colombiana 734 de 5 de febrero de 2002, *Diario Oficial*, n.º 44.708, de 13 de febrero de 2002, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1667339>].
- Ley colombiana 820 de 10 de julio de 2003, *Diario Oficial*, n.º 45.244, de 10 de julio de 2003, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1669010>].
- Ley colombiana 1098 de 8 de noviembre de 2006, *Diario Oficial*, n.º 46.446, de 8 de noviembre de 2006, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1673639>].
- Ley colombiana 1210 de 14 de julio de 2008, *Diario Oficial*, n.º 47.050, de 14 de julio de 2008, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1675597>].
- Ley colombiana 1285 de 22 de enero de 2009, *Diario Oficial*, n.º 47.240, de 22 de enero de 2009, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1676808>].

Bibliografía

- Ley colombiana 1437 de 18 de enero de 2011, *Diario Oficial*, n.º 47.956, de 18 de enero de 2011, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1680117>].
- Ley colombiana 1563 de 12 de julio de 2012, *Diario Oficial*, n.º 48.489, de 12 de julio de 2012, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1683448>].
- Ley colombiana 1564 de 12 de julio de 2012, *Diario Oficial*, n.º 48.489, de 12 de julio de 2012, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1683572>].
- Ley colombiana 1682 de 22 de noviembre de 2013, *Diario Oficial*, n.º 48.982, de 22 de noviembre de 2013, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1686323>].
- Ley colombiana 1882 de 15 de enero de 2018, *Diario Oficial*, n.º 50.477, de 15 de enero de 2018, disponible en [<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30034454>].
- Ley peruana 26.850 de 9 de julio de 1997, *Diario Oficial El Peruano*, año xv, n.º 6.246, 3 de agosto de 1997, disponible en [<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/26850.pdf>].
- Proyecto de Ley n.º 18 de 26 de julio 2011, Senado, *Gaceta del Congreso*, n.º 542, de 29 de julio de 2011, disponible en [http://servoaspr.imprensa.gov.co/gacetap/gaceta.pdf?v_numero=542&v_anog=2011].

EL AUTOR

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con Especialización en Gestión de Entidades Territoriales, Especialización en Derecho Administrativo, Maestría en Gobierno Municipal y Doctorado en Derecho, todos de la misma casa de estudios.

Es Secretario General de la Federación Nacional de Departamentos, ha sido Procurador Judicial II Administrativo de la Procuraduría General de la Nación, Abogado consultor y litigante, Asesor del Despacho del Alcalde Mayor de Bogotá, Jefe Oficina Jurídica de Invias, Asesor del Despacho del Contralor General de la República.

Docente de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano, la Universidad Manuela Beltrán, la Universidad Externado de Colombia, la Universidad de la Amazonía, la Universidad Antonio Nariño.



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en agosto de 2018

Se compuso en caracteres Cambria de 12 y 9 pts.

Bogotá, Colombia