

**EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS ESTATALES
FRENTE A LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA NACIONAL
Y COMPARADA**

MYRIAM JANNETH SILVA PABÓN

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
CHÍA, 2003**

**EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS ESTATALES
FRENTE A LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA NACIONAL
Y COMPARADA**

MYRIAM JANNETH SILVA PABÓN

**TRABAJO DE GRADO
PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADA**

**DIRECTOR-ASESOR
Dr. HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS
CHÍA, 2003**

EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS ESTATALES FRENTE A LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN	1
2. CONCEPTO Y ASPECTOS GENERALES DEL ARBITRAJE	4
2.1. CLASES DE ARBITRAJE SEGÚN EL PROCEDIMIENTO	4
2.1.1. Arbitraje Independiente	6
2.1.2. Arbitraje Institucional	7
2.1.3. Arbitraje Legal	8
2.1.4. Arbitraje en Derecho	8
2.1.5. Arbitraje en Conciencia	8
2.1.6. Arbitraje Técnico	9
2.1.7. Arbitraje Interno y Arbitraje Internacional	9
2.1.8. Arbitraje Voluntario y Obligatorio	10
2.2. EL PACTO ARBITRAL	11
2.3. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL	13
3. ARBITRAJE EN MATERIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	15
3.1. NOCIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES	15
3.1.1. Contratos de la Administración Sometidos a Derecho Privado	15
3.1.2. Dualidad de los Contratos Estatales y Cláusula de Caducidad	16
3.1.3. Definición de Contratos Administrativos y Contratos con Carácter Administrativo	17
3.1.4. Unificación de los Contratos en Contratos Estatales	17
3.1.4.1. Acto Administrativo	18

3.1.4.2. Clases de Actos Administrativos	18
3.1.4.3. Unificación del Régimen de Contratación	18
3.1.4.4. Definición del Contrato Administrativo	18
3.1.4.5. Arbitraje en Contratación Estatal	19
3.2. PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	19
3.2.1. Fundamentos de los Principios de Contratación Estatal	19
3.2.2. Principio de Transparencia	20
3.2.3. Principio de Economía	22
3.2.4. Principio de Responsabilidad	23
3.2.5. Principio del Equilibrio Económico	29
3.2.6. El Principio de Reciprocidad y Tratamiento de Ofertas Nacionales.	33
3.2.7. El Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada	35
3.2.8. El Principio de la Interpretación de las Reglas Contractuales	37
3.2.8.1. Los Mandatos de la Buena Fe	37
3.2.8.2. Los Mandatos de Igualdad y Equilibrio de los Contratos Conmutativos	39
3.3. ELEMENTOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	40
3.3.1. Entidades con Capacidad para Contratar	40
3.3.2. Funcionarios con Competencia para Celebrar Contratos	42
3.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	43
3.4.1. Limitación de la Libertad de las Partes	43
3.4.2. Desigualdad Jurídica de las Partes	43
3.4.3. Subordinación Jurídica	43
3.4.4. Mutabilidad	44
3.4.5. Flexibilidad del Contrato Administrativo	44
3.4.6. Extensión de los Efectos del Contrato	44
3.5. FUNDAMENTOS LEGALES DEL CONTRATO ESTATAL	45
3.5.1. Constitución	45
3.5.2. Legislación	45
3.6. NULIDAD Y CONTROL DE LEGALIDAD DEL CONTRATO	47
3.7. NOCIÓN DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	48
3.7.1. Cláusula Arbitral en el Contrato Estatal	48
3.7.1. El Procedimiento Arbitral en la Contratación	

Administrativa	50
3.7.2. Ejecutoriedad del Laudo Arbitral	50
3.7.3. Juicios Ejecutivos en Contratación Estatal	50
3.7.4. Fallo en Conciencia	51
3.8. DESARROLLO DEL ARBITRAMENTO EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	51
3.8.1. Duración del Arbitraje Contencioso Administrativo	53
3.8.2. Competencia de los Arbitros Frente a Ciertos Actos Administrativos	53
3.8.3. Clases de Arbitraje Aplicadas a la Contratación Administrativa	53
3.8.3.1. Laudo en Derecho y Laudo en Conciencia	55
3.9. CAUSALES DE NULIDAD EN EL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN ESTATAL Y EL RECURSO DE REVISIÓN	55
3.9.1. Recurso de Nulidad	55
3.9.1.1. Causales de Anulación de la Ley 80 de 1993	57
3.9.1.2. Controversia sobre Causales Especiales para la Contratación Estatal	57
3.9.2. Recurso de Revisión	61
3.10. FUNDAMENTOS LEGALES DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	61
3.10.1. Antecedentes Históricos	61
3.10.2. Régimen Actual	65
3.11. LA LEY 80 Y EL ARBITRAJE	70
3.11.1. Entidades Públicas que Pueden Acudir al Arbitraje	70
3.11.2. Capacidad de las Entidades Públicas para Acudir al Arbitraje	70
3.11.3. Cláusula Arbitral	72
3.11.4. Limitaciones de los Arbitros en Litigios sobre Contratos Administrativos	72
3.11.5. Duración del Proceso Arbitral	75
3.12. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN ESTATAL	76
3.12.1. Jurisprudencia del Consejo de Estado	76
3.12.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional	89

3.12.3. Posiciones Jurisprudenciales del Arbitraje y la Legalidad de los Actos Administrativos	107
3.12.3.1. Posición de la Corte Constitucional	114
3.12.3.2. Posición de la Corte Suprema de Justicia	119
3.12.3.3. Posición del Consejo de Estado	120
3.12.4. Posiciones Encontradas del Arbitraje en la Contratación Administrativa	126
3.12.4.1. El Arbitro no es Competente para Juzgar Actos Administrativos	126
3.12.4.2. El Juez Arbitral si es Competente para Juzgar Actos Administrativos	138
4. ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS ESTATALES EN EL DERECHO COMPARADO	143
4.1. FUENTES INTERNACIONALES	143
4.1.1. Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras: Nueva York el 10 de junio de 1958	143
4.1.2. Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional Panamá 1975	143
4.1.3. Reglamento de la CNUDMI (1976)	144
4.1.4. Convención Interamericana Sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo de 5 de agosto de 1979	144
4.1.5. Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias MERCOSUR, Brasilia, 17 de diciembre de 1991	144
4.1.6. Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio (Nafta)	145
4.1.7. La Corte Permanente de Arbitraje de la Haya	145
4.1.7.1. Capacidades de la Corte	145
4.2. POSICIONES DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN ESTATAL EN EL MUNDO	147
4.2.1. Económica, Neoliberal o Liberal	147
4.2.2. Conservadora	148
4.3. DERECHO COMPARADO DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN ESTATAL EN EL ÁMBITO INTERNO DE ALGUNOS PAÍSES	148

4.3.1. En España	148
4.3.1.1. Ley Española de Arbitraje de 1988	148
4.3.1.2. Regulación Española de los Contratos Públicos	152
4.3.1.3. El Arbitraje en Contratación Estatal en España	159
4.3.2. En Francia	160
4.3.2.1. Regulación del Contrato Administrativo	160
4.3.2.2. Arbitraje en Contratación Estatal	164
4.3.3. En Rusia	164
4.3.3.1. Fundamento Legal del Arbitraje en Contratación Estatal	164
4.3.3.2. Arbitraje en Contratación Estatal en Rusia	165
4.3.4. En México	165
4.3.4.1. Fundamentos Legales del Arbitraje	165
4.3.4.2. Arbitraje en Contratación Estatal	166
4.4. ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO INTERNO COLOMBIANO	166
4.4.1. Fundamentos Legales	166
4.4.2. Desarrollos Jurisprudenciales del Arbitraje Internacional en el Ambito Interno Colombiano	168
4.5. REALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA Y SU COMPARACIÓN CON OTROS PAÍSES	174
4.5.1. Comparación con Otros Países	179
4.5.2. Propuesta para Proyecto de Ley en Materia de Arbitraje en Contratación Estatal	179
CONCLUSIONES	181
GLOSARIO	182
RESÚMEN	183
SUMMARY	184
BIBLIOGRAFÍA	185

1. INTRODUCCIÓN

Teniendo en cuenta que los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, como el arbitraje cada día han ido adquiriendo más importancia, en razón de la congestión de la justicia ordinaria y la contenciosa administrativa, considero que el presente trabajo de grado es de utilidad para quienes quieren consultar los aspectos básicos del arbitraje en la contratación estatal.

Se busca que la información aquí plasmada facilite la comprensión del arbitraje como Método Alternativo de Solución de Conflictos, y su correcta aplicación, y en especial el Arbitraje en materia de contratación estatal.

Por lo anterior el presente trabajo de grado surgió a partir de la observación de la realidad, en razón de que en materia de arbitraje la legislación y la jurisprudencia colombianas, establecen prerrogativas especiales al Estado cuando es parte de un contrato celebrado con un particular, sea nacional o de origen extranjero. Existe además una posición conservadora donde se protege el interés público por encima de la seguridad jurídica de las transacciones contractuales. Se observa sobre este punto que no se está garantizando la efectividad de los pactos arbitrales en la contratación con el Estado, que existe una jurisprudencia contradictoria en la materia y no hay una legislación clara. Los anteriores son unos de los factores que no permiten que el inversionista extranjero sienta seguridad de contratar y hacer un pacto arbitral con el Estado colombiano.

El anterior problema es una situación que nos aleja de la tendencia actual de la globalización o internacionalización, y nos impide el real desarrollo económico del país.

Y surge el problema jurídico de si ¿ha sido la legislación y la jurisprudencia colombiana en materia de arbitraje eficiente para permitir la seguridad jurídica necesaria al inversionista extranjero que quiere contratar y pactar una cláusula arbitral con el Estado colombiano ?.

Los antecedentes sobre este asunto en la legislación colombiana establecían que no era permitido el arbitraje para solucionar conflictos relacionados con la contratación estatal, luego la ley 4 de 1964 permite la utilización de este Método de Solución de Conflictos, y hoy en día le ley 80 de 1993 y el decreto 1818 /98 lo permite pero tiene tantos obstáculos, que se utiliza cada vez menos, por no prestar seguridad al inversionista extranjero y por el temor de utilizarlo por parte de las entidades públicas.

El trabajo persigue los objetivos de analizar la eficacia de la legislación y la jurisprudencia en materia de arbitraje en la contratación estatal frente a los requerimientos del inversionista extranjero para la práctica adecuada de la contratación y comparar con la legislación de algunos países referente a el mismo tema.

Este trabajo es de gran importancia porque permite analizar cuál es la legislación vigente en el arbitraje en contratación estatal, cuales son las principales jurisprudencias en el tema, y cual es su aplicación efectiva como método para resolver conflictos.

Los alcances del presente trabajo se concentran en la legislación y la más sobresaliente jurisprudencia nacional en materia de arbitraje en contratación estatal, en la legislación y en ámbito interno de España, Francia, México y Rusia sobre la misma materia, como países más representativos que tratan el arbitraje en cada uno de los sistemas jurídicos del mundo.

Este trabajo de grado se limita a la legislación de arbitraje en Colombia, a su más significativa jurisprudencia y a la comparación con la legislación de cuatro países sobresalientes en cada uno de los sistemas jurídicos del mundo que se refieren al arbitraje en contratación estatal.

Desde luego, este trabajo también tiene una utilidad práctica para la autora, puesto que le permite cumplir con el requisito formal que la Universidad exige para optar al grado de abogada.

La estructuración del presente trabajo y el cumplimiento de su objetivo, se logró con la valiosa ayuda del director asesor, el doctor Hernando Sánchez Sánchez.

Para el presente proyecto se utilizaron fuentes del Derecho como: legislación y jurisprudencia sobresaliente en materia de arbitraje en Colombia, doctrina, legislaciones de arbitraje de España, Francia, México y Rusia, el proyecto de la nueva ley de arbitraje colombiano, así como ponencias de conferencistas expertos en el tema, en foros y charlas.

El trabajo se desarrolló siguiendo la metodología diseñada para la investigación jurídica por el doctor Jaime Giraldo Ángel, determinando hacia que se dirigen los fallos de diferentes autoridades judiciales en el país en el tema del arbitraje en contratación estatal, y el método cualitativo, con el que se determinará cual es la realidad del problema que se plantea por medio de observar los diferentes campos en que se desarrolla el arbitraje en contratación estatal, el aporte de expertos en el tema y además determinar el impacto que produce el presente tema en la sociedad.

Esta investigación es fundamentalmente un estudio exploratorio, el cual se espera sirva de base de estudios de mayor profundidad.

El documento contiene aspectos básicos del arbitraje y luego se detiene en el Arbitraje en contratación estatal y algunos aspectos de su tratamiento en la actualidad.

2. CONCEPTO Y ASPECTOS GENERALES DEL ARBITRAJE

El arbitraje como Mecanismo Alternativo de Solución de conflictos ha sido definido por la Ley 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 (...)”¹.

La jurisprudencia lo ha definido como:

“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”. Adicionalmente, la doctrina constitucional lo ha definido: “...como aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del Estado, en ejercicio de una competencia atribuida por éste y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, definen el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada”².

2.1. CLASES DE ARBITRAJE SEGÚN EL PROCEDIMIENTO

El Decreto 1818 de 1998 en su artículo 116 señala las clases de arbitraje a seguir de conformidad con el procedimiento de la siguiente manera:

“El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes. (Artículo 112 de la Ley 446 de 1998, que modifica el Artículo 90 de la Ley 23 de 1991)”.

¹ COLOMBIA. DECRETO 1818 DE 1998. Artículo 115. Fuente: Código Contencioso Administrativo. Editorial Legis.

²COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 1997. Magistrado ponente: doctor Hernando Herrera Vergara. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1997.

De la lectura del artículo anterior se puede deducir que: con base en el principio rector de la autonomía de la voluntad de las partes y el procedimiento que se adelanta en los centros de arbitraje, las partes tienen la facultad de escoger entre un arbitraje independiente, institucional o Legal.

La autonomía de la voluntad de las partes es el principio rector que otorga la facultad a los particulares de ser los protagonistas en la resolución de sus conflictos:

“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”³.

La jurisprudencia colombiana así lo contempla en las siguientes sentencias:

“Se mantiene invariable el principio constitucional consagrado en el inciso 4º. del Artículo 116, según el cual, hacen parte del debido proceso de los procesos de conciliación y arbitramento el principio de voluntariedad de las partes en su funcionamiento y en la decisión final tratándose del primero de los mismos, en los términos que determine la ley”⁴.

“La realización de funciones jurisdiccionales por los árbitros requiere por exigencia constitucional de la habilitación por las partes en conflicto para que puedan proferir , en cada caso en concreto , los fallos en derecho o en equidad en los términos legalmente establecidos lo que indica que para que sea procedente la utilización e este mecanismo en la misión esencial de administrar justicia por particulares investidos transitoriamente de dicha facultad, se requiere indefectiblemente del consentimiento o la habilitación por parte de aquellos que han optado por someter sus conflictos a la decisión arbitral. Debe darse a través de un acuerdo interpartes de escoger el mecanismo del arbitramento como el instrumento adecuado y competente para resolver sus diferencias, a causa de la espontánea y libre voluntad de someterse al proceso arbitral, a cambio del conocimiento de las mismas por la jurisdicción ordinaria (...) el mandato de la Constitución Política, según el cual son las partes las únicas que pueden investir

³ COLOMBIA. DECRETO 1818 . Artículo 117 . Fuente: Código Contencioso Administrativo. Editorial Legis.

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-592. Fuente: CD Room Corte Constitucional.

transitoriamente y en cada caso específico a los particulares, a fin de que sirvan de árbitros para que decidan en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley (...) en cada evento específico someterse a la decisión de un tribunal de arbitramento, a fin de que éste dirima el respectivo conflicto, en desarrollo del ejercicio espontáneo de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, para que los particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en su calidad de árbitros habilitados por las partes, profieran sus fallos en derecho o en equidad, en los términos señalados por la ley”⁵.

“(...) toda persona tiene derecho a ser juzgada ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, lo cual permite concluir que, en situaciones donde los particulares no acordaron procedimiento especial que los regule, le corresponde al legislador fijar las normas procesales de cada juicio, lo que incluye el proceso arbitral”⁶.

2.1.1. Arbitraje Independiente. También llamado ad hoc; es aquel en el que las partes en desarrollo de su autonomía, al escoger como se llevará a cabo su arbitraje, podrá diseñar libremente las reglas o parámetros del procedimiento arbitral que le dará solución a su conflicto.

Así, las partes pueden libremente diseñar todas las normas procesales que consideren pertinentes y adecuadas para el mejor desempeño del proceso arbitral que acomodado a sus necesidades resolverá el conflicto en cuestión.

Es importante anotar que el arbitraje independiente, si bien, las partes son libres para diseñar las reglas procesales que regirán en el proceso arbitral que conocerá el conflicto para el que ha sido diseñado, dicha libertad no es absoluta y se ve limitada por los principios de igualdad de las partes y el debido proceso.

La libertad procesal que ejercen las partes en las normas procesales que ellas mismas disponen, se encuentran en armonía con el artículo 13 de la Ley 270 de 1996 que dispone que en el arbitraje las leyes

⁵COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL . Sentencia C-242 de 1997. Magistrado Ponente: doctor Hernando Herrera Vergara. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1997.

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 1999. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1999.

especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de lo que los particulares puedan acordar. Lo que permite afirmar que en materia de procedimiento arbitral lo que disponen las partes, será de aplicación preferencial frente a lo consagrado por las leyes que reglamentan materias especiales.

La flexibilidad con que cuentan las partes en el procedimiento arbitral que ellas escojan puede ser total o parcial. Total, cuando ellas reglamenten con detalle, cada uno de los actos procesales. Parcial, cuando las partes sólo fijan unas normas procedimentales y residualmente entra a operar la ley en lo que las partes guardaron silencio.

2.1.2. Arbitraje Institucional. El arbitraje es institucional, cuando las partes en ejercicio de su libre voluntad, no diseñan unas reglas de procedimiento y se someten a las reglas que para tal efecto tiene el Centro de Arbitraje para llevar a cabo el mismo.

Hay que tener en cuenta que cuando las partes deciden acogerse a las reglas de procedimiento de un Centro de Arbitraje, dicho Centro debe acoger en su reglamento, como mínimo lo consagrado por el artículo 125 del Decreto 1818 de 1998 que dice:

“Todo Centro de Arbitraje tendrá su propio reglamento, que deberá contener:

1. Manera de hacer las listas de árbitros con vigencia no superior a dos años, requisitos que debe reunir, causas de exclusión, trámites de inscripción y forma de hacer su designación.
2. Lista de secretarios con vigencia no superior a dos años, y forma de hacer su designación (punto que se quiere excluir en el proyecto de reforma de la Ley de Arbitraje).
3. Tarifas de honorarios para árbitros y secretarios, aprobadas por el Ministerio de Justicia, de obligatoria aplicación para el arbitraje institucional.
4. Tarifas para gastos administrativos
5. Normas administrativas aplicables al Centro
6. Funciones del Secretario
7. Forma de designar el director del Centro, sus funciones y facultades (Artículo 93 Ley 23 de 1991)”.

Si el reglamento no cumple con éstos requisitos , se entenderá que el arbitraje que se ejerce es legal.

2.1.3. Arbitraje Legal. Es aquel en el cual las partes expresamente han decidido acogerse a él, o que, residualmente por silencio de las mismas , entra a operar por no haberse remitido a un procedimiento específico. El arbitraje legal , como su nombre lo indica, está reglado por las normas vigentes.

2.1.4. Arbitraje en Derecho. Es aquel en el que los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente (Artículo 115 del Decreto 1818 de 1998).

2.1.5. Arbitraje en Conciencia. Depende de la decisión de las partes que debe ser expresa.

Como aproximación al tema se puede citar el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 que dice:

“El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad”.

Por otro lado el Artículo 38 del Código de Procedimiento Civil señala:

“Poderes de ordenación e instrucción. El juez tendrá los siguientes poderes de ordenación e instrucción: 1º. Resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza”.

Siendo los árbitros jueces transitorios, deben fallar en conciencia cuando las partes lo indican así en su pacto arbitral, que supone obviamente materia transigible y además está autorizado por la ley que el fallo puede ser en equidad.

La desatención de los árbitros a la modalidad dispuesta por las partes es una causal de anulación del laudo arbitral.

Para Gilberto Peña Castrillón⁷ fallar en equidad o en conciencia significa:

“Fallar en conciencia, no es fallar arbitrariamente, ni razonar al margen de nuestro ordenamiento jurídico, así la expresión tengamos que contraponerla a los fallos en derecho”.

El mismo autor recomienda tener en cuenta unas características de lo que significa fallar en conciencia, y expresa que es necesario partir de pruebas y que se deben respetar las reglas del debido proceso.

2.1.6. Arbitraje Técnico. Para Rafael H. Gamboa⁸ al arbitraje técnico es:

“El que debe ser fundado en los conocimientos especiales de una ciencia o un arte; si el derecho es una ciencia, el laudo en derecho es también, y siempre debe serlo, un arbitramento técnico y ello no debe ser motivo de alarma”.

“Es de intuir, que cuando se mencionó arbitramento técnico se hizo por oposición al arbitramento en derecho o en conciencia, para referirlo simplemente a aquellas situaciones en donde han de prevalecer criterios relacionados con procedimientos y recursos de una ciencia o arte diferentes al derecho: si una máquina está bien o mal construida, constituye asunto que escapa a los conocimientos especiales del Derecho. No es más. ...”.

A esta modalidad de arbitramento se acude cuando la disputa no tiene contenido jurídico sino cuando el reparo es sobre un determinado aspecto que solo opiniones de especialistas en determinada materia pueden dirimir, caso en el cual será necesario que los árbitros posean especiales conocimientos sobre el asunto de que versará la decisión.

2.1.7. Arbitraje Interno y Arbitraje Internacional. El arbitraje interno o doméstico es el que se realiza dentro del país, de conformidad con las normas legales colombianas.

⁷ PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. “ El Arbitraje mercantil en conciencia y la Amigable Composición”. Las transformaciones del Derecho Mercantil Moderno. Autores varios. Dike, Medellín, 1988. Pág. 391.

⁸ GAMBOA SERRANO, Rafael H. El Proceso Arbitral en Colombia. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 1992. Pág. 39.

El arbitraje internacional es el que difieren las partes a un centro de arbitraje internacional.

El arbitraje internacional se rige en todas sus partes por las normas de la Ley 315 de 1996 (hoy con el Decreto 1818 de 1998) y en lo particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia.

Sin embargo, las partes pueden, libremente, determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros deben resolver el litigio.

También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la convocatoria, la constitución, tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero (Art. 197 del Decreto 1818 de 1998; Art. 2.1. Ley 315 e 1996).

2.1.8. Arbitraje Voluntario y Obligatorio. Atiende al origen del arbitraje. En el voluntario su origen depende de las partes que estipulan el pacto arbitral.

El obligatorio puede originarse en la ley o en el testamento.

El arbitramento con origen testamentario ha tenido desarrollo jurisprudencial en países como España, que reconoce la facultad del testador de otorgar a los albaceas el carácter de amigables componedores o de árbitros. Entre nosotros no tendría ningún problema una disposición testamentaria en tal sentido, e incluso podría darse aún existiendo legitimarios, si las diferencias ocurren con relación a la cuarta de mejoras o a la libre disposición.

El arbitraje obligatorio originado en la ley ocurre cuando la normatividad que reglamenta una materia, dispone que los conflictos que se susciten entre las partes, tengan que ser dirimidos por árbitros.

2.2. EL PACTO ARBITRAL (CLAÚSULA COMPROMISORIA O COMPROMISO)

El Pacto Arbitral es el acuerdo contractual por medio del cual las partes deciden someter sus diferencias existentes o futuras a la decisión de árbitros. Si el litigio no existe, el pacto se denomina cláusula compromisoria, si es actual, será un compromiso.

Martínez Neira⁹ establece:

“El Pacto Arbitral es un acto jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que constituye la expresión de la voluntad de los contratantes destinada a producir efecto jurídico: otorgar una jurisdicción especial a los árbitros para que diriman en derecho o en conciencia las controversias presentes o futuras que puedan vincularlos”.

“El pacto arbitral es todo un contrato, al cual debe aplicarse en pleno la teoría del negocio jurídico. Para que exista pacto arbitral deberán concurrir todos los elementos propios del negocio jurídico, a saber: capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitos”.

Así tenemos que las modalidades de pacto arbitral, son el compromiso y la cláusula compromisoria.

El pacto arbitral, como generador del arbitraje es un contrato bilateral y recíproco y como tal sometido a la dinámica de las disposiciones que protegen el cumplimiento de las obligaciones.

El Artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 establece:

“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”.

“La cláusula compromisoria, conocida también como contrato preliminar de arbitraje, o simplemente como pacto previo de arbitraje, consiste en un pactum de compromittendo, en virtud del cual, las partes, previendo futuras diferencias que entre ellas puedan surgir, en una determinada situación

⁹ MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. “El Arbitraje Mercantil en Derecho”. Las transformaciones del derecho mercantil moderno. Autores varios. Dike, Medellín, 1988. Pág. 343.

jurídica que va a emprender o que vienen ejecutando, disponen de un arbitraje para dirimirlas. Esta cláusula suele insertarse, como accesorio en contratos que se celebran y vinculan a las partes. El propósito fundamental es sustraer a priori los eventuales conflictos que surjan entre las partes del conocimiento de la justicia ordinaria y como tal opera como excepción de incompetencia de jurisdicción. Según la convención de New York es aquel “acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias que puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje ¹⁰”.

En la legislación colombiana, recogida en el Decreto 1818 de 1998, se tiene la siguiente definición de cláusula compromisoria:

“Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en un documento anexo, a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal arbitral”.

En otras legislaciones como la española, la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje pueda llevarse a término y en particular a la designación de árbitros y a la determinación del tema controvertido, pero queda pendiente la formalización de un compromiso, que incluso se puede pedir al juez que lo concrete judicialmente.

La jurisprudencia española en su concepción más clásica, concebía la naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria como un precontrato, es decir, un contrato preparatorio para celebrar en el futuro el contrato de compromiso. Hoy en día la evolución jurisprudencial abandona la concepción clásica del precontrato para llegar a considerar la cláusula compromisoria como un contrato completo, sometido a condición suspensiva y que agota todos sus efectos como contrato pleno.

El compromiso, o *pactum cum promittere*, es un contrato por el cual, las partes estipulan, que un asunto controvertido que se ha presentado

¹⁰ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. “Naturaleza y efectos del Pacto Arbitral”. Foro del Jurista, Métodos Alternativos de solución de Conflictos. Revista N°23. Cámara de comercio de Medellín, 2002. Pág. 84.

entre ellas, sea dirimido por un arbitraje, con el propósito de sustraerlo de la justicia ordinaria. Corresponde a la pieza inicial y determinante del arbitraje y se ubica dentro de los contratos de eliminación de incertidumbre y punto de partida de la jurisdicción pactada, cuando no ha habido un trato preliminar de arbitraje.

Según la Convención de New York es:

“aquel acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias que hayan surgido entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje¹¹”.

En el mencionado Decreto 1818 de 1998, se trae la siguiente definición de compromiso:

“El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, telex, fax u otro medio semejante”.

2.3. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

En Colombia a partir de la Ley 446 de 1998 el procedimiento arbitral se divide en dos:

1. Trámite prearbitral¹²: empieza con la presentación de la solicitud de convocatoria que se dirige al Centro de Arbitraje, requiriendo la integración de un tribunal de arbitramento con fundamento en el

¹¹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. CD Room Curso de Secretarios de Tribunal de Arbitramento. 2002.

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1038 de 2002, Corte Constitucional. Magistrado Ponente: doctor Eduardo Montealegre. Fuente: CD Room Corte Constitucional 2002: “Por razones de seguridad jurídica, la Corte precisa que esta decisión de inexecutable sigue la regla general, y tiene efectos sólo hacia el futuro, y por ello no afecta los procesos de arbitramento que ya hayan superado esta fase prearbitral. Sin embargo, esta Corporación aclara que aunque este fallo no tiene proyección hacia el pasado, sus efectos son inmediatos, y por ello debe aplicarse a los procesos arbitrales que no hayan superado esa fase prearbitral. Además, es claro que esta decisión no impide el desarrollo de nuevos procesos arbitrales, pues se entiende que las partes procederán directamente a la convocación del respectivo tribunal, con el apoyo material y logístico, cuando sea necesario, de los centros de arbitramento”.

convenio establecido en el pacto arbitral (compromiso y/o cláusula compromisoria) y termina con la entrega formal del expediente, por parte del director del Centro a los árbitros cuando se procede a instalar el Tribunal, donde los árbitros continuarán con el desarrollo del trámite arbitral.

2. Trámite arbitral propiamente dicho: empieza con la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, luego continúa con otras audiencias donde se desarrollan las etapas normales de un proceso, luego se realiza la audiencia de laudo, y así continúa hasta la ejecutoria del laudo arbitral.

3. ARBITRAJE EN MATERIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

3.1. NOCIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

El estudio de la evolución histórica de la contratación administrativa en Colombia es de gran importancia porque a partir de una época determinada, entre nosotros a comienzo del año 1964, la jurisprudencia y la doctrina empezaron a discutir sobre si se admite o no que la administración pueda celebrar contratos sometidos a un régimen especial (contratos administrativos) y contratos regidos según las normas de derecho privado (contratos privados de la administración). En los primeros, la administración utilizaría en su favor privilegios que desbordan las cláusulas usuales entre los particulares, con arreglo a un régimen de derecho administrativo. En los segundos, la administración contrataría en un pie de igualdad con los particulares y con arreglo a los estatutos que rigen las relaciones entre éstos.

Los tratadistas de derecho administrativo están de acuerdo en sostener que esa polémica surgió a partir del momento en que el decreto 528 de 1964 consagró la repartición de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa en materia contractual, asignándole a la primera el conocimiento de las controversias derivadas de los contratos privados de la administración y a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia de los conflictos derivados de los denominados contratos administrativos.

Por lo anterior en la evolución histórica de la contratación estatal podemos encontrar las siguientes etapas:

3.1.1. Contratos de la Administración Sometidos a Derecho Privado.- Primera etapa.- Comienza a partir de la Constitución Política de 1886 y culmina en el año 1964. Durante este período todos los contratos celebrados por la administración se regían por el derecho privado y eran sometidos a la jurisdicción ordinaria.

3.1.2. Dualidad de los Contratos Estatales y Cláusula de Caducidad.- Segunda etapa.- Inicia con la expedición del decreto 528 de 1964 y se extiende hasta el año 1983. Se distingue porque en el citado decreto se establece la dualidad de los contratos estatales, en contratos privados de la administración y contratos administrativos, en la que éstos son sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa; pero no se define legalmente qué son los contratos administrativos, vacío legal que permitió que fuera la jurisprudencia del Consejo de Estado la que precisara qué son contratos administrativos, para efecto de establecer si las controversias originadas eran sometidas a la jurisdicción contencioso administrativa o a la jurisdicción ordinaria. Efectivamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado se encargó de señalar a la cláusula de caducidad como factor determinante de tal distinción, en el sentido de que si en el contrato celebrado por la administración se pactó dicha cláusula, entonces, se estaría ante un contrato administrativo. Pero no todas las veces el Consejo de Estado acogió el criterio de la cláusula de caducidad, sino también señaló el criterio finalista como factor determinante en los contratos administrativos, de acuerdo con el cual un contrato es administrativo cuando con él se persigue la prestación de un servicio público como el contrato de obra y de concesión de servicios públicos.

Con relación a esta etapa, cabe resaltar que en el año de 1975 se produjo un cambio de mentalidad, pues, el legislador mediante la ley 28 de 1974. confirió al ejecutivo facultades extraordinarias para dictar normas en materia de contratos, con el fin de establecer un régimen armónico y global sobre la materia. Con fundamentos en esas facultades, el gobierno expidió el decreto – ley 1670 de 1975, que constituyó en la práctica el primer estatuto contractual de la administración y con el cual se manifiesta una clara tendencia a transformar la legislación del tema de los contratos. No obstante, este decreto – ley fue derogado en su totalidad por el decreto – ley 150 de 1976, que modificó algunos aspectos del anterior y reprodujo muchos otros, cuyo mérito mayor fue sin duda el de lograr compilar toda la dispersa legislación anterior en un solo estatuto pero se continuo aplicando en Colombia el criterio jurisprudencial del Consejo de Estado como diferenciador de los contratos administrativos.

3.1.3. Definición de Contratos Administrativos y Contratos con Carácter Administrativo.- Tercera etapa.- Empezó con la expedición del decreto – ley 222 de 1983 y culmina con la promulgación de la ley 80 de 1993. Se destaca porque se estableció en el mencionado Decreto – Ley un criterio de definición de contratos administrativos, cual fue el criterio legal. Es decir, se estableció en la ley un listado de contratos que tendrían carácter de administrativos y, en consecuencia, serían sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa. Los demás, serían de derecho privado y de competencia de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, hay que tener en cuenta dos variantes: en primer lugar, el decreto 222 no reguló íntegramente la materia sino que sólo se ocupó de los contratos mencionados en el artículo 80; en segundo término, se creó una modalidad un tanto contradictoria llamada “contratos privados con cláusulas de caducidad”, que a pesar de ser privados se les aplicaban las cláusulas exorbitantes y la jurisdicción competente era la contencioso administrativa en caso de controversia.

3.1.4. Unificación de los Contratos en Contratos Estatales.- Cuarta etapa.- Parece que con la promulgación de la ley 80 de 1993 se acaba la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, pues, se unifican en una sola categoría: contratos estatales, cuya jurisdicción competente en los casos de controversia es una sola: la contencioso administrativa.

Hoy por hoy, a la luz de la ley 80, la jurisdicción competente en caso de controversias siempre va a ser una: la contencioso administrativa, sea que jurisprudencialmente se haga o no la diferenciación en contratos privados y contratos administrativos. Los criterios jurisprudenciales y doctrinarios que surjan sobre el tema tendrán un simple alcance teórico y limitado.

Por disposición legal de los artículos 82 y 83 del Código Contencioso administrativo, la función administrativa se cumple mediante actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones.

3.1.4.1. Acto Administrativo.- Por acto administrativo debe entenderse la manifestación de voluntad de quien cumple la función administrativa con el propósito de producir efectos jurídicos.

3.1.4.2. Clases de Contratos Administrativos.- Los actos administrativos son de varias clases, según los distintos elementos que los constituyen. Se considera que los contratos están comprendidos en los actos bilaterales.

3.1.4.3. Unificación del Régimen de Contratación.- Con respecto a ellos es preciso advertir que por mandato de la constitución, corresponde al Congreso, por medio de las leyes, unificar el régimen de la contratación pública y en especial el de la administración nacional.

Este mandato redundaba en beneficio de la función administrativa en cuanto facilita el conocimiento de la normatividad relativa a los contratos y por ende a su observancia, dado que con anterioridad a la ley 80 de 1993 la proliferación de estatutos locales reguladores de la función de contratar dificultaba su cumplimiento.

3.1.4.4. Definición de Contrato Administrativo.- Según el artículo 32 de la ley 80 de 1993, contrato es todo acto jurídico generador de obligaciones, celebrado por las entidades comprendidas en el artículo 1 de dicha ley.

Respecto a la ley 80 de 1993 si se toma literal y exegéticamente la definición dada, bien podrían quedar comprendidos en tal noción la ley, la ordenanza, el acuerdo o un acto administrativo cualquiera, en la medida que tales decisiones son actos jurídicos que crean obligaciones.

Deberá entenderse, entonces que los actos a que se refiere la norma, son los bilaterales que surgen del acuerdo de voluntades, en los cuales ambas partes tienen derechos y obligaciones recíprocos, de acuerdo con la correlatividad necesaria que por lo general existe en todo contrato.

3.1.4.5. Arbitraje en Contratación Estatal.- En el campo de lo Contencioso Administrativo no tiene la legislación nacional una regulación independiente o autónoma, en el sentido de propia para el arbitraje.

No obstante, sí se pueden encontrar disposiciones, que reglamentan en forma particular, algunos aspectos que separan o pudieran separar, el arbitraje en lo contencioso (en la contratación estatal, conforme a la Ley 80 de 1993 o en servicios públicos la Ley 143 de 1994; o inclusive relaciones extracontractuales entre la administración y los particulares) del que se emplea en otros sectores, como el comercial.

3.2. PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

3.2.1. Fundamentos de los Principios de Contratación Estatal.- La función administrativa se desarrolla concretamente mediante la expedición de actos administrativos y la celebración de contratos estatales. La Constitución Política de 1991 elevó a rango constitucional y como regla general, que la función administrativa debe ejercerse sobre unos principios, como son la igualdad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad¹³.

Por su parte, la ley 80 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución Política, consideró que la contratación estatal debe ser presidida por unos principios, que si bien es cierto se encontraban de alguna manera establecidos en otras disposiciones, como en el Código Contencioso Administrativo en relación con las actuaciones administrativas, no lo es menos que requieren de un desarrollo concreto y específico en materia de contratación para que no queden como simples postulados sin aplicación práctica. En esta

¹³ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 209. Bogotá. Editorial Panamericana. Segunda Edición. 1993. P. 98.

medida, podemos decir que los principios rectores de la Contratación Estatal constituyen las reglas o parámetros en los cuales se inspiró el legislador para desarrollar el nuevo estatuto contractual.

3.2.2. Principio de la Transparencia.- Principalmente, este principio preside la escogencia o selección del contratista, con el fin de garantizar que sea objetiva e imparcial, aun en los casos de contratación directa.

En virtud de este principio el nuevo estatuto contractual establece las siguientes reglas:

1. La escogencia de contratista se efectuará a través de procedimientos reglados, específicamente mediante licitación pública o concurso, según el caso. La contratación directa constituye la excepción, que procederá en los casos previstos en los literales del numeral 1 del artículo 24 de la ley 80 y en los términos preestablecidos en el decreto reglamentario 855 de 1994.

2. La escogencia del contratista, aun en los casos de contratación directa, será objetiva, esto es, se hará teniendo en cuenta los siguientes factores en integridad y no sólo alguno de ellos: cumplimiento, experiencia, organización y equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos sin que implique consideración alguna del más bajo precio o menor plazo ofrecido. Estos factores deberán estar contenidos en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato si se trata de contratación directa.

3. A las autoridades le será prohibido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el estatuto.

4. A las autoridades deberán ejercer sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley y por consiguiente no actuarán con desviación de poder. Así, por ejemplo, cuando se acude a la contratación directa sea con el fin de garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y no para beneficiar al mejor amigo o eludir los procedimientos reglados; de igual manera,

cuando se ejercen las cláusulas excepcionales sea para el cumplimiento del objeto contractual y no para desconocer los derechos del contratista. En todo caso, para el cumplimiento de la citada regla de transparencia se debe tener presente el artículo 3 de la ley 80, según el cual al celebrar los contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades estatales lo que buscan es la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas.

5. En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalarán las reglas de adjudicación.

6. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración de contratos estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.

7. Se deberán motivar, excepto los de trámite, los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, especialmente al acto de adjudicación, el acto por el cual se declara desierta y el acto que contenga los informes de evaluación. Esto se explica por cuanto estos tres actos constituyen la espina dorsal del procedimiento licitatorio y concurso.

8. Las autoridades deberán efectuar la licitación pública y concurso, conforme a las reglas previstas en el artículo 30 de la ley 80.

9. La adjudicación se podrá realizar en audiencia pública, según el artículo 273 de la Constitución Política.

A este principio se refiere el laudo arbitral de 05 de mayo de 1998, entre Diego Jaramillo Gómez Vs. Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca -CAR-, con los árbitros Humberto Mora Osejo (presidente), Álvaro Tafur Galvis y Martha Cediél de Peña desarrollado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en los siguientes términos:

“El pliego de condiciones es un acto administrativo en el cual la administración consigna, de una parte, su invitación a contratar, y de otra, las reglas del juego de la selección”.

3.2.3. Principio de Economía.- Este principio orienta los procedimientos que se presentan en las diversas etapas contractuales, en el sentido de que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan trámites o requisitos distintos de los expresamente contemplados, ni sellos, autenticaciones, reconocimiento de firmas ni formalidades, salvo que en forma expresa así lo exijan leyes especiales.

En virtud de este principio, la ley 80 establece las siguientes reglas:

1. El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a revisiones posteriores ni a cualquier otro requisito diferente a los previstos en la ley 80.
2. Las autoridades deberán señalar términos urgentes y perentorios para las diferentes etapas de la selección del contratista.
3. Las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.
4. Las autoridades abrirán licitaciones o suscribirán contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.
5. Los jefes de las entidades estatales podrán delegar la contratación en los funcionarios directivos o ejecutivos.
6. La declaratoria de desierta sólo podrá ser por motivos que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión. Según el artículo 29 de la ley 80 de 1993 es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva sino factores, tales

como el cumplimiento, experiencia, organización, equipo, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, y resulta ser el más ventajoso para la entidad. En efecto, hoy por hoy la falta de concurrencia de proponentes no constituye causal para declarar desierta la licitación, de manera que si sólo hubo una propuesta y se ajusta al pliego de condiciones, se adjudicará el contrato, según el decreto 287 de 1996, artículo 6; así mismo la ley no contempla como causal la declaratoria de desierta, la pretermisión de los requisitos legales para adelantar el procedimiento licitatorio.

7. El no pronunciamiento de la entidad estatal en el término de 3 meses frente a las peticiones que se presente en el curso de la ejecución, configura el silencio administrativo positivo.

8. El contratista prestará garantía única que avalará todas y cada una de las obligaciones del contrato.

9. Las autoridades deberán incluir en sus presupuestos anuales, las apropiaciones para cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos como los originados por cambio o alteraciones no imputables a las partes.

10. Los fondos destinados a cancelar las obligaciones del contrato se podrán entregar a una administración fiduciaria o a cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios financieros y pago oportuno de lo adeudado.

3.2.4. Principio de Responsabilidad.- Es un principio que se consagra como contrapartida al reconocimiento que hacen los artículos 13 y 40 de la ley 80 del postulado de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales.

En efecto, el principio de la responsabilidad busca garantizar el buen uso del postulado de la autonomía de la voluntad en los contratos estatales, estableciendo un régimen más estricto de responsabilidad.

Este principio lo encontramos, entonces, desarrollado en el título V, artículos 50 a 59 de la ley 80, en donde se establecen reglas precisas de responsabilidad tanto para la entidad estatal, el servidor público, los contratistas como para los consultores, interventores y asesores, por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones que causen perjuicios en las etapas de la actuación contractual. Es decir, que el ámbito de la responsabilidad contractual en el estatuto vigente se amplía tanto por razón de los sujetos como de los hechos que las originan, pues, puede obedecer a situaciones irregulares vinculadas a la celebración del contrato como a hechos u omisiones que se produzcan en desarrollo de la actuación contractual.

La responsabilidad contractual de las entidades estatales se traduce en una responsabilidad patrimonial consistente en la obligación a cargo de la entidad estatal de indemnizar la disminución patrimonial que ocasione al contratista, la prolongación de dicha disminución y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el mismo, por las abstenciones, hechos u omisiones antijurídicas que les sean imputables. La acción para reclamar esta responsabilidad prescribe en el término de veinte años, contados a partir de la ocurrencia de la actuación, hecho u omisión que dan lugar a ella. En caso de condena o cargo de una entidad por hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa grave de un servidor público, la entidad, el ministerio público y el juez competente de oficio o a iniciativa de cualquier persona incoarán la respectiva acción de repetición, siempre y cuando aquel no hubiere sido llamado en garantía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, pues, en este último caso la situación del citado servidor público habrá sido juzgada en el proceso en el cual se produjo su llamamiento en garantía.

Por su parte, la responsabilidad de los servidores públicos por sus acciones y omisiones puede ser disciplinaria, civil y penal, en los términos que para cada clase de responsabilidades establecen la constitución y la ley, artículo 51 de la ley 80. En relación con la responsabilidad disciplinaria, la ley 80 establece tres reglas de manera especial:

1. La sanción disciplinaria será la destitución.
2. El solo hecho de que se eleve pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguarda la recta administración pública, suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado hasta por el término de la duración de la investigación disciplinaria.
3. La acción disciplinaria en materia contractual prescribe en diez años.

Respecto a la responsabilidad civil de los servidores públicos, la ley 80 establece también reglas especiales:

1. La primera consecuencia de la declaratoria de responsabilidad civil consiste en que el servidor público estará obligado al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial. En relación con esta regla encontramos el artículo 77 del Código Contencioso Administrativo que establece que los funcionarios serán responsables por los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.
2. En caso de declaratoria de responsabilidad civil en materia contractual, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez años contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la respectiva sentencia.
3. La acción para hacer efectiva esta responsabilidad civil prescribe en veinte años, aunque en realidad muy poco se acude a ella y se prefiere la acción para reclamar la responsabilidad de las entidades estatales y se deja que ésta ejerza la acción de repetición.

Finalmente, la ley 80 contiene algunas normas específicas referentes a la responsabilidad penal de los servidores públicos cuando sus acciones y omisiones en materia contractual configure delitos:

1. En los casos en los que hubiere proferido medida de aseguramiento en firme, la autoridad competente podrá suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado hasta por el término de duración de la medida de aseguramiento.

2. En caso de sentencia penal, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez años contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la respectiva sentencia.
3. La acción penal prescribirá en veinte años.

Por otro lado, la responsabilidad de los contratistas por sus acciones y omisiones en materia contractual puede ser civil y penal, también en los términos que establece la constitución y la ley.

Referente a la responsabilidad civil de los contratistas, la ley 80 consagra reglas específicas:

1. Se verán obligados al pago de las indemnizaciones correspondientes en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente. Los consorcios y uniones temporales responderán solidariamente en los términos del artículo 7 de la ley 80.
2. En caso de declaratoria de responsabilidad civil, los contratistas (persona natural o jurídica) quedarán inhabilitados para proponer o celebrar contratos estatales por diez años a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia respectiva.
3. En caso de declaratoria de responsabilidad civil, y que el contratista sea persona natural, además de la inhabilidad anterior, quedará inhabilitado para desempeñar cargos públicos.
4. En caso de unión temporal, las sanciones de inhabilidades anteriores se impartirán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.
5. La acción civil prescribirá en el término de veinte años, contados a partir de la ocurrencia de acciones u omisiones.

Finalmente el artículo 53 de la ley 80 de 1993 prevé también que los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría y asesoría como por los hechos u omisiones que le fueren imputables y que causen daños y perjuicios a las entidades, derivadas de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales haya ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría. En efecto, en lo

relacionado a la responsabilidad penal y civil de estas personas, le son plenamente aplicables las reglas especiales respecto de los contratistas que contempla la ley 80, anteriormente comentadas.

Con relación a la responsabilidad contractual, debe resaltarse el artículo 31 de la ley 80 que nos habla del deber de publicar la parte resolutive de los actos sancionatorios, una vez ejecutoriado.

En conclusión, el principio de responsabilidad de los contratos estatales orienta a los servidores públicos y a los sujetos que intervienen en la contratación estatal a cumplir los fines de ésta, vigilando la correcta ejecución de lo contratado y velando por la protección de los derechos de la entidad y del contratista, como quiera que la ley 80 se inspira en la necesidad de imprimir eficiencia, autonomía y agilidad a la actuación contractual de la administración, eliminando trámites, procedimientos y requisitos innecesarios que han terminado por entorpecer la actuación contractual. Para ello, la ley 80 de 1993 ha establecido un régimen de responsabilidad estricto y adecuado a esas finalidades. De modo que tanto entidad estatal, sus servidores públicos como los contratistas para que no le sea aplicado en consecuencia el régimen de responsabilidad, deberán tener presente y cumplir en toda la actividad contractual, los deberes y derechos que se establecen en los artículos 4 y 5, así como las reglas del artículo 26 de la ley 80.

La Ley 80 cuyo artículo 75 (Este mismo artículo asignó al juez administrativo el conocimiento de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos ejecutivos contractuales), da un impulso a la conciliación administrativa al establecer:

“...PAR. 1º. Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citara a una audiencia a los demandantes y demandados para que concurren personalmente o por medio de apoderado a una audiencia de conciliación (...).”

Pero también establece una responsabilidad de los servidores públicos o de las partes si encuentra temeridad en la posición no conciliatoria, y lo establece de la siguiente manera:

“PAR. 2º. En caso de condena en procesos originados en controversias contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenará a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales”. PAR. 3º. En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del párrafo anterior...”.

Dispone la norma que en todos los procesos por controversias contractuales debe celebrarse, al final del período probatorio, una audiencia de conciliación; si el juez encuentra temeridad en la posición no conciliatoria de las partes, la condenará a cancelar multas al tesoro de 5 a 200 salarios mínimos legales mensuales; además, en el fallo definitivo le impondrá condena en costas.

En este mismo sentido el artículo 69 de la Ley 80 de 1993 establece:

“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”.

De esta manera, la vieja concepción de evitar acuerdos conciliatorios por las eventuales responsabilidades que de él se pudieren derivar, viene a ser reemplazada por la nueva postura, enmarcada en la imposición de sanciones a quien se niegue, en forma contumaz, a celebrar los mismos.

Algunos laudos arbitrales se refieren a este principio en los siguientes términos:

El laudo arbitral de 31 de julio de 2000 entre la Beneficencia de Cundinamarca Vs. Banco Central Hipotecario y Fiducia Central S.A. con los árbitros Carlos Lleras de la Fuente (presidente), Jorge Cubides Camacho y Jorge Suescún Melo desarrollado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, establece sobre la responsabilidad lo siguiente:

“Para que pueda acreditarse responsabilidad contractual debe acreditarse la existencia de una fuente de las obligaciones, las prestaciones que de dicha fuente se derivan, el incumplimiento de las misma y el perjuicio producido por el incumplimiento”.

“Para que se pueda predicar responsabilidad profesional se requieren los siguientes elementos: 1) el profesional ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y a título oneroso 2) debe contar con una organización gracias a la cual puede actuar de una manera eficaz y prever los posibles riesgos de daños que su actividad puede causar a terceros 3) debe tener un dominio profesional basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia”.

“La responsabilidad profesional objetiva es ajena el derecho colombiano, el cual se apoya en la noción de culpa en materia contractual”.

En el laudo arbitral de 30 de octubre de 1997 entre la Empresa Colombiana de Vías Férreas FERROVÍAS Vs. Consorcio Constructora Odebrecht S.A. y Conciviles S.A., con los árbitros Carlos Enrique Marín (presidente), Rafael Baquero Herrera y Carlos Enrique Campillo, desarrollado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá:

“La responsabilidad no puede excluirse de la actividad contractual del Estado por la inclusión de cláusulas de no responsabilidad”.

“La responsabilidad del Estado por daños antijurídicos es aplicable tanto a al campo extracontractual como al contractual”.

3.2.5. Principio del Equilibrio Económico.- Este principio preside la igualdad o equivalencia de las condiciones económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos de licitación o concurso, o de contratar directamente y durante la etapa de ejecución.

Consiste este principio en que cuando el valor intrínseco del contrato se altera por causas no imputables a las partes, estas deberá en el menor tiempo posible tomar las medidas necesarias para su restablecimiento.

La doctrina ha considerado que para que se presente la ruptura del equilibrio económico son necesarias dos condiciones fundamentales: que se presenten hechos sobrevinientes, con posterioridad a la celebración del contrato o antes pero su conocimiento sea posterior, y la ininmutabilidad de las partes. De manera que se pueden considerar causas no imputables que pueden romper el equilibrio económico en un contrato estatal y por lo tanto se debe proceder a su restablecimiento:

1. La fuerza mayor o caso fortuito
2. Las aleas económicas, es decir, las situaciones imprevistas derivadas del juego de las leyes económicas y del mercado.
3. Los casos de modificación y terminación unilaterales, en los términos de los artículos 16 y 17 de la ley 80.
4. En los casos de nulidad de contratos de ejecución sucesiva.
5. El incumplimiento, bien sea de la entidad o del contratista.

Los mecanismos legales para asegurar el principio del equilibrio económico son los siguientes:

1. Pactar cláusulas sobre intereses moratorios, sobre cuantía, condiciones y forma de pago de los montos a reconocer, ajustando la cancelación a las disponibilidades de que trata el numeral 14 del artículo 25 de la ley 80.
2. Utilizar mecanismos de actualización o revisión de precios.
3. Hacer una apropiación presupuestal destinada a cubrir los costos imprevistos.

A este principio se refieren la mayoría de los laudos arbitrales en materia administrativa, encontramos los siguientes ejemplos:

El laudo arbitral de fecha de 26 de noviembre de 2001, entre Caracol Televisión S.A. Vs. Comisión Nacional de Televisión, con los árbitros Fernando Sarmiento (presidente), Gilberto Alzate y Rodrigo Noguera, desarrollado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá:

“Cuando se va a valorar el equilibrio financiero del contrato, se debe tener en cuenta la circunstancia económica que existía al momento de la presentación de la oferta”.

“El reconocimiento de la ecuación económica contractual está subordinada a que el peticionario no sea responsable de la producción del hecho determinante o del hecho generados del rompimiento de la economía del contrato”.

“Para que se afecte la ecuación contractual, no se requiere que el fenómeno de que se trate sea de tal naturaleza que impida el cumplimiento del contrato. Sólo se necesita que resulten más gravosas las prestaciones para una de las partes debiéndose hacer la reparación del desequilibrio económico en forma inmediata”.

Así mismo el laudo arbitral de fecha 14 de mayo de 1999 de Arquitectos Constructores e Interventores Ltda. ACEI LTDA. Vs. Fondo Nacional del Ahorro, con los árbitros Adelaida Ángel (presidenta), Pilar Salazar y Jaime Vidal, desarrollado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá:

“Es generalmente aceptado que la noción de desequilibrio financiero es un género y el incumplimiento del contrato una de las especies que puede conducir a dicho desequilibrio”.

El laudo arbitral de fecha 07 de mayo de 2001, entre Concesionaria Vial de los Andes-COVIANDES- Vs. Instituto Nacional de Vías, con los árbitros Jorge Suescún (presidente), Adelaida Ángel y Marcela Monroy desarrollado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá:

“Entratándose del régimen contractual de las entidades estatales, esa dos manifestaciones: restablecimiento del equilibrio financiero del contrato e incumplimiento, no pueden verse como dos fuentes independientes de responsabilidad o de resarcimiento de los perjuicios sufridos por el contratista, toda vez que en el estado actual de la normatividad y de la

jurisprudencia, ambas nociones quedan comprendidas dentro del principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato”.

“La ruptura del principio del equilibrio financiero o económico de los denominados contratos administrativos pueden tener origen no sólo en causas legales atribuibles a la administración, sino también por la ocurrencia de hechos ajenos a la misma o a las partes y tipificadores de la doctrina de la imprevisión”.

El laudo arbitral de 13 de septiembre de 1999, entre Juan Fernando Góngora Arciniegas Vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM-, con los árbitros Ernesto Gamboa (presidente), Alberto Hernández y Mauricio Sarriá, desarrollado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá:

“La noción de equilibrio financiero del contrato no es un seguro de ganancias para el contratista, por el contrario, no elimina, lo que son los riesgos normales que todo contratista asume en la relación contractual y particularmente en el contrato de obra pública”.

“El equilibrio económico de un contrato estatal es afectado por: 1. Las causas atribuibles a la Administración contratante como lo son el incumplimiento de las obligaciones contractuales, la modificación de las condiciones de ejecución del contrato y el incumplimiento de los deberes impuestos por la ley. 2. Por causas imputables a la Administración en ejercicio de la función estatal. 3. Por factores extraños y ajenos a las partes”.

El laudo arbitral de 10 de julio de 2000 entre Occidente y Caribe Celular S.A. –OCCEL S.A.- Vs. Ministerio de Comunicaciones, con los árbitros Julio César Uribe (presidente), Jorge Enrique Ibáñez y Juan Pablo Cárdenas, desarrollado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá:

“El principio del restablecimiento del equilibrio económico, se aplica exclusivamente a los contratos onerosos y conmutativos de prestaciones recíprocas”.

El laudo arbitral de 02 de noviembre de 1999 entre Sepúlveda Lozano Cía. LTDA. Vs. Municipio de Villavicencio, con los árbitros Jaime Rohenes (presidente), César Gómez y Carlos Betancur, desarrollado

en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá:

“La noción de equilibrio económico consiste en la necesidad de que todos los contratos celebrados por el Estado, se mantenga el equilibrio económico”.

“El desequilibrio contractual sólo podría operar en la medida en que las mayores cantidades de obra en que incurrió el contratista, se ubicarán por fuera del alea que supone la modalidad del contrato precio global”.

“La reparación del desequilibrio económico del contrato que restaure la ecuación pactada, debe comprenderlas dos modalidades que integran la reparación plena, el daño emergente y el lucro cesante”.

El laudo arbitral de 15 de mayo de 2000 de Giraldo Sánchez & Cía. Ltda. – GISAICO LTDA. Vs. Instituto Nacional de Vías –INVÍAS- , con los árbitros Enrique Laverde (presidente), Guillermo Bueno y Marín Gustavo Ibarra, desarrollado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá:

“Para asegurar el mantenimiento de la equivalencia en las mutuas prestaciones contenidas en el contrato, la ley permite el pacto de fórmulas de reajuste de precios, porque las partes vinculadas al contrato público deben conocer desde el momento de la celebración del negocio jurídico el beneficio que derivarán del mismo”.

“El equilibrio económico del contrato no se puede predicar como roto o gravemente afectado, a partir de las cláusulas que el contratista convino y aceptó sin reservas”.

3.2.6. El Principio de Reciprocidad y Tratamiento de Ofertas Nacionales.- Estos principios obedecen a las estrategias y políticas del modelo aperturista e internacionalización de la economía que hoy se vive en Colombia.

Por medio del principio de reciprocidad, de origen legal, se busca asegurar que en la contratación estatal a los oferentes de origen extranjero se les de el mismo tratamiento que el otorgado a los oferentes de origen colombiano, en relación con requisitos, condiciones, procedimientos y criterio de adjudicación, siempre que exista un pacto mediante tratado, convenio o acuerdo celebrado con

Colombia, en el sentido de que a los oferentes colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en el nuestro. Para tal efecto, los oferentes extranjeros deberán acreditar con su oferta la existencia de la reciprocidad, anexando certificado del respectivo país.

Por su parte, el principio de tratamiento de ofertas nacionales busca, sin implicar protección rigurosa, permitir a los oferentes de bienes y servicios competitivos de origen nacional gozar de preferencia frente a las ofertas de origen extranjero, siempre y cuando que los bienes y servicios de origen nacional se encuentren en igualdad de condiciones con los de origen extranjero por razón de la calidad, la oportunidad y el precio y no por el hecho de tener origen nacional.

Para tal efecto, la ley 80 estableció que el Gobierno Nacional diseñará mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional como de la demanda de las entidades estatales; de igual manera, reglamentará la mayor incorporación de recursos humanos nacionales y el mayor componente nacional, de tal manera que cuando las propuestas se encuentren en igualdad de condiciones, se debe preferir aquella que implique un tratamiento más favorable al trabajo de industrias nacionales; asimismo, definirá que debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero y por desagregación tecnológica.

La desagregación es un fraccionamiento que se hace de un contrato por cuantía, clases de obras, bienes y servicios, en forma tal que se puedan realizar varias licitaciones, cuando se trata de adquirir bienes u obras extranjeras y parte de tales bienes y obras se consiguen en el país, con el fin de dar participación a la industria y el trabajo nacionales.

Finalmente, debe observarse que la ley 80 consagra como causal de nulidad del contrato estatal el desconocimiento de los dos principios anteriores.

3.2.7. El Principio de la Autonomía de la Voluntad Privada.-

Equivale a una delegación en la voluntad privada de la potestad ordenadora e imperativa que, en principio, corresponde exclusivamente a la ley. Consiste en que en virtud de tal delegación, los acuerdos de voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdaderas normas jurídicas, dotadas de los atributos propios de éstas, entre ellos de la obligatoriedad, en cuya virtud las partes quedan ligadas por sus propios actos y estipulaciones, como lo estarían si las obligaciones que estipulan libremente fueran impuestas por el propio legislador.

Con otras palabras, el postulado de la autonomía de la voluntad privada o postulado de la normatividad u obligatoriedad de los actos jurídicos, como se le quiera denominar, consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante la libertad en las transacciones particulares y, en general, en los actos jurídicos de contenido patrimonial. Donde más claro y patente se manifiesta el postulado de la autonomía de la voluntad privada es en los contratos porque los contratos constituyen la fuente más importante y frecuente de las obligaciones; de allí que se explique la redacción legal del artículo 1602 del Código Civil al consagrar dicho postulado: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo y por causas legales”. De suerte que un contrato no puede ser destruido sino por un nuevo acuerdo unánime de las partes o por causas legales.

Claro que es de observar que hay dos casos excepcionales en que una de las partes puede dejar sin efecto la convención:

1. En consideración a la naturaleza de ciertos contratos o convenciones, en que la ley concede a cada una de las partes el derecho potestativo de terminar, por su sola voluntad, el convenio o contrato, como el mandato, la sociedad, la confección de obra material, etc., para cuyo normal desarrollo son indispensables la inteligencia y la confianza entre las partes.

2. Cuando una de las partes o todas ellas se han reservado mediante estipulación previa el derecho potestativo de terminar unilateralmente el contrato.

También conviene explicar aquí que por causas legales, empleada por el citado artículo 1602 del Código Civil, no debe entenderse como la falta de los requisitos exigidos por la ley para la existencia y validez de los contratos, como la capacidad, el consentimiento, la causa y objeto lícito, porque el mencionado texto parte expresamente del supuesto de que aquellos han sido legalmente celebrados, vale decir, con observancia de todas las formalidades y requisitos previstos por la ley. Por consiguiente, tal expresión alude a los motivos legales que pueden producir la terminación del contrato perfecto y válido, después de su formación.

Finalmente, conviene también resaltar respecto del postulado de la autonomía de la voluntad privada que si bien es cierto que en virtud de él, los acuerdos de voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdaderas normas jurídicas, quedando las partes ligadas por sus propios actos, no lo es menos que las manifestaciones de la voluntad privada son normas jurídicas de grado inferior de la ley. En caso de oposición entre una ley imperativa y un contrato, predomina la primera y el segundo es ineficaz.

En tratándose de los contratos estatales, la ley 80 en sus artículos 13 y 14, busca recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y reguladora de las convenciones y relaciones sociales, de manera tal que la relación contractual estatal descansa sobre la autodeterminación y la autovinculación de las partes, esto es, que el postulado de la autonomía de la voluntad constituya la fuente principal de los efectos que regirán la ejecución del contrato estatal, dentro del respeto que impone la igualdad de oportunidades que se traduce en el acatamiento de las condiciones impuestas en los pliegos de condiciones, términos de referencia o demás cuadernos de requisitos para la selección; sin perjuicio, de las cláusulas excepcionales de ineludible cumplimiento que se apoyan en la necesidad de preservar el interés colectivo que en materia de contratación estatal resulta ser un valor de importancia.

Por lo anterior, se reconoce en los artículos 13 y 14 del estatuto de contratación administrativa, la plena aplicabilidad de las disposiciones comerciales y civiles en materia contractual, salvo en las materias particularmente reguladas en dicho estatuto, pues, el postulado de la autonomía no puede regular aquellos campos que pertenecen exclusivamente a la esfera del derecho público.

3.2.8. El Principio de la Interpretación de las Reglas Contractuales.- Según este principio, en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la interpretación de las cláusulas de los contratos, se tendrá en consideración los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre las prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

3.2.8.1. Los Mandatos de la Buena Fe.- El postulado de la buena fe encuentra su origen en el derecho romano, el cual lo adoptó a manera de correctivo del rígido sistema formalista de interpretación de los actos jurídicos, muy propio de las legislaciones arcaicas y muy cómodo en cuanto evitaba discusiones acerca del contenido y alcance de dichos actos, y en muchos casos resultaba contrario a los dictados de la equidad y a la voluntad real de las partes. De acuerdo con tal sistema formalista los contratos eran *stricti juris*, vale decir, debían ser interpretados estrictamente de acuerdo con la significación predeterminada de las fórmulas rituales empleadas en su celebración. Cuando los viejos contratos solemnes ya se mostraron insuficientes para satisfacer las crecientes necesidades del comercio romano, los jurisconsultos, al crear nuevos tipos contractuales más expeditos y flexibles, también tuvieron que introducir un nuevo sistema de interpretación fundado principalmente en la investigación de la voluntad real de los agentes y en las normas de la equidad, con lo cual surgió la oposición entre estos nuevos contratos denominados *bonae fidei* y los antiguos contratos *stricti juris*. En efecto, en el derecho moderno el abandono de simbolismos o solemnidades de las legislaciones arcaicas ha generalizado la vigencia del postulado de la buena fe, cuyo efecto tiene un alcance muy general en el derecho civil moderno, como quiera que es aplicable no sólo a los contratos sino a todos los actos jurídicos y a todas las obligaciones, cualesquiera que

sean sus fuentes. El nuevo estatuto contractual del Estado quiso introducir, no quedándose atrás, los mandatos de la buena fe en los contratos estatales.

Los mandatos de la buena fe enseñan que los actos jurídicos en general deben ser cumplidos con entera lealtad, con intención recta y positiva para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración. En otras palabras, la buena fe significa que cada cual debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella; supone conducirse como cabía esperar del comerciante honesto. Esto implica que en los contratos la buena fe se exige en varios momentos: en primer término en la celebración del contrato; en segundo lugar, durante la vida del mismo contrato; y finalmente, en la propia ejecución del mismo.

El postulado de la buena fe se encuentra consagrado expresamente en el artículo 1603 del Código Civil y en otras disposiciones de éste.

El postulado de la buena fe es un complemento del principio de la voluntad privada, en cuanto exige que las obligaciones impuestas por los contratos deban ser ejecutadas lealmente, es decir, poniendo cada parte la buena voluntad necesaria para que se realice la finalidad perseguida mediante la celebración de aquellos.

En relación con el postulado de la buena fe en los contratos estatales se puede resaltar en artículo 4, numeral 9 y el artículo 5, numerales 2, 4 y 5 de la ley 80.

El laudo arbitral de fecha 28 de febrero de 2001 entre Dragados Hidráulicos Ltda.. Vs. Ministerio de Transporte, con los árbitros Héctor Romero (presidente), Patricia Mier y Carlos González, desarrollado en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se refiere a este principio de la siguiente manera:

“El principio de la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico y la seriedad del procedimiento administrativo da lugar a la doctrina de los actos propios, según la cual las partes se obligan a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando”.

3.2.8.2. Los Mandatos de Igualdad y Equilibrio de los Contratos Conmutativos.- Según el artículo 1498 del Código Civil el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez. Las condiciones o requisitos del contrato conmutativo son tres:

1. Que sea oneroso, esto es, que tenga por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.
2. Que dicha utilidad pueda ser apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto.
3. Que produzca obligaciones que se miren como equivalentes entre sí, vale decir, que determinen un cierto equilibrio en la economía del contrato. En otras palabras, que quien se presta a realizar un sacrificio en virtud de un contrato, espera, por regla general, que éste le proporcione un beneficio o utilidad más o menos equivalente.

En consecuencia, cuando en tales contratos se rompe esa equivalencia o equilibrio que le es natural, generándose desproporción notable entre las cargas que se imponen a uno de los interesados y el provecho que recibe en cambio, tales contratos pierden su fisonomía propia y dan lugar a que se reclame la revisión del contrato y a su consiguiente rescisión o reajuste, especialmente cuando la lesión es cuantiosa y encuentra su causa en la mala fe de la parte que, aprovechándose de la penuria, la ligereza o la inexperiencia de la otra, viene a recibir un beneficio indebido.

La ley 80 quiso que los mandatos de igualdad o equilibrio de los contratos conmutativos sean tenidos en consideración en la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a sus diferentes etapas.

En conclusión, los principios orientadores de la contratación estatal constituyen una especie de tabla de la ley que deben asimilar los usuarios de la contratación estatal, y que a su vez están concebidos como una garantía, de tal manera que la contratación se consolide como un eficaz instrumento de gestión para la prestación de servicios públicos.

3.3. ELEMENTOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

3.3.1. Entidades con Capacidad para Contratar.- En su artículo 2 de la ley 80 de 1993 y con la denominación de entidades estatales, enumera las siguientes: nación, regiones, departamentos, provincias, distrito capital, distritos especiales, territorios indígenas, municipios, áreas metropolitanas, asociaciones de municipios, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta con más del 50% de capital oficial y entidades descentralizadas indirectas con capital oficial mayoritario. Estas trece entidades corresponden a la noción de personas jurídicas en el derecho colombiano, que tienen capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones.

Pero la misma norma, en el literal b, también enumera como entidades públicas a ciertas dependencias estatales que carecen de personería jurídica, y al otorgarles capacidad contractual las confunde con las primeras. En este aspecto, la ley bien podría calificarse de inconstitucional por excederse en una atribución que está reservada a la ley orgánica de presupuesto, de acuerdo con lo previsto por el artículo 252 de la Carta, pero esta posibilidad quedó a salvo por la declaratoria de exequibilidad que en su momento expidió la Corte Constitucional.

Se enumeran entonces: el Senado de la república, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las unidades administrativas especiales y, en general, todos aquellos órganos del

Estado a los cuales la ley otorgue capacidad para contratar. También incluye, con la denominación de entidades estatales, a las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales bien pueden definirse como de capital oficial mayoritario o como establecimientos públicos de segundo grado.

Es de advertirse que el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en su artículo 98, dispuso que los órganos que son una sección del presupuesto general de la nación tienen capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a la que se refieren la Constitución Política y la ley. Prevé la norma que, en la rama legislativa, tales atribuciones serán ejercidas separadamente por el Senado y la Cámara de Representantes y que en la rama judicial las ejercerá la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Luego pasa a aclarar cómo en los mismos términos estas facultades las tienen las superintendencias, unidades administrativas especiales, entidades territoriales, asambleas, concejos, contralorías, personerías y todos los demás órganos estatales que tengan personería jurídica.

Por su parte, la ley 42 de 1993 sobre control fiscal y financiero, en el artículo 66 dispone que las asambleas y los concejos, en desarrollo del artículo 272 de la Carta, deben dotar a sus respectivas contralorías de autonomía presupuestal, administrativa y contractual para que cumplan sus funciones como entidades técnicas. Repárese que en ningún momento se habla de otorgarles personería jurídica.

Como se advirtió, la normatividad ya señalada, artículo 2 de la ley 80 de 1993, para atribuir la facultad de contratación mezcla organismos dependientes o subalternos de la nación con las personas jurídicas de derecho público, que son las entidades que gozan de personería jurídica, que tienen un patrimonio y una autonomía presupuestal y administrativa, atributos todos estos que les han sido dados por la ley, o por el acto jurídico que las creó.

Al respecto precisa anotar que según el artículo 633 del Código Civil, la persona jurídica es todo ente ficticio, capaz de ejercer derechos, de

contraer obligaciones civiles y de ser representado judicial y extrajudicialmente. En consecuencia, antes de la ley 80 de 1993 la capacidad de contratar estaba reservada solamente a las personas jurídicas o naturales, no así a las dependencias, las que solamente podían hacerlo por delegación y en nombre de las primeras. Ahora en virtud del artículo 2 que se comenta, se darán casos de contratación por parte de las verdaderas dependencias como la registraduría, las contralorías o las superintendencias, que de ordinario carecen de personalidad jurídica. Pero debe entenderse que en este caso, lo que ocurre es que la delegación emerge directamente del Estado por conducto de la ley, y no de las respectivas entidades descentralizadas. Se podría afirmar que en estos casos se da la típica desconcentración de funciones para contratar.

A lo anterior se agrega, que en cuanto se refiere a la Contraloría General de la República, la sección primera del Consejo de Estado en providencia del 11 de septiembre de 1995, después de estudiar la normatividad relativa al caso, concluyó que dicho organismo sí tiene personería jurídica, lo mismo que las contralorías departamentales, municipales y distritales.

Como corolario de lo anterior y ante la falta de unidad conceptual que puede presentarse en las diferentes secciones del Consejo de Estado, conviene a quien deba ejercer la acción contractual en que sea parte alguno de dichos organismos, cuya naturaleza jurídica no esté claramente definida, demandar tanto a la dependencia como a la persona jurídica que venía existiendo, con lo cual se evitan posibles fallos inhibitorios por ilegitimidad en la causa por pasiva.

3.3.2. Funcionarios con Competencia para Celebrar Contratos.-

Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respetiva, los ministros de despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el presidente del Senado de la República, el presidente de la Cámara de Representantes, los presidentes de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus Consejos Seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor

General de la República, el Procurador General de la Nación, y el Registrador Nacional del Estado Civil.

A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios.

3.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Entre las características del Contrato administrativo se pueden mencionar:

3.4.1. Limitación de la Libertad de las Partes.- en la cual :

“La Administración Pública, no goza de libertad ni para elegir la persona de su cocontratante como ocurre en los casos en que la ley obliga a seguir el procedimiento de la licitación pública, ni para decidir la forma en que ha de concertar el contrato como acontece cuando la ley determina el sistema que ha de seguirse, ya sea la licitación pública, el concurso de precios o la compra directa¹⁴”.

3.4.2. Desigualdad Jurídica de las Partes.-

“La desigualdad jurídica de las partes es otro de los caracteres del contrato administrativo. Ella crea un estado de subordinación jurídica del cocontratante y tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las dos partes en los contratos administrativos¹⁵”.

3.4.3. Subordinación Jurídica.-

“El cocontratante tiene en el contrato únicamente un interés económico, la Administración tiene la representación del interés público que el contrato compromete o puede comprometer. El último no puede subordinarse al primero, sino que, por el contrario, el primero debe subordinarse al segundo”.

¹⁴ AYALA CALDAS, Jorge Enrique. “Elementos de Derecho Administrativo General”. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, Ltda. 1999. p. 525.

¹⁵ AYALA CALDAS, Ibídem, p. 525.

“De esta subordinación nace para la Administración Pública su atribución de modificar las obligaciones a cargo de su cocontratante de manera que se adecuen a las cambiantes necesidades públicas, satisfaciéndolas conforme a las circunstancias y condiciones del momento¹⁶”.

3.4.4. Mutabilidad.-

“El contrato administrativo carece de la rigidez inmutable del contrato de derecho privado. La administración pública tiene la atribución de adaptarlo a las necesidades públicas colectivas a medida que van cambiando las condiciones existentes al momento de celebrarse¹⁷”.

3.4.5. Flexibilidad del Contrato Administrativo.-

“Ni el cocontratante puede oponer a la satisfacción de las necesidades públicas colectivas la inmutabilidad de su contrato, ni la Administración Pública puede sacrificar los intereses legítimos del cocontratante en su aspecto económico para dar satisfacción a las necesidades por las cuales debe velar”.

“El contrato administrativo permite contemplar ambos aspectos y satisfacer ese doble juego de intereses que comprende, mediante la adaptación de las obligaciones pactadas a las mudables necesidades públicas, y mediante el pago correlativo de las indemnizaciones pertinentes al cocontratante¹⁸”.

3.4.6. Extensión de los Efectos del Contrato.-

“A la inversa de lo que ocurre en el contrato de derecho privado, el contrato administrativo extiende sus efectos a los terceros que no han sido parte de él. Esta extensión de los efectos del contrato a los terceros, constituye otra de las características propias de los contratos administrativos, y ha sido durante mucho tiempo una de las causas invocadas para negar su existencia como contratos, por ser ello abiertamente contrario a lo que ocurre en el mundo jurídico de los contratos de derecho privado¹⁹”.

¹⁶ AYALA CALDAS, *Ibidem*, p. 526, 527.

¹⁷ AYALA CALDAS, *Ibidem*, p. 526.

¹⁸ OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. “Preguntas, respuestas y casos de derecho administrativo general y colombiano”. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2002. p. 92.

¹⁹ AYALA CALDAS, *Ibidem*, p. 529.

3.5. FUNDAMENTOS LEGALES DEL CONTRATO ESTATAL

3.5.1. Constitución.-

1. Constitución Política de 1886²⁰ los contratos celebrados por la administración se regían por el derecho privado y eran sometidos a la jurisdicción ordinaria.
2. Constitución Política de 1991²¹ en su artículo 150 numeral 9 establece:

“Art. 150.-Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

9. Conceder autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El gobierno rendirá periódicamente informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones”.

3.5.2. Legislación.-

1. Luego viene la ley 53 de 1909²², que habló de la cláusula de caducidad en los contratos de gobierno.
2. La ley 65 de 1911²³, que mencionó los casos en que procedía la licitación privada.
3. La ley 61 de 1921²⁴, que sentó como regla la licitación pública.
4. Decreto – ley 911 de 1932²⁵, a su turno se refirió al certificado de reserva y a la subordinación de los pagos a las apropiaciones presupuestales.
5. La ley 2 de 1938²⁶, que reconoció la cláusula compromisoria.
6. La ley 167 de 1941²⁷, antiguo Código Contencioso Administrativo, que dedicó uno de sus capítulos a los contratos de la administración.

²⁰ PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Ediciones Librería del Profesional. Primer Edición. Tomos I y II. Quinta edición. 1992.

²¹ COLOMBIA. Constitución Política. Editorial Panamericana, Segunda Edición. 1993.

²² PENAGOS, Gustavo. Ibídem.

²³ PENAGOS, Gustavo. Ibídem.

²⁴ PENAGOS, Gustavo. Ibídem.

²⁵ PENAGOS, Gustavo. Ibídem.

²⁶ PENAGOS, Gustavo. Ibídem.

7. Decreto 528 de 1964²⁸, donde se establece la dualidad de los contratos estatales.

8. Ley 28 de 1974²⁹, confirió al ejecutivo facultades extraordinarias para dictar normas en materia de contratos.

9. Decreto – ley 1670 de 1975³⁰, que constituyó en la práctica el primer estatuto contractual de la administración, fue derogado en su totalidad por el decreto – ley 150 de 1976, que modificó algunos aspectos del anterior y reprodujo otros.

10. Decreto – ley 222 de 1983³¹, estableció un criterio de definición de contratos administrativos, que es derogado por el artículo 81 de la ley 80 de 1993.

11. Ley 80 de 1993³², actual estatuto contractual de la administración pública.

12. Ley 100 de 1993³³, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral. Establece el artículo 195, numeral 6 de la citada ley, que las denominadas empresas sociales de salud en materia contractual, se regirán por el derecho privado pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto de contratación administrativa pública.

13. Ley 105 de 1993³⁴, por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales. El título II, capítulo IV de la citada

²⁷ PENAGOS, Gustavo. *Ibíd.*

²⁸ PENAGOS, Gustavo. *Ibíd.*

²⁹ PENAGOS, Gustavo. *Ibíd.*

³⁰ PENAGOS, Gustavo. *Ibíd.*

³¹ BENETTI SALGAR, Julio. *El Arbitraje en el Derecho colombiano*. Bogotá. Temis, 2° edición, 2000. P. 254.

³² COLOMBIA. *Estatuto de Contratación de la Administración Pública*. Ley 80 de 1993. El Pensador Editores Ltda. Bogotá. 1994.

³³ CÓDIGO LABORAL, SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y PROCEDIMIENTO LABORAL. Suplemento. Bogotá. Grupo Editorial LEYER, Decimoquinta Edición, 1998. p.615.

³⁴ PENAGOS, Gustavo. *El Acto Administrativo*. Ediciones Librería del Profesional. Primer Edición. Tomos I y II. Quinta edición. 1992.

ley regula de manera particular el contrato de concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

14. Decreto 77 de 1994³⁵, por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso 2 del artículo 355 de la Constitución Política.

15. Decreto reglamentario 679 de 1994³⁶ define que debe entenderse por bienes nacionales, servicios de origen nacional y desagregación tecnológica.

16. Ley 142 de 1994³⁷, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

17. Ley 143 de 1994³⁸, por la cual se establece el régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad.

18. Ley 226 de 1995³⁹, por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal.

3.6. NULIDAD Y CONTROL DE LEGALIDAD DEL CONTRATO

Preceptúa el artículo 70 de la ley 80 de 1993, la posibilidad de estipular que cualquier diferencia entre las partes durante la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato sea sometida a un tribunal de arbitramento, para que éste decida en derecho.

No obstante la generalidad de la norma, y a pesar de que no se prohíbe su estipulación cuando se trata de actos administrativos unilaterales, debe entenderse que la nulidad de estas decisiones

³⁵ PENAGOS, Gustavo. *Ibídem.*

³⁶ PENAGOS, Gustavo. *Ibídem.*

³⁷ PENAGOS, Gustavo. *Ibídem.*

³⁸ PENAGOS, Gustavo. *Ibídem.*

³⁹ PENAGOS, Gustavo. *Ibídem.*

corresponde declararla necesariamente la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Pero no debe olvidarse que en cualquier momento, antes de que exista fallo ejecutoriado, puede revocar sus propios actos de carácter contractual por mandato del artículo 68, parágrafo único, de la ley 80 de 1993, con las salvedades tendientes a proteger los derechos adquiridos

En este aspecto conviene hacer claridad, ya que la ley 80 de 1993 a diferencia del decreto 222 de 1983, no contiene prohibición para que sean resueltos por árbitros los problemas concernientes a la modificación, interpretación, terminación unilateral o a la declaratoria de caducidad. Pero dado que en estos casos la entidad oficial actúa con su poder de mando, es de suponer que tal potestad no puede ser materia de arreglo directo por árbitros. En estos casos la fuerza ejecutoria de los actos unilaterales no puede ser cuestionada sino ante la jurisdicción competente.

También conviene anotar que el laudo arbitral es susceptible de ser sometido a control de legalidad por vía de acción ante el Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera.

3.7. NOCIÓN DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

3.7.1. Cláusula Arbitral en el Contrato Estatal.- En principio puede afirmarse que cuando las partes del contrato pactan la cláusula arbitral, virtualmente están renunciando al ejercicio de las acciones jurisdiccionales, mecanismos idóneos para dirimir los conflictos que eventualmente puedan surgir con ocasión del contrato.

En consecuencia ha dicho en Consejo de Estado, en sentencia del 23 de febrero de 2000, que cuando existe la cláusula arbitral, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está inhabilitada para asumir el conocimiento de las controversias contractuales que puedan surgir entre las partes involucradas por el contrato, porque se daría la causal de ilegalidad por incompetencia.

Sin embargo esta tesis sostenida durante algún tiempo ha sufrido cierta modificación, en cuanto a los efectos y el poder vinculante de la cláusula dependen de la manera como esté redactada. Si se contempla de manera potestativa u opcional la utilización del tribunal, basta que una de las partes vinculadas por la cláusula compromisoria recurra ante el juez administrativo, para inferirse válidamente que, renunció a someter sus diferencias al tribunal de arbitramento.

“De la lectura de la cláusula contractual antes transcrita, se advierte que la decisión de someter al conocimiento de un tribunal de arbitramento las controversias que se presenten durante la ejecución o con posterioridad a la terminación del contrato, fue establecida como una facultad de cada una de las partes de acudir a dicho tribunal y no como un compromiso imperativo para las mismas...⁴⁰”.

La posibilidad de celebrar convenio o pacto arbitral en contratación estatal está consignada en los artículos 69, 70 y 71, de la ley 80 de 1993, pero mientras que respecto de la cláusula compromisoria el artículo 70 no incluye previsión alguna sobre su contenido distinta a decir que puede referirse a los conflictos que surjan por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación, sino que se limita a sentar los principios generales que rigen esta modalidad arbitral, el artículo 71, por el contrario se refiere a las estipulaciones del contrato de compromiso.

Esta disposición preceptúa en primer término que cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes puede solicitar a la otra la suscripción de un contrato de compromiso para resolver las diferencias que se presenten en cualquiera de las etapas del contrato que se han mencionado, invitación que no tiene el carácter de obligatoria para la contraparte. Entendemos, sin embargo, que si está prevista la cláusula compromisoria respecto de alguna fase del contrato pero no para otras, puede celebrarse compromiso respecto de estas, lo mismo que suscribir compromisos sucesivos para las distintas diferencias que

⁴⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 16 de junio de 1997. Consejero Ponente doctor Juan de Dios Montes. Citado por VEGA DE HERRERA, Mariela y ORDÓÑEZ, Alejandro. Contratación Estatal. Bogotá: Editorial TEMIS S.A. 1999. p. 127.

puedan suscitarse, porque en todos estos casos se observa ausencia de la cláusula compromisoria.

Además, el inciso 2 de este artículo dispone que el compromiso debe señalar no solo la materia objeto del arbitraje sino también incluir estipulaciones sobre la designación de árbitros, el lugar del funcionamiento del tribunal y la forma para proveer las costas del mismo, por lo cual, a diferencia del contrato que al efecto se celebre conforme al estatuto arbitral, el compromiso referido en un contrato estatal requiere de dos estipulaciones nuevas: la referente a la designación de los árbitros y también la forma de proveer las costas del tribunal.

Con excepción de lo anterior, se aplican a este pacto arbitral las normas detalladas en el decreto 1818 de 1998, relativas a este tema.

3.7.2. El Procedimiento Arbitral en la Contratación Administrativa.- Conforme al inciso 3 del artículo 70 de la ley 80 de 1993, no solo la designación y la constitución del tribunal arbitral se rigen por las normas vigentes sobre la materia, que están compiladas en el decreto 1818 de 1998, sino también el requerimiento para conformar el tribunal y su funcionamiento; por lo tanto, este proceso arbitral también se inicia con una solicitud – demanda que se presenta ante un centro de arbitraje, lo cual está expresamente autorizado por el artículo 73 de dicha ley, de allí en adelante el trámite se surte según lo dispuesto en dicho estatuto arbitral (artículos 139 – 169 del decreto 1818 de 1998).

3.7.3. Ejecutoriedad del Laudo Arbitral.- En cuanto a la naturaleza jurídica de los laudos arbitrales, una vez adquiere firmeza la decisión del tribunal de arbitramento, queda revestido también de fuerza ejecutoria, con plenos efectos jurídicos. En consecuencia el recurso de anulación no impide la efectividad de la decisión arbitral. La doctrina señala que la impugnación de los laudos solamente puede sustentarse en errores de procedimiento y que no podrán alegarse cuestiones relativas al derecho sustantivo.

3.7.4. Juicios Ejecutivos en Contratación Estatal.- En lo concerniente a los procesos ejecutivos, la posición asumida por el Consejo de Estado, concluye que la ley 80 de 1993, en su artículo 75 adscribió el conocimiento de todas las controversias contractuales a la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo que resulta válido concluir que los juicios ejecutivos no pueden ser materia de arbitramento, pues sus integrantes son jueces excepcionales y temporales.

3.7.5. Fallo en Conciencia.- Otro aspecto que merece atención respecto del laudo arbitral, es el relativo a la diferencia entre fallo en conciencia y fallo en derecho. Sobre el particular el Consejo de Estado sentó su criterio así:

“Como se infiere de los textos legales, el fallo en derecho tendrá que acatar el ordenamiento jurídico y el marco de referencia no podrá estar sino en él. Por esta razón, el juez estará sometido no solo a las reglas adjetivas que regulan el proceso arbitral, sino a la normatividad sustantiva que rige los derechos pretendidos, no pudiendo conceder sino lo permitido en la ley”.

En cambio, cuando el juez arbitral decide en conciencia, se mueve en un marco normativo diferente más amplio, porque como lo dice la jurisprudencia cuando así actúa tiene la facultad de decidir ex aquo et bono, que quiere decir, conforme a la equidad o según el leal saber y entender.

“Pero ese fallo en conciencia, pese a su extensión, no puede ser arbitrario y mucho menos desconocer los hechos del proceso o reglas de la lógica y la experiencia, porque tanto esos hechos como las mencionadas reglas, constituyen obligaciones obvias e implícitas impuestas a los jueces de conciencia para la recta ejecución de su cargo judicial...⁴¹”.

3.8. DESARROLLO DEL ARBITRAMENTO EN MATERIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

El Arbitramento contencioso administrativo puede tener origen en el pacto arbitral, en cualquiera de sus dos versiones. Con todo, como

⁴¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 3 de abril de 1992. Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Fuente: Jurisprudencia y Doctrina. 1992. p. 462.

norma especial, ya la Ley 80 de 1993 había autorizado el arbitramento para las diferencias que tuvieran ocurrencia en la ejecución de contratos estatales, cuyo marco jurídico contempla ese estatuto, el cual sustituyó el decreto 222 de 1983⁴².

En los contratos con personas extranjeras, y en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal arbitral internacional⁴³.

Del compromiso, en cambio, trata el artículo 71 de la Ley 80, para los contratos estatales.

Conviene poner de presente que la Corte Constitucional, en providencia C-1436 de octubre 25 de 2000, declaró exequibles los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993,

“bajo el entendido de 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 excepcionales”.

3.8.1. Duración del Arbitraje Contencioso Administrativo.- Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señala el término de duración del proceso, éste es de seis meses, contados desde la primera audiencia de trámite. Tal régimen general debe ser completado con el especial: si el arbitraje está relacionado con un contrato estatal, la Ley 80 de 1993 permite que los propios árbitros decreten una prórroga, en forma oficiosa, por la mitad del término

⁴² El primer antecedente legal del arbitraje administrativo se encuentra en la ley 4 de 1964, cuyo artículo 13 facultó a la nación, a los institutos, empresas y establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales para pactar cláusulas compromisorias en contratos de obras públicas. Posteriormente el Decreto 150 de 1976 admitió el arbitramento para resolver conflictos por contratos administrativos, incluido el de empréstito, excluyendo sí la cláusula de caducidad y sus efectos, lo que repitió el Decreto 222 de 1983.

⁴³ COLOMBIA. LEY 315 DE 1996. Inciso final Artículo 4. Fuente: www.banrep.gov.co.

inicialmente acordado o legalmente establecido. Este supuesto no se excluye con los otros; por el contrario, se acumula. En consecuencia, considerado el lapso legal de duración, podría el arbitraje extenderse hasta por quince meses.

La Corte Constitucional declaró exequible la norma que se estudia sobre la facultad para los árbitros de decretar ellos mismos la prórroga mediante sentencia C-426 de 29 de septiembre de 1994, en la que dijo:

“Con la disposición cuestionada no se atenta contra la autonomía pues lo primero que ella hace es reconocer a las partes la atribución de integrar tribunales de arbitramento, que, desde luego, actúan dentro de los presupuestos y pautas del debido proceso con unos límites en el tiempo, fijados –según lo dicho– por las propias partes y por la ley a falta de que éstas dispongan. La prórroga del término para fallar no se da siempre sino que a ella se recurre cuando los miembros del tribunal lo consideren necesario para la producción del laudo respectivo y, además, la propia ley se ocupa en establecer que dicha prórroga no será mayor de la mitad del término inicialmente acordado legalmente establecido”.

3.8.2. Competencia de los Árbitros Frente a Ciertos Actos Administrativos.- La Corte Constitucional halló exequible el arbitraje consagrado por la ley 80 de 1993, pero simultáneamente y con valor erga omnes determinó que los árbitros carecen de competencia para pronunciarse sobre actos administrativos dictados por la administración con base en sus poderes excepcionales, con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares.

Queda por entender, si el juzgamiento arbitral envuelve un acto administrativo de la clase de los anotados, o sea actos dictados por la administración con base en sus poderes excepcionales, con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos estatales, los árbitros deberán declararse incompetentes desde la primera audiencia en que deben examinar la competencia.

De igual forma debe afirmarse que si se trata de actos administrativos diferentes, no hay impedimento para el pronunciamiento arbitral.

En fallo de la Corte Constitucional C-1436 de octubre de 2000 se expresó:

“ Los árbitros carecen de competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración con base en sus poderes excepcionales, con ocasión de la celebración, desarrollo, la terminación y de la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares pero sí tienen competencia para decidir acerca de los actos administrativos que no sean dictados con base en poderes excepcionales, aunque sean actos vinculados a la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de los contratos”.

“Si la materia para el laudo arbitral se refiere exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial derivadas de un acto administrativo, los árbitros sí tienen competencia como jueces transitorios”.

“En el Consejo de Estado, en sentencia de febrero 23 de 2000, consideró esa corporación que del arbitraje debían excluirse las discrepancias que tuvieran relación directa con los poderes y prerrogativas propias del poder público, que le son otorgadas por la Constitución y por la ley, de las cuales no puede la administración desprenderse o renunciar. Esos poderes y prerrogativas son medios para satisfacer necesidades de los administrados y para proveer a la realización e los fines del Estado, por lo que no es posible negociar en esa materia. Conforme a la providencia, los derechos de los particulares se protegen por el autocontrol de la administración en la vía gubernativa y en la revocatoria directa y en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo. El ejercicio del poder público no se puede transigir y no s factible que la justicia arbitral decida la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce potestades exorbitantes que atribuye la ley en el ámbito de la contratación, como declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista; ni es posible que se pronuncie esa justicia arbitral sobre los efectos de este tipo de actos y menos restarle eficacia”.

Dijo también en esa oportunidad el Consejo de Estado:

“No obstante lo anterior, la Sala estima importante precisar, que no por el sólo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida, desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y

decididas por un Tribunal de Arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o compromiso que aquellas hayan pactado. No, únicamente quedan excluidas de esa posibilidad, las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido”.

3.8.3. Clases de Arbitraje Aplicadas a la Contratación Administrativa.-

3.8.3.1. Laudo en Derecho y Laudo en Conciencia.- En vigencia de la ley 4 de 1964 el Consejo de Estado manifestó en concepto de la sala de consulta de julio 12 de 1972, que en el campo de la contratación administrativa no es posible estipular que el fallo arbitral pueda proferirse en conciencia, porque la regla general procesal es la de que toda sentencia se dicte con sujeción a derecho, y, por lo tanto, el laudo en conciencia se convierte en una modalidad excepcional que para que sea viable requiere de estipulación expresa de las partes; pero dicha estipulación no puede consignarse si se carece de facultad legal para ello, facultad que se supone reside en los particulares pero nunca en el Estado, cuya actividad está regulada, es decir, que solo puede hacer aquello que expresamente le está autorizado, y como la mencionada ley nada decía al respecto, no podía inferirse de su silencio que hubiere autorizado para convenir el arbitraje ex aequo et bono.

Este principio se ha mantenido invariable en la legislación, y así el artículo 70 de la ley 80 (decreto 1818, artículo 228) dispone que el fallo será en derecho, de manera que por mandato legal está prohibido el laudo en conciencia en esta especie particular de arbitraje.

3.9. CAUSALES DE NULIDAD EN EL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN ESTATAL y EL RECURSO DE REVISIÓN.

3.9.1. Recurso de Nulidad.- El recurso de anulación contra los procesos arbitrales fue establecido, como en su lugar se expresó, por los códigos de procedimiento civil de 1979 y de comercio de 1971, estatutos en donde se señalaron las causales que pueden alegarse y se reglamentó el procedimiento pertinente.

De este recurso siempre se ha podido hacer uso en los procesos arbitrales sobre contratos estatales por virtud de la legislación arbitral y ahora en particular por disposición de la ley 80 de 1993.

Esta ley, a diferencia de las anteriores opta por reglamentar el recurso en el artículo 72, no obstante lo cual, salvo en el punto de las causales para sustentarlo, guarda armonía con el decreto 1818. En efecto, luego de establecer el recurso, dice que este se interpone por escrito presentado ante el tribunal arbitral dentro de los cinco días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente, norma igual al artículo 37 del decreto 2279 de 1989 (decreto 1818 de 1998, artículo 161).

Luego dispone que el recurso se tramita ante la Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, de conformidad con la legislación al respecto, donde se manifiesta una evidente tendencia centralista, pues todo laudo proferido en contratos estatales, cualquiera que sea la entidad pública involucrada, se surte ante este tribunal en la Capital de la República, cuando respecto de los contratos celebrados por entidades seccionales hubiera podido atribuirse competencia a los Tribunales Administrativos Locales.

Pero el punto de la competencia para conocer de este aspecto del arbitraje fue también muy discutido, por cuanto la jurisdicción administrativa la reclamó para sí en diferentes ocasiones, con argumentos como el de que habiendo una jurisdicción especial para conocer de las actuaciones de la administración es claro que ella debe ocuparse de la nulidad del laudo arbitral en que se resuelva un asunto de esta naturaleza, a fin de evitar el reparto de competencia entre varias jurisdicciones, es decir, razones similares a las expuestas para asumirla al Consejo de Estado en el caso del nombramiento de los árbitros.

En el Código Contencioso Administrativo vigente (decreto 1 de 1984), artículo 128 en el numeral 12 se atribuye al Consejo de Estado, en su Sala Contencioso Administrativa, el conocimiento de la nulidad de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos administrativos, o de derecho privado de la administración en que se

haya incluido la cláusula de caducidad, en los términos y por las causales previstas en el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil. Esta competencia se mantiene en la actualidad, pues ha sido consagrada sucesivamente por los artículos 20 del decreto 2304 de 1989, 72 de la ley 80 de 1993 y 36 de la ley 446 de 1998, que han modificado esta norma. El artículo 128, numeral 5 del Código, según ésta última reforma, dice así:

“El Consejo de Estado, en sala de lo contencioso administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia... 5. del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia solo procederá el recurso de revisión”.

3.9.1.1. Causales de Anulación de la Ley 80 de 1993.- El artículo 72 de la Ley 80 de 1993 establece como causales de anulación las siguientes:

1. “Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en forma y tiempo debidos.
2. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
3. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.
4. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.
5. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

3.9.1.2. Controversia sobre Causales Especiales para la Contratación Estatal.- El artículo 72 de la ley 80 de 1993 se ocupa en determinar las causales que se pueden invocar en el recurso, transcribiendo cinco de las establecidas en el decreto 1818, las de los numerales 4,6, 7, 8 y 9 del artículo 163 de dicho decreto, es decir que eliminaron sin explicación alguna las causales relativas a la nulidad del pacto arbitral, la indebida constitución del tribunal, la falta de notificación y haberse dictado el laudo después de vencido el término de duración del proceso o de sus prórrogas.

El artículo 230 del Decreto 1818 de 1998, establece las causales de nulidad propias para la solución de controversias contractuales, y establece que el trámite y los efectos del recurso se regirán por el artículo 72 de la Ley 80 de 1993 antes mencionado.

En lo tocante a la nulidad del pacto arbitral, el tema es inadecuado para tratar por medio de el recurso de anulación, siempre que exista un trámite distinto al del proceso o previo a este para clarificar el punto y sin perjuicio de que ahora el tribunal arbitral, conforme al artículo 118 del decreto 1818, tiene la posibilidad de pronunciarse sobre la validez del pacto arbitral, sin que la nulidad que del contrato pueda declarar lo inhiba de conocer otros aspectos del litigio, por lo que es acertada la eliminación de esta causal.

Respecto a la falta de notificación, ello no puede alegarse en litigios sobre contratos estatales, ni por medio de este recurso, al contrario de las demás modalidades arbitrales, e inclusive del arbitraje internacional, en la cual se establece la posibilidad de denegar la ejecución del laudo cuando se hubiere incurrido en este efecto, como lo establece la Convención de Panamá (artículo 5, letra b) o en la de Naciones Unidas (artículo 5, aparte 1, letra b), o de la Ley Modelo de la UNCITRAL (artículo 34, inciso 2, aparte a-i); e inclusive está prevista esta circunstancia como causal para negar el exequátur a laudos extranjeros en el artículo 694 numeral 6 del Código de Procedimiento Civil. El único camino será alegar este vicio en la etapa de la ejecución del laudo.

Semejantes comentarios merece la eliminación de la causal relativa a la indebida constitución del tribunal consagrada también en la Ley Modelo de UNCITRAL (artículo 34, inciso 2, aparte 2-IV) y en las Convenciones de Nueva York y de Panamá (en ambas en el artículo 5, aparte 1, letra d).

Otra causal cuya eliminación se justifica es la relativa a haberse dictado el laudo luego de expirado el término del proceso, por cuanto a éste puede ser prorrogado por el propio tribunal hasta por la mitad del término convencional o legal, como lo autoriza el artículo 70 de la ley

80, de lo cual resulta que este defecto no puede tener lugar porque está en manos del propio tribunal arbitral impedir que se consume.

En cuanto al trámite del recurso y sus efectos, el artículo 72 de la ley 80, en su inciso final, remite a las disposiciones vigentes sobre la materia, es decir al decreto 1818 de 1998.

Respecto de la nulidad de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos administrativos, no basta con el solo escrito en que se planteen los cargos de nulidad, sino que es necesario seguir el trámite normal de un proceso ordinario contencioso, que se inicia con una demanda formal, y prosigue con la notificación al agente del ministerio público, al representante legal de la entidad oficial involucrada y a los terceros señalados en la demanda que puedan tener interés en el asunto, fijación en lista, suspensión provisional, término probatorio, traslado para alegar, audiencia pública, entre otros, todo lo cual resulta superfluo, dilatorio, lo que desnaturaliza la institución arbitral, que busca la rápida solución del conflicto.

Querría decir lo ya expuesto que el proceso arbitral de esta clase no es susceptible de un mero recurso de anulación, sino de una verdadera acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, aunque no se trate de la acción de nulidad propia de esta jurisdicción, sino de una acción que pretenda la infirmación del laudo arbitral dictado en un proceso incurso en alguna de las causales de nulidad para tal efecto. El Consejo de Estado reaccionó contra éste trámite innecesario⁴⁴ y declaró probada la excepción de inconstitucionalidad de la norma del Código Contencioso mencionada, para en su lugar aplicar el trámite previsto en el decreto 1818.

Un punto de controversia interpretativa es el de la averiguación alrededor de la procedencia de las causales de anulación previstas de modo general. Se trata de saber si los motivos de anulación del laudo, contenidos en el artículo 38 del decreto 2279, no repetidos en la ley 80, tienen cabida en el proceso arbitral contencioso administrativo contractual, máxime si se considera que el citado artículo 72 de la ley

⁴⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 3 de abril de 1992. Consejero Ponente doctor Carlos Betancourt Jaramillo. Boletín 964 del Colegio de Abogados Comercialistas.

80 contempla una regla concreta de remisión, según la cual el trámite y efectos del recurso se regirán por las disposiciones vigentes sobre la materia.

Sobre el particular, revisada la doctrina y la jurisprudencia, puede asegurarse que se estructuran dos posiciones inversas y encontradas:

Una primera se acoge a la especialidad de la ley 80 de 1993, que por ser norma posterior prefiere al Decreto 2279. De modo que las causales de anulación de laudos proferidos en arbitrajes contencioso administrativos son únicamente las de la ley 80. Más aún: el artículo 72 destacado ordena aplicar del reglamento general únicamente el trámite y los efectos y no las causales de anulación.

Parte de la doctrina reconocida participa de esa vertiente. Por ejemplo, el autor Gil Echeverri⁴⁵ lo señala después de considerar que

“en forma inexplicable se eliminaron las causales consagradas en los numerales 1,2, 3 y 5 del Decreto 2279”.

En igual sentido se pronuncia Benetti Salgar⁴⁶, quien juzga bien suprimidas las causales sobre indebida constitución del tribunal y la de dictarse el fallo después de expirado el término del proceso.

Están ausentes otras causales de anulación en el campo de la ley de contratación, como es el caso de la nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita, no haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal o haberse producido el laudo después del vencimiento del término legal o de sus prórrogas.

Por el contrario, otra corriente admite que los laudos arbitrales contencioso administrativos pueden ser atacados mediante el recurso de anulación fundado en las causales erigidas en el artículo 38 del Decreto 2279 y no solamente por las de la ley 80. esta posición se apoya en la existencia de un sistema normativo único de arbitraje.

⁴⁵ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. Del recurso de anulación de laudos arbitrales. Barranquilla: Cámara de Comercio de Barranquilla. 1998. P. 233 y 234.

⁴⁶ BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el derecho colombiano. Bogotá: Editorial Temis, 2° edición, 2000. P. 251.

De esta segunda línea es el Consejo de Estado, que en algunas oportunidades ha decidido de fondo recursos de anulación propuestos con base en causales como la nulidad del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita.

3.9.2. Recurso de Revisión.- El artículo 166 del Decreto 1818 de 1998 establece:

“El laudo arbitral y la sentencia del Tribunal Superior en su caso, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por lo motivos y trámites señalados en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, no podrá alegarse indebida representación o falta de notificación por quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación.

Son competentes para conocer del recurso e revisión contra el laudo arbitral, el Tribunal Superior del Distrito Judicial del lugar correspondientes a la sede del Tribunal de Arbitramento; y contra la sentencia del Tribunal Superior que decide el recurso de anulación, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia”.

Las causales de este recurso son las mismas que establece el Código de Procedimiento Civil.

3.10. FUNDAMENTOS LEGALES DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

3.10.1. Antecedentes Históricos.-

1. La ley 4 de 1964⁴⁷ estableció la posibilidad de que el Estado o entidades oficiales utilicen el arbitraje para dirimir los conflictos que se presenten entre ellas o con los particulares. Antes de esta ley era posible la arbitrabilidad de estas diferencias previa disposición legal que lo autorizara en cada caso, como sucedió con el célebre hecho de la Compañía Colombiana de Electricidad, porque la tesis imperante hasta entonces era la de que el arbitraje estaba reservado para solucionar controversias surgidas entre particulares plenamente

⁴⁷ BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho colombiano. Bogotá. Temis, 2° edición, 2000. P. 253.

capaces, estándole vedado al Estado acceder a este mecanismo de composición, pues no se le reconocía la capacidad suficiente para transigir, esto es, para disponer libremente de sus derechos, requisito indispensable para que sea permitido acudir al arbitraje.

Como el arbitraje se ha considerado y se considera, conforme a una tradición muy arraigada, una institución del derecho privado para resolver diferencias que puedan surgir en desarrollo de relaciones particulares, las anteriores son secuelas inevitables de esta apreciación histórica, porque el arbitraje está impregnado de los principios que inspiran el derecho privado, entre los cuales sobresale el de la autonomía de la voluntad. El Estado y las entidades oficiales por su parte se rigen por su propio sistema jurídico, esto es, el derecho público, y particularmente el derecho administrativo, que obedece a principios diferentes, como el de que la administración pública solo puede hacer aquello que la ley señala (Constitución Política artículos 6, 121 y 122). Sin embargo, se les permite utilizar instituciones del derecho privado, civil y comercial, como son los casos del régimen de la contratación o de la responsabilidad extracontractual, siempre, claro está, que medie una autorización legal para el efecto. Ahora bien, aunque en principio la utilización que se haga de una figura de derecho privado implica todos sus principios y consecuencias, la ley puede imponer salvedades para acomodarlas a las relaciones jurídicas que trata de regular, lo cual permite establecer las diferentes modalidades que presenta una institución jurídica cuando se aplica en cada uno de los campos.

Estos derroteros, que la jurisprudencia y luego la ley han reconocido, tienen aplicación plena también en el arbitraje, para cuyo empleo las entidades oficiales no obtuvieron autorización de carácter general sino a partir de dicha ley.

En efecto, la ley 4 de 1964 dispuso en el artículo 13 que

“las entidades a que se refiere la presente ley quedan facultadas para someter a arbitramento, en los términos de la ley 2 de 1938, las diferencias que se presenten con los contratistas”.

Tales entidades son la Nación, los institutos, las empresas o establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales, al tenor del artículo 1; y los contratos que en desarrollo de esta ley podían celebrarse conforme a la misma norma, fueron aquellos necesarios para realizar estudios, construcciones, mejora y conservación de las obras que corresponde ejecutar a estas entidades, y para ejercer la interventoría de las labores de los contratistas. El contexto de esta ley y la expresa referencia que en ella se hace a la ley 2 de 1938 entonces vigente, indican que lo que se autorizó fue la inserción de la cláusula compromisoria en los contratos de obra pública, mas no en otros contratos o relaciones jurídicas de la administración, ni tampoco la celebración del contrato de compromiso para dirimir diferencias que se presentaren en la ejecución de un contrato de este o de cualquier otro tipo en que no se hubiera convenido el arbitraje, o como consecuencia de una relación extracontractual.

Durante la vigencia de esta ley tuvo la jurisprudencia ocasión de precisar el alcance del arbitraje en la contratación administrativa, y así estableció que el pacto arbitral entraña simplemente un cambio en el juez que decide el litigio, pero nada más, con lo cual se está diciendo que continúa aplicándose el derecho contractual administrativo en toda su integridad, lo que significa que el arbitraje encuentra en ello las limitaciones pertinentes, que impiden su empleo extensivo con la misma amplitud y habitualidad con que es posible hacerlo en el ámbito del derecho privado. Esta doctrina se expuso para descartar el arbitraje en conciencia y el fallo arbitral sobre aspectos que son materia de aplicación de la cláusula de caducidad, precisiones que después fueron consagradas de manera expresa en la ley.

2. El decreto 150 de 1976⁴⁸, se dictó luego, que constituye un estatuto orgánico y completo sobre la contratación administrativa, de la cual formaba parte el artículo 66, cuyo tenor era el siguiente:

“De la cláusula compromisoria. Salvo disposición en contrario, en los contratos que celebre la nación podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que

⁴⁸ BENETTI SALGAR, *Ibidem*. P.253

se susciten en relación con el contrato. En la cláusula compromisoria deberá convenirse la forma de nombrar los árbitros. El fallo será siempre en derecho. La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral”.

También autorizó este decreto la inclusión de la cláusula compromisoria en el contrato de empréstito según el artículo 115, y generalizó la posibilidad del arbitramento técnico en el artículo 76, con todo lo cual le dio mayor amplitud al arbitraje en este campo y al propio tiempo señaló claras reglas para su ejercicio.

3. El decreto 222 de 1983⁴⁹, que derogó y sustituyó al decreto 150 de 1976, el cual contiene los mismos preceptos en los artículos 24, 76 y 77, aunque con algunas reformas: el segundo de tales artículos decía así:

“Artículo 76.-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”.

Este Decreto también conservó la autorización para incluir las cláusula compromisoria en los contratos de empréstito, como lo expresaba el artículo 239.

4. El Decreto 2279 DE 1989⁵⁰ (Octubre 7), Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones, se habla del arbitraje en general y del arbitraje internacional. En la Sección tercera se habla del arbitraje internacional en los siguientes términos:

⁴⁹ BENETTI SALGAR Ibidem. P.254

⁵⁰ BENETTI SALGAR, Ibidem. P.254

“Artículo 48. El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia, respecto de los cuales se haya cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para su vigencia”.

5. El Decreto 2651 DE 1991⁵¹ (Noviembre 25) Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales, que también habla del arbitramento y del trámite que se debe seguir para el desarrollo de éste.

6. La Ley 23 DE 1991 (Marzo 21)⁵² Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, y se dictan otras disposiciones y que regula entre sus materias el arbitraje.

3.10.2. Régimen Actual.-

1. Constitución de 1991, establece en su artículo 116, en su inciso final lo siguiente:

- a. “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de 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”.

2. La ley 80 de 1993⁵³, que derogó y sustituyó el decreto 222 de 1983, que es el actual estatuto orgánico de la contratación administrativa, en el cual los artículos 68 a 74 se refieren al tema de la solución de controversias contractuales, parcialmente compilados en los artículos 226 a 231 del decreto 1818 de 1998.

Esta legislación, que incluye parte de la preceptiva anterior, imprime no obstante un impulso para la solución extrajudicial de las controversias con disposiciones como la del artículo 68 (decreto 1818, artículo 226) en que se insta a las entidades públicas y a los contratistas a solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias

⁵¹ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Legislación en MASC. Material Curso de Secretarios de Tribunal de Arbitramento. Octubre de 2002.

⁵² CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Ibidem.

⁵³ COLOMBIA. Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Ley 80 de 1993. El Pensador Editores Ltda. Bogotá. 1994.

y discrepancias surgidas de la actividad contractual, para cuyo efecto acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción; o el artículo 69, en que se impide a la autoridad pública establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de controversias nacidas de los contratos estatales, como también prohibir la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las controversias surgidas del contrato estatal.

Dentro de este orden de ideas se ocupa la ley de regular la cláusula compromisoria (artículo 70) y el compromiso (artículo 71), así como el recurso de anulación de los laudos arbitrales (artículo 72), anteriormente descritos, el arbitraje técnico (artículo 74) e inclusive autoriza que se pacte acudir a los centros de conciliación y arbitraje pertenecientes a asociaciones profesionales, gremiales o de las cámaras de comercio para que diriman las controversias de carácter contractual (artículo 73).

Pero en los últimos años se ha observado un decrecimiento del arbitraje en materia administrativa, que al parecer, ha obedecido a múltiples factores, un poco la onerosidad de los trámites arbitrales, y cuando se habla de esa onerosidad se refiere a que básicamente son los particulares quienes en principio han tenido que entrar a sufragar la totalidad de los gastos, normalmente también dentro de las estadísticas se alcanza a ver que el 99% de los trámites arbitrales que se inician en los que está involucrado una entidad del sector público, en el 99% la entidad convocada casi siempre es una entidad del sector público, es decir, en realidad los particulares son los que convocan con mayor frecuencia a la entidad del sector público y la entidad del sector público normalmente no paga los correspondientes honorarios. Eso desde luego representa una onerosidad para la parte que convoca al Tribunal que se ve eventualmente abocada a pagar no solamente su 50% que le corresponde, sino adicionalmente el otro 50% que deja de pagar desde luego la parte convocada.

En otras circunstancias también se ha visto cómo algunas cláusulas compromisorias, algunos pactos arbitrales, no son definitivamente

afortunados para la existencia del arbitraje, se ve cómo, y eso se presenta con mayor frecuencia, en los arbitrajes en materia administrativa, las cláusulas que se suscriben entre las entidades del sector público y los particulares, son una copia casi exacta del artículo 70 y 71 de la Ley 80 del 93, hay cláusulas que realmente son inocuas, parecieran confusas y eso da lugar a que muchos trámites eventualmente no se logren instalar.

Y finalmente, hay unas decisiones que en principio han resultado controvertidas particularmente del Consejo de Estado, de las cuales se hace evidente un poco la extremada limitación que se ha hecho del arbitraje en derecho administrativo y que, básicamente termina por obstruir un poco la evolución de este mecanismo.

A lo anterior hay que agregarle el Síndrome de TermoRío, que surge por lo que se explica de manera clara, pero breve un artículo del 26 de septiembre de 2001, en el periódico EL TIEMPO, que se titula "Piden sancionar a Colombia" y que explica que TermoRío solicitó a E. U. retirarle al país beneficios comerciales. Dice que el gobierno está violando acuerdos internacionales al negarse a obedecer un fallo arbitral.

TermoRío pide a E. U. que le retire a Colombia los beneficios del Acuerdo Andino de Preferencias Arancelarias (ATPA) que exige al país del pago de impuestos aduaneros en algunas de sus exportaciones.

La solicitud de TermoRío se fundamenta en el hecho de que la Nación no ha querido acatar el fallo del Tribunal de Arbitramento Internacional que la condenó a pagarle 63 millones de dólares por el incumplimiento de un contrato de generación de energía.

Un vocero del gobierno afirmó que Colombia nunca ha desconocido el fallo. Lo que se ha hecho es hacer uso del recurso de anulación de dicho fallo, contemplado en la legislación y conocido por los inversionistas extranjeros. Afirma además que si la condena no se ha pagado es porque aún no se ha definido si procede o no dicho recurso

de anulación, el cual también podía haber sido utilizado por TermoRío en caso de que el fallo no lo beneficiara.

Existe un concepto del procurador general, Edgardo Maya, en el que dice que no se pague la condena hasta tanto se resuelva el recurso de anulación que hace trámite en el Consejo de Estado.

Además, se adelantan investigaciones fiscales, penales y disciplinarias por las anomalías encontradas en el contrato firmado con TermoRío.

Por el fallo anterior, que condena en una suma millonaria al Estado, por haberse encontrado responsable por el Tribunal de Arbitramento, y luego prospera el recurso de anulación del laudo arbitral, se ha perdido por parte del Estado la credibilidad en la institución del arbitraje y se ha buscado, por los entes del Estado su limitación. Sin tenerse en cuenta que éste no es el único fallo, sino que ha habido muchos más acertados, que condenan al Estado, no por estar en contra de éste, sino porque se ha ido descubriendo, que hay contratos del Estado que no cumplen con los requisitos básicos de la contratación administrativa, y que hay funcionarios públicos que han cometido errores en la celebración de contratos, porque piensan que cuando salga el fallo que los condene por sus errores, ellos ya no se encontrarán en el mismo cargo para hacerse responsables.

En la actualidad el arbitraje en contratación estatal es plenamente permitido, siempre y cuando no se deba decidir aspectos que sólo le corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se ha perdido credibilidad por parte de las entidades públicas, porque se teme a ser condenadas y a tener que pagar en poco tiempo esta condena, y existe falta de confianza del inversionista extranjero, porque la entidad puede emitir un acto administrativo, que impide que el conflicto se resuelva por el mecanismo de arbitraje e irá a ser resuelto por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Además, la ley 80 autoriza que los contratos celebrados en el exterior o que deban ejecutarse o cumplirse allí puedan regirse por la ley del país en que se hayan suscrito o someterse a la ley extranjera, lo mismo que los contratos financiados por organismos multilaterales o

personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia y ayuda internacionales, someterlos a sus propios reglamentos en cuanto a su formación, adjudicación y cláusulas de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes (artículo 13) lo que se repite en el artículo 40, inciso 4; y concretamente se autoriza el arbitraje internacional en el inciso final del artículo 70, acerca de los contratos celebrados con personas extranjeras y en los que incluyan financiación a largo plazo, o sistemas de pago mediante la explotación del objeto contratado u operación de bienes para la explotación de un servicio público.

Esta última norma fue modificada por el artículo 4 de la ley 315 de 1996, relacionada con el arbitraje internacional para incluir los contratos celebrados con persona nacional, lo cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-347 de julio 25 de 1997⁵⁴.

Podemos inferir de todo lo anterior que el arbitraje inicialmente fue admitido en el derecho administrativo con sumo recelo y cuidadosas limitaciones, que restringen el marco de aplicación mucho más amplio que tiene en las relaciones entre particulares, pero también, que la evolución legislativa ha ido abriendo el compás paulatinamente, aunque sin permitir que la institución pueda ser utilizada con entera libertad, ya que existen ciertas limitaciones en el campo del arbitraje en materia de contratación estatal.

Y en muchos casos, hoy está de moda, que convocado un tribunal de arbitramento, el convocante y el convocado se notifican de la demanda arbitral, con posterioridad a esa notificación se expiden por parte de la administración un acto administrativo, que impide que se habilite al tribunal arbitral y que se haga efectiva la cláusula compromisoria o el compromiso arbitral.

⁵⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 347 de 25 de julio de 1997. Magistrado Ponente doctor Jorge Arango Mejía. Fuente: Boletín 1241 del Colegio de Abogados Comercialistas.

3. La Ley 315 de 1996⁵⁵ mediante la cual se regula el arbitraje internacional, en la República de Colombia.

4. La Ley 446 de 1998⁵⁶ (julio 7) de descongestión, acceso y eficiencia en la justicia y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos del Ministerio de Justicia y del Derecho.

5. El Decreto 1818 DE 1998⁵⁷ (septiembre 7) por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

3.11. LA LEY 80 Y EL ARBITRAJE

Preceptúa el artículo 70 de la ley 80 de 1993, la posibilidad de estipular que cualquier diferencia entre las partes durante la ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato sea sometida a un tribunal de arbitramento, para que decida en derecho.

3.11.1. Entidades Públicas que Pueden Acudir al Arbitraje.- La primera cuestión que surge es la referente a precisar cuáles son las entidades públicas que pueden, por ministerio de la ley, acudir al arbitraje, para solucionar los conflictos que se presentaren en desarrollo de los contratos que celebren entre sí o con los particulares.

La respuesta a esta pregunta puede encontrarse en el artículo 1 de la ley 80 de 1993, en cual se dice que dicho estatuto sobre contratación administrativa se aplica a los contratos que celebren las entidades estatales; y el artículo 2 que define y enumera cuáles son estas entidades.

3.11.2. Capacidad de las Entidades Públicas para Acudir al Arbitraje.-Otro aspecto importante es la capacidad de las entidades públicas para acudir al arbitraje.

⁵⁵ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Legislación en MASC. Material Curso de Secretarios de Tribunal de Arbitramento. Octubre de 2002.

⁵⁶ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Ibidem.

⁵⁷ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Ibidem.

Partiendo del principio que rige en el derecho administrativo conforme al cual los funcionarios públicos, a diferencia de los particulares que pueden hacer todo lo que no está prohibido por la norma positiva, solo tienen capacidad para llevar a cabo aquello que la ley expresamente les permite, es preciso, para que una entidad estatal pueda acudir a alguno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, que hubiere disposición legal que lo autorice. No es pues de recibo en este campo el principio que impera en el derecho privado, según el cual, quien tenga capacidad para transigir, la tiene para conciliar o para someter a arbitraje, porque según lo que se acaba de decir, la actividad administrativa siempre es reglada.

Dentro de este orden de ideas tenemos que el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil prescribe que los representantes de la Nación, departamentos y municipios no podrán transigir sin autorización del gobierno nacional, del gobernador, o alcalde, según fuere el caso y además que 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.

Pero posteriormente el artículo 59 de la ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la ley 446 de 1998, permite que las personas jurídicas de derecho público puedan conciliar, total o parcialmente, antes del proceso o durante este, conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de las acciones establecidas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, con excepción de los de carácter tributario, y sin necesidad de autorización alguna, pero con la de la junta o consejo directivo de las entidades descentralizadas por servicios, conforme a los estatutos que las rigen y a la asignación de competencias relacionadas con su capacidad contractual.

Armonizando estas disposiciones se puede afirmar que la ley 23 de 1991 le dio a las entidades de derecho público una capacidad plena para conciliar las diferencias con particulares que puedan ser objeto de acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo,

excepto las de carácter tributario, sin necesidad de autorización alguna. Por su parte, la disposición del Código de Procedimiento Civil queda reducido en su aplicación al caso de controversias que fueren de conocimiento de las jurisdicciones ordinaria o especializadas distintas de la contencioso administrativa.

3.11.3. Cláusula Arbitral.- La posibilidad de someter a arbitraje determinada controversia nace de si se ha pactado o no la cláusula arbitral por virtud de la autorización legal que para el efecto contempla la ley 80 que se mencionó con anterioridad en el presente trabajo.

3.11.4. Limitaciones de los Árbitros en Litigios Sobre Contratos Administrativos.- Otro punto al que hay que referirse son las limitaciones del árbitro en litigios sobre contratos administrativos.

La legislación en este punto de ser restrictiva ha evolucionado con el paso del tiempo, de modo que ahora el campo de acción es mucho más amplio para el árbitro, no obstante que continúa restringido al contrato estatal.

En efecto, en cuanto a la especie de contratos a que se puede aplicar la solución arbitral, la ley 4 de 1964 se refería solo al contrato de obra pública, cuando ahora con la ley 80 de 1993, puede estipularse en cualquier contrato estatal.

En el artículo 91 de la ley 418 de 1997 se tiene una excepción a la anterior regla, que tiene vigencia transitoria, la cual impide someter a decisión arbitral la aplicación de la cláusula de caducidad para dar por terminado un contrato cuando el motivo haya sido que el contratista cedió o colaboró con una organización subversiva.

Además, los artículos 70 y 71 de la ley 80, establecen que en pacto arbitral en sus dos modalidades puede convenirse para resolver cualquier disputa que pueda surgir por razón de la celebración del contrato, y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación; con esto el convenio arbitral amplía su cobertura a las diferencias que afloran en cualquiera de las fases del contrato, previsión importante a falta de estipulación en contrario.

Este punto es bien importante porque, contemplada esta normatividad con lo normado en el artículo 116 de la ley 446 de 1998 (decreto 1818 de 1998) en que se consagra la autonomía de la cláusula compromisoria, se refuerza la idea de que el juez arbitral, cuando está prevista la cláusula compromisoria, a menos de estipulación expresa y aun en el caso del compromiso celebrado sin restricción alguna, es el único competente, inclusive en el caso de los contratos estatales.

La única restricción del tribunal arbitral es la de no ser competente para conocer de la legalidad de los actos administrativos que se produzcan con motivo de la actividad contractual, pues conforme al artículo 77 de la ley 80, estos actos solo son susceptibles del recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual a que se refiere el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Este problema puede, ser superado en parte con la revocación unilateral de los actos administrativos para los cuales la entidad estatal está autorizada por el parágrafo del artículo 68 de la ley 80, siempre que no haya recaído sentencia ejecutoriada.

Respecto de la competencia de los árbitros frente a determinados actos administrativos puede expresarse que, la Corte Constitucional halló exequible el arbitraje consagrado por la ley 80 de 1993, pero simultáneamente y con valor erga omnes determinó que los árbitros carecen de competencia para pronunciarse sobre actos administrativos dictados por la administración con base en sus poderes excepcionales, con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares.

Queda por entender, si el juzgamiento arbitral envuelve un acto administrativo de la clase de los anotados, o sea actos dictados por la administración con base en sus poderes excepcionales, con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos estatales, los árbitros deberán declararse incompetentes desde la primera audiencia en que deben examinar la competencia.

De igual forma debe afirmarse que si se trata de actos administrativos diferentes, no hay impedimento para el pronunciamiento arbitral.

En fallo de la Corte Constitucional C-1436⁵⁸ de octubre de 2000 se expresó:

“ Los árbitros carecen de competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración con base en sus poderes excepcionales, con ocasión de la celebración, desarrollo, la terminación y de la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares pero sí tienen competencia para decidir acerca de los actos administrativos que no sean dictados con base en poderes excepcionales, aunque sean actos vinculados a la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de los contratos”.

Si la materia para el laudo arbitral se refiere exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial derivadas de un acto administrativo, los árbitros sí tienen competencia como jueces transitorios.

En el Consejo de Estado, en sentencia de febrero 23 de 2000⁵⁹, consideró esa Corporación que del arbitraje debían excluirse las discrepancias que tuvieran relación directa con los poderes y prerrogativas propias del poder público, que le son otorgadas por la Constitución y por la ley, de las cuales no puede la administración desprenderse o renunciar.

Esos poderes y prerrogativas son medios para satisfacer necesidades de los administrados y para proveer a la realización e los fines del Estado, por lo que no es posible negociar en esa materia.

Conforme a la providencia, los derechos de los particulares se protegen por el autocontrol de la administración en la vía gubernativa y en la revocatoria directa y en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo.

⁵⁸ BENETTI SALGAR. *Ibíd.* P. 263.

⁵⁹ BENETTI SALGAR. *Ibíd.* P. 265.

El ejercicio del poder público no se puede transigir y no es factible que la justicia arbitral decida la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce potestades exorbitantes que atribuye la ley en el ámbito de la contratación, como declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista; ni es posible que se pronuncie esa justicia arbitral sobre los efectos de este tipo de actos y menos restarle eficacia.

Dijo también en esa oportunidad el Consejo de Estado:

“No obstante lo anterior, la Sala estima importante precisar, que no por el sólo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida, desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y decididas por un Tribunal de Arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o compromiso que aquellas hayan pactado. No, únicamente quedan excluidas de esa posibilidad, las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido”.

3.11.5. Duración del Proceso Arbitral.- En cuanto al término de duración del proceso arbitral se puede decir que, si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señala el término de duración del proceso, éste es de seis meses, contados desde la primera audiencia de trámite. Tal régimen general debe ser completado con el especial: si el arbitraje está relacionado con un contrato estatal, la Ley 80 de 1993 permite que los propios árbitros decreten una prórroga, en forma oficiosa, por la mitad del término inicialmente acordado o legalmente establecido. Este supuesto no se excluye con los otros; por el contrario, se acumula. En consecuencia, considerado el lapso legal de duración, podría el arbitraje extenderse hasta por quince meses.

La Corte Constitucional declaró exequible la norma que se estudia sobre la facultad para los árbitros de decretar ellos mismos la prórroga mediante sentencia C-426 de 29 de septiembre de 1994⁶⁰, en la que dijo:

⁶⁰ BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho colombiano. Bogotá. Temis, 2° edición, 2000. P. 262.

“Con la disposición cuestionada no se atenta contra la autonomía pues lo primero que ella hace es reconocer a las partes la atribución de integrar tribunales de arbitramento, que, desde luego, actúan dentro de los presupuestos y pautas del debido proceso con unos límites en el tiempo, fijados –según lo dicho– por las propias partes y por la ley a falta de que éstas dispongan. La prórroga del término para fallar no se da siempre sino que a ella se recurre cuando los miembros del tribunal lo consideren necesario para la producción el laudo respectivo y, además, la propia ley se ocupa en establecer que dicha prórroga no será mayor de la mitad del término inicialmente acordado legalmente establecido”.

3.12. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN ESTATAL

3.12.1. Jurisprudencia del Consejo de Estado.

La jurisprudencia que se relaciona a continuación es la más sobresaliente y está organizada cronológicamente.

1. **Sentencia de 8 de abril de 1999**⁶¹: Explica que como en el Estatuto de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, se reproducen normas que con anterioridad habían sido derogadas, como se manifiesta de la siguiente manera:

“Como el artículo 167 de la ley 446 de 1998 derogó expresamente los artículos 6, 26 y 38, numeral 3, del decreto 2279 de 1989, los mismos no podían ser compilados en el decreto 1818 de 1998, pues, al hacerlo, el Gobierno Nacional entró a vulnerar precisamente el art. 166 de la ley 446 de 1998, que sólo le permitía compilar las normas que se encontrasen vigentes. Ahora bien, frente al art. 155, numerales 4 y 5, del decreto 1818 de 1998, que reprodujo el artículo 21 del decreto extraordinario 2651 de 1991, el demandante afirma que es violatorio de los artículos 162 y 166 de la ley 446 de 1998, aseveración que tiene fundamento, como se dijo también en el auto que decretó la suspensión provisional de aquél, pues el citado artículo 162, si bien adoptó como legislación permanente el artículo 21 del decreto extraordinario 2651 de 1991, también lo es que

⁶¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia de 8 de abril de 1999, Expediente N°5191. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Fuente: CD Room Consejo de Estado de 1999.

expresamente excluyó de tal adopción sus numerales 4 y 5, los cuales fueron compilados en el decreto acusado, desconociendo con ello las normas legales citadas. De otra parte, al prescribir el artículo 166 de la ley 446 de 1998 que el Gobierno Nacional queda facultado para compilar las normas vigentes contenidas, entre otras, en la ley 23 de 1991, sin cambiar su redacción, ni contenido, es evidente que el Gobierno Nacional debió reproducir el texto del artículo 103 de la ley 23 de 1991, que modificó el artículo 19 del decreto extraordinario 2279 de 1989, y no reproducir el texto original de este último artículo citado, pues, al hacerlo, contrarió lo dispuesto en los artículos 166 de la ley 446 de 1998 y 103 de la ley 23 de 1991”.

2. Sentencia de 1 de julio de 1999⁶²: Establece los requisitos de validez y eficacia de la Conciliación prejudicial en asuntos administrativos, para su aprobación. De esta manera se equipara a otros métodos alternativos de solución de conflictos como el arbitraje. La sentencia hace referencia en los siguientes términos:

“A partir de la Ley 23 de 1991 se permitió en nuestro país que las entidades públicas pudieran acudir a la conciliación prejudicial o judicial, sujeta a la previa homologación del juez administrativo, como una forma de solución alternativa de conflictos. Esto significa que en cuanto al acudir a los mecanismos de solución alternativa de conflictos las entidades de derecho público efectúan un acto de disposición de los dineros del Estado (Art. 2470 Código Civil), la ley ha querido rodearlos de exigencias mayores que las establecidas en el tráfico jurídico entre particulares. III.- De la misma manera que la transacción, la conciliación es un negocio jurídico en el que las partes terminan extrajudicial o judicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. La validez y eficacia de ese negocio jurídico en asuntos administrativos, está condicionada a la homologación por parte del juez quien debe ejercer un control previo de la conciliación con miras a verificar que se hayan presentado las pruebas que justifiquen la misma, que no sea violatoria de la ley o que no resulte lesiva para el patrimonio público en la medida en que la ley establece como requisito de validez y eficacia de la conciliación en asuntos administrativos la previa aprobación u homologación por parte del juez, hasta tanto no se produzca esa aprobación la conciliación no produce ningún efecto y por consiguiente las partes pueden desistir o retractarse del acuerdo logrado, no pudiendo por tanto el juez que la controla impartirle aprobación u homologarla cuando

⁶² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente N°15721. 1 de julio de 1999. Consejero Ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque. Fuente: CD Romm Consejo de Estado de 1999.

media manifestación expresa o tácita de las partes o una ellas en sentido contrario”.

Así mismo establece como se permite en Colombia la utilización de Métodos Alternos para solucionar conflictos para las entidades públicas expresándolo de la siguiente manera:

“A partir de la Ley 23 de 1991 se permitió en nuestro país que las entidades públicas pudieran acudir a la conciliación prejudicial o judicial, sujeta a la previa homologación del juez administrativo, como una forma de solución alternativa de conflictos.

Ya el Código de Procedimiento Civil en el artículo 341 había facultado a la Nación y a las entidades territoriales con la previa autorización del gobierno nacional, gobernador o alcalde según fuere el caso para transigir. También el Código Contencioso Administrativo en el artículo 218 en términos similares a los del Código de Procedimiento Civil permitió de manera inequívoca el allanamiento a las pretensiones de la demanda de las entidades públicas y la transacción.

Esto significa que en cuanto al acudir a los mecanismos de solución alternativa de conflictos las entidades de derecho público efectúan un acto de disposición de los dineros del Estado (art. 2470 Código Civil), la ley ha querido rodearlos de exigencias mayores que las establecidas en el tráfico jurídico entre particulares”.

Establece además, los requisitos de validez y eficacia para que dichos acuerdos sean válidos:

“La validez y eficacia de ese negocio jurídico en asuntos administrativos, está condicionada a la homologación por parte del juez quien debe ejercer un control previo de la conciliación con miras a verificar que se hayan presentado las pruebas que justifiquen la misma, que no sea violatoria de la ley o que no resulte lesiva para el patrimonio público⁶³”.

“Esto significa que hasta tanto el juez no apruebe u homologue el acuerdo conciliatorio, las partes pueden válidamente desistir del mismo cuando adviertan que el acuerdo logrado no resulta favorable o conveniente a sus intereses”.

⁶³ COLOMBIA. LEY 23 DE 1991. arts. 60 y 65. Fuente: Código Civil. Editorial Leyer. 1998. Dichos artículos señalaban que el juez al revisar el acuerdo conciliatorio debía verificar que esta no fuera lesiva para los intereses patrimoniales del Estado o que no se hallara viciada de nulidad absoluta.

“Reitera la Sala que en la medida en que la ley establece como requisito de validez y eficacia de la conciliación en asuntos administrativos la previa aprobación u homologación por parte del juez, hasta tanto no se produzca esa aprobación la conciliación no produce ningún efecto y por consiguiente las partes pueden desistir o retractarse del acuerdo logrado, no pudiendo por tanto el juez que la controla impartirle aprobación u homologarla cuando media manifestación expresa o tácita de las partes o una ellas en sentido contrario”.

3. Sentencia de 12 de agosto de 1999⁶⁴: Establece el pacto de cláusula compromisoria para los procesos ejecutivos que se deriven de contratos estatales, de la siguiente manera:

“Si bien la Sala, en anteriores pronunciamientos había sostenido que no es jurídicamente posible pactar la cláusula compromisoria para el conocimiento de los procesos ejecutivos que se deriven de los contratos estatales, por cuanto los tribunales arbitrales son jueces excepcionales, investidos de autoridad temporal, para decidir sobre precisas materias en donde los derechos reclamados se encuentran en controversia, la Corte Constitucional ha sentado el criterio jurisprudencial según el cual el art. 116 de la Carta Política no limitó dicha posibilidad; al respecto dijo la Corte:

“Si se analiza el inciso cuarto del artículo 116, se llega a la conclusión de que la administración de justicia por los árbitros, solo tienen 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.

⁶⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente N°16380. 12 de agosto de 1999. Consejero Ponente: Doctor Alier E. Hernández Enríquez. Fuente: CD Room Consejo de Estado 1999.

“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 arbitral. ¿De donde surgiría esta supuesta exclusión? ¿Cómo afirmar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse en el proceso de ejecución, constituyen una excepción a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, cuando *tal excepción no aparece en esta norma, ni en ninguna otra?*”.

La sentencia también se refiere al tema del cobro ejecutivo de la garantía contractual única:

“Esta Corporación, mediante auto de febrero 27 de 1997, decretó la suspensión provisional de la anterior disposición, por cuanto, de conformidad con el art. 75 de la ley 80 de 1993, el juez contencioso administrativo es el competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento. De tal manera, que la referida norma reglamentaria no podía establecer excepción a esta regla o atribuir competencia a otra autoridad”.⁶⁵

Por consiguiente, hasta tanto se defina el proceso de nulidad del art. 19 del decreto 679 de 1994, corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el conocimiento de los procesos ejecutivos dirigidos al cobro de la garantía única a que se refiere el art. 25, num. 19 de la ley 80 de 1993, garantía que tiene por objeto respaldar el cumplimiento de las obligaciones que surjan a cargo de los contratistas frente a las entidades estatales, por razón de la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales”.

4. Sentencia de 23 de febrero de 2000⁶⁶: Se refiere a la imposibilidad de que la jurisdicción contenciosa administrativa y un tribunal de arbitramento tengan competencia simultánea para decidir sobre la legalidad de un acto administrativo y los aspectos que sean transigibles, de la siguiente forma:

⁶⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de febrero 27 de 1997, Exp. 11318, Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. Actor: Hernando Pinzón Ávila. La Sala Plena Contenciosa, mediante auto noviembre 29 de 1994, Exp. S-414, con ponencia del Consejero Guillermo Chahin Lizcano, estableció que esta jurisdicción es la competente para tramitar los procesos ejecutivos para el cobro de obligaciones nacidas con ocasión del contrato estatal. Ver: Anales del Consejo de Estado, T. CXXXIX, primera parte, cuarto trimestre de 1994, p. 93.

⁶⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente N°16394. 23 de febrero de 2000 Consejero Ponente: Doctor Germán Rodríguez Villamizar. Fuente: CD Room Consejo de Estado 2000.

“Conforme a lo planteado anteriormente, concluye la Sala, que jurídicamente es imposible admitir que tanto la jurisdicción contencioso administrativa, como el Tribunal de Arbitramento, puedan tener competencia simultánea para conocer y decidir acerca de la legalidad de un acto administrativo y los efectos de éste que sean transigibles. Entender lo contrario, implicaría el fraccionamiento de la función jurisdiccional, en asuntos de orden público regulados por la Constitución y la Ley, las cuales resultarían violentadas, a la vez que, simultáneamente coexistirían decisiones que podrían ser contradictorias, y, en últimas, llevarían a que el afectado quedara privado de verdadera y legal justicia, desconociéndosele la garantía constitucional del derecho de acceso a la administración de justicia, siguiendo por supuesto la vía de un debido proceso, según lo ordena la propia Carta Fundamental en el artículo 29”.

De acuerdo con esa posición quedaba reservado al juez contencioso administrativo el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la administración ejerce las facultades de poder público de las que está investida, lo mismo que de los efectos jurídicos de aquellos, hacía viable que los jueces arbitrales tuviesen competencia para conocer de las *“consecuencias económicas de dichos efectos”*.

Sin embargo, dicho criterio fue rectificado por la Sala en sentencia de 16 de junio de 1997, expediente No. 10882 con ponencia del Dr. Juan de Dios Montes Hernández, al establecer la imposibilidad de que dos jueces puedan tener competencia para conocer y decidir respecto de un mismo punto de derecho, en este caso, el de lo contencioso administrativo y el arbitral, planteamiento este último, consignado en los siguientes términos:

“3°. 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)”.

“...
“4°.

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 ésta 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°. 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 encuentra 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”.⁶⁷

“En efecto, si bien es factible que las partes de un contrato -en donde una de ellas sea una entidad del Estado-, pueden convenir en someter a la decisión de árbitros las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato, en modo alguno puede predicarse lo mismo respecto de la definición de la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración y ejecución del contrato, por cuanto las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de ese tipo de actos, no son, ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende, tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que, en modo alguno, están sujetas a la disposición de las partes, vale decir, escapan a la capacidad de negociación”.

“De admitirse que un juez pueda pronunciarse sobre los efectos del acto administrativo y que otro sea el que juzgue la legalidad de ese mismo acto, se escindiría la continencia de la causa; es decir, se desarticularía la unidad que debe imperar en todo tipo de proceso, para que se tramite sólo una

⁶⁷ Contra la providencia citada se interpuso el recurso extraordinario de súplica que preveía el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo antes de la reforma de la Ley 446 de 1998, el cual se encuentra pendiente de ser resuelto; sin embargo, es del caso precisar, que la tesis expuesta en la providencia recurrida, según la cual, la justicia arbitral no puede juzgar ni la legalidad de los actos administrativos, ni la de sus efectos, no fue materia de dicho recurso.

acción, ante un sólo juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así fallos diferentes entre idénticas partes y respecto de los mismos hechos”.

“Lo anterior por cuanto no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas propias del poder público, de las cuales no puede válidamente la administración desprenderse o renunciar, en la medida en que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la Ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y negociación de tales materias. La protección de los derechos de los particulares en este campo encuentra soporte y garantía, de una parte, en los mecanismos de autocontrol de la administración, como lo son la vía gubernativa y la revocatoria directa y, de otra, en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda acudir a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y la Ley”.

“En tal virtud, como el ejercicio del poder público no es una materia susceptible de transacción, no es posible que la justicia arbitral pueda decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley, como por ejemplo, entre otros, cuando declara el incumplimiento unilateral del contratista; ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de ese tipo de actos, y menos restarles su eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción”.

“No obstante lo anterior, la Sala estima importante precisar, que no por el sólo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida, desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y decididas por un Tribunal de Arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o el compromiso que aquellas hayan pactado. No, únicamente quedan excluidas de esa posibilidad, las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido”.

5. Sentencia de 16 de marzo de 2000⁶⁸: Se refiere a la improcedencia del arbitraje si la controversia carece de origen contractual y a la legalidad de un acto administrativo:

“ La transacción por entidades públicas, está expresamente prevista en la legislación, según el siguiente texto: 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” (artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el decreto extraordinario 2282/89, artículo 1º, numeral 162)”.

“El Código Contencioso Administrativo autoriza la transacción para la Nación y las demás entidades con la autorización previa, expresa y escrita del respectivo Ministro, director del departamento administrativo, gobernador o alcalde, según el caso, que represente la entidad o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas, en los procesos contractuales y de reparación directa (art. 218)”.

“La ley 80 de 1993 autoriza la celebración de los contratos estatales, generadores de obligaciones, previstos en el derecho privado o en la ley, derivados de la autonomía de la voluntad (art. 32). Entre dichos contratos se encuentra incluido el de transacción”.

El Consejo de Estado acepta el carácter contractual de la transacción, así:

“Jurisprudencialmente la sala ha reiterado su posición en el sentido de que acuerdo conciliatorio no constituye, como si ocurre con la transacción, un contrato. Es sólo una forma anticipada de resolver controversias creada por el legislador con el fin de descongestionar despachos judiciales (Sección Tercera, sentencia del 16 de marzo de 1998, exp. 11911. Magistrado Ponente : Juan de Dios Montes Hernández)”.

“Para el caso en estudio no resulta procedente el arbitramento porque la controversia carece de origen contractual, y las partes mediante acuerdo no pueden arrebatarse al Consejo de Estado el juzgamiento de la legalidad del acto administrativo *sub judice* porque el legislador asigna esta competencia de forma “privativa” a esta Corporación (art. 128-10)”.

⁶⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente N°1246. 16 de marzo de 2000. Consejero Ponente: Doctor Luis Camilo Osorio Isaza. Fuente: CD Room Consejo de Estado 2000.

“De acuerdo con las normas comentadas el legislador autoriza la conciliación judicial efectuada por entidad de derecho público en acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La disposición exige que se trate de un conflicto de carácter particular y de contenido económico, aún tratándose de entidades públicas”.

6. Sentencia de 23 de agosto de 2001⁶⁹: Resuelve un recurso de anulación, y hace algunas de las siguientes consideraciones alrededor del mismo:

“En efecto, es así como sólo es posible acudir a la justicia administrativa para solicitar la anulación de la decisión arbitral tratándose de asuntos contractuales estatales, y mediante la invocación de alguna (s) de las causales establecidas en el artículo 72 de la ley 80 de 1993, cuyo texto permite inferir que a través de éste recurso, en principio, no le está permitido al juez entrar a revisar el fondo de la decisión impugnada, ni si se sujetaron los árbitros al ordenamiento jurídico, ni si las pruebas recepcionadas se practicaron válidamente, salvo en los eventos de las causales 4ª y 5ª del artículo 72 de la mencionada ley. Como consecuencia de que ese Estatuto Contractual de 1993 reguló especialmente las causales de anulación de laudos arbitrales dictados con ocasión de contratos estatales, otras causales instituidas en normas anteriores (decreto 2.279 de 1989 y otras) no le son aplicables”.

“La Sala advierte que dentro del ámbito de competencia del arbitramento dirigido a la solución de conflictos contractuales estatales, no se encuentra comprendido el control jurídico de los actos administrativos; esta deducción proviene del principio de legalidad”.

De la misma manera se refiere al recurso de revisión:

“A su vez, el artículo 77 de dicho Estatuto señaló que contra los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual serán susceptibles sólo del recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo, el cual señaló como jurisdicción exclusiva para juzgar dichas controversias a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

⁶⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente N°19.090. 23 de agosto de 2001. Consejero Ponente: Doctora María Elena Giraldo Gómez. Fuente: CD Room Consejo de Estado 2001.

7. Sentencia de 1 de agosto de 2002⁷⁰: Es la sentencia en donde se declara la nulidad de la cláusula compromisoria y del laudo arbitral que es proferido el 21 de diciembre de 2000 por un tribunal de arbitramento, y el mayor caso que ha generado controversia en el arbitraje.

De éste modo establece algunos análisis sobre el recurso de anulación:

“En consecuencia, como se trata de un contrato estatal, no hay ninguna duda de que el conocimiento de las controversias surgidas de dicho contrato corresponde a esta jurisdicción, incluido el trámite del presente recurso de anulación del laudo arbitral, esto último, en aplicación de lo normado en el numeral 5 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 36 de la ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto en los artículos 92 y siguientes de la ley 23 de 1991 y 72 de la ley 80 de 1993, máxime si se tiene en cuenta, como se explica más adelante, que el arbitraje acordado por las partes y que diera origen al laudo del 21 de diciembre de 2000 objeto del recurso, no es de carácter internacional sino nacional”.

“Por consiguiente, no es de recibo la posición de Electranta, en cuanto afirma que las causales del recurso a tenerse en cuenta en el presente asunto, deben ser las previstas en el decreto 2279 de 1989, compiladas en el decreto 1818 de 1998, y no las del artículo 72 de la ley 80 de 1993, porque, se reitera, el hecho de que las controversias contractuales derivadas de los contratos estatales de las empresas de servicios públicos deban ser dirimidas con fundamento en las normas del derecho privado, no implica y menos impone, en absoluto, que el juez competente para conocer de tales conflictos deba aplicar igualmente las disposiciones procesales ordinarias, por existir normas de procedimiento especiales para la jurisdicción contencioso administrativa sobre la materia, y en particular respecto de las causales de procedencia del recurso de anulación que se comenta”.

“En ese orden de ideas, se tiene que el artículo 72 de la 80 de 1993 (compilado en el artículo 230 del decreto 1818 de 1998) no consagra las mismas causales de anulación establecidas en el artículo 38 del decreto

⁷⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente N°21.041. Consejero Ponente: Doctor Germán Rodríguez Villamizar. Fuente: CD Room Consejo de Estado 1999.

2279 de 1989; pues, en la primera de esas dos normas no se contemplan los motivos previstos en los numerales 1, 2, 3 y 5 de la segunda”.

Así las cosas, frente a las dos razones esgrimidas por Electranta para impugnar el ludo arbitral, según el contenido del artículo 72 de la ley 80 de 1993, debe advertirse lo siguiente:

a) La primera de tales razones, esto es, “*nulidad del pacto arbitral por objeto o causa ilícita*”, no constituye causal del recurso de anulación, mediante la cual las partes puedan impugnar la decisión, ya que ese hecho no fue incluido en tal condición en la norma legal que se comenta. Sin embargo, como en seguida se explica, ello en modo alguno limita o impide la facultad oficiosa del juez de declarar la nulidad absoluta del pacto arbitral por dicha causa, dado el carácter autónomo contractual que éste reviste, bien sea que haya sido acordado por las partes del contrato mediante cláusula compromisoria o a través de compromiso.

b) La segunda de las razones del recurso, consistente en “*no haberse practicado las pruebas oportunamente solicitadas por la parte convocante, cuya omisión pudo tener influencia en la decisión del tribunal*”, corresponde a la causal consagrada en el numeral 1 del artículo 72 de la ley 80 de 1993.

“Ahora bien, en materia de contratos estatales, como ya se indicó, si bien la nulidad del pacto arbitral por objeto o causa ilícita no está legalmente prevista como causal o motivo de procedencia del recurso de anulación del laudo arbitral, ello tan solo significa que no puede ser invocada por las partes como fundamento de la impugnación del laudo; pero ese hecho, en modo alguno impide o elimina la facultad que, por vía general, tiene el juez administrativo de declarar oficiosamente las nulidades absolutas del contrato que encuentre acreditadas en el proceso”.

También se refiere a la transitoriedad del Arbitraje:

“Por consiguiente, dado que la administración de justicia constituye ejercicio de función pública, en tanto que corresponde a una actividad propia y exclusiva del Estado, ejercida por sus órganos y, excepcionalmente, por parte de los particulares en razón de existir expresa autorización constitucional para ello, no puede perderse de vista que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 116 de la Carta, dicha habilitación a los

particulares, bien sea bajo la forma de conciliadores o la de árbitros, necesariamente debe ser de carácter transitorio y, al propio tiempo, indefectiblemente debe estar ajustada a los límites, condiciones y requisitos señalados en la ley, máxime si se tiene en cuenta que la administración de justicia es uno de los pilares fundamentales del Estado democrático social de derecho, mediante el cual se posibilita y garantiza la solución pacífica de los conflictos que se presenten entre los particulares, o entre éstos y el Estado, surgidos con ocasión de la discusión sobre la titularidad de un determinado derecho consagrado en el ordenamiento jurídico, y/o la manera de ejercerlo”.

“En otros términos, en el caso específico del arbitramento, el ejercicio de esa función a través de un tercero (el árbitro), está sujeta a los precisos términos que sobre el particular establezca el legislador, quien, en aplicación de lo dispuesto en el inciso final del artículo 116 constitucional, debe definir los principios, reglas, procedimiento y materias susceptibles de ser sometidas a la decisión de árbitros, todo ello en consonancia con lo ordenado en el artículo 123 de la Constitución, según el cual corresponde a la ley determinar el régimen de los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regular su ejercicio”.

Establece la naturaleza jurídica contractual del pacto arbitral:

“En ese contexto entonces, como quiera que el pacto arbitral comporta una naturaleza jurídica contractual, la habilitación que en él hagan las partes a un tercero para ejercer función jurisdiccional, necesariamente debe ser válida, ya que como todo contrato, está sujeto a las normas generales que determinan la validez de ese tipo de negocios jurídicos, entre otras, las relativas a la capacidad de las partes y a la licitud de la causa y el objeto, según lo dispuesto en el artículo 1502 del Código Civil, normatividad que es aplicable tanto a la actividad contractual de los particulares como a la que desarrollen las entidades estatales”.

“Por lo tanto, es absolutamente evidente, que esa habilitación de las partes del contrato, ineludiblemente debe estar exenta de cualquier circunstancia o vicio que afecte su validez, esto es, que ha de estar ajustada a las prescripciones que para el efecto señala la ley, cuyo juzgamiento, dado el carácter contractual que reviste el pacto arbitral, queda comprendido en las facultades del juez del recurso de anulación; pues, de lo contrario, sería tanto como admitir la posibilidad que en el Estado se imparta justicia por personas no autorizadas o que, so pretexto de la autonomía de la voluntad de las partes, se permita que puedan hacerlo terceras personas por fuera de los linderos que para el ejercicio de esa específica función estatal, señalan la Constitución y la ley, frente a lo cual, el juez del recurso de

anulación no puede permanecer inerte, pues, en ello están comprometidos la defensa del orden jurídico y el interés público”.

3.12.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional

De igual manera se considera la jurisprudencia más sobresaliente en la materia, dictada por esta Corporación y se encuentra organizada cronológicamente:

1. **Sentencia C-294/95**⁷¹: Establece como se acepta el arbitramento sin limitaciones en las materias que son susceptibles de transacción y que sea convocada por personas capaces de disponer de sus derechos, así:

“Pues bien: lo dispuesto por el inciso primero del artículo 2o. del Decreto 2651 de 1991, en nada contraría la Constitución. Sigue, además, la tendencia, que siempre ha imperado en la legislación nacional, de permitir el arbitramento en los asuntos susceptibles de transacción que se susciten entre personas capaces legalmente y que puedan disponer de los derechos en conflicto”.

Así mismo habla de los juicios ejecutivos que no podrían ser resueltos por un tribunal de arbitramento:

“A todo lo dicho, cabría añadir únicamente esto: los únicos juicios ejecutivos que escaparían al ámbito propio de los árbitros serían los que se adelantan por la jurisdicción coactiva, para cobrar deudas en favor del fisco, a una especie de los cuales se refiere el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución”.

2. **Sentencia C-431/95**⁷²: Se destaca el salvamento de voto del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, que habla del arbitramento realizado por entes públicos:

“El arbitramento sólo puede tener por objeto asuntos particularmente limitados y, además, porque la paz y el orden público se verían seriamente comprometidos si a los particulares se les atribuyera la facultad de disponer del poder coactivo; es decir, que la Constitución no autoriza al legislador

⁷¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294 de 1995. Magistrado Ponente: Doctor Jorge Arango Mejía. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1995.

⁷² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-431 de septiembre 28 de 1995. Magistrado Ponente: Doctor Hernando Herrera Vergara. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1995.

para otorgar a los árbitros la potestad de hacer cumplir coactivamente las obligaciones consagradas en títulos ejecutivos”.

“La conciliación y el arbitraje sólo pueden tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. En segundo término, la paz y el orden público, se ponen en peligro si a los particulares, así obren como conciliadores o árbitros, se les atribuye directamente la facultad de disponer del poder coactivo. No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP art. 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna”.

“En los términos de la norma acusada, dentro de los procesos en trámite en los cuales no se hubiere dictado sentencia de primera o única instancia y que versen sobre cuestiones susceptibles de transacción (distintos a los laborales, penales, contencioso administrativos o en los que alguna de las partes estuviere representada por curador ad-litem) las partes de común acuerdo pueden solicitar al juez la solución de la controversia utilizando el mecanismo de la conciliación, o si ésta fracasa o fuere parcial, el trámite del proceso arbitral, a menos que las partes convengan en acudir a amigable composición”.

3. Sentencia C-242/97⁷³: Considera la definición y los límites del arbitramento de la siguiente manera:

“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”.

“La decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción

⁷³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de mayo 20 de 1997. Magistrado ponente: Doctor Hernando Herrera Vergara. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1997.

ordinaria permanente. No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia”.

“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”.

“Las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición”.

“Por ello, es necesario aclarar que contrariamente a lo manifestado por el demandante, 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”.

“Adicionalmente, la decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente”.

“No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia”.

“De ahí que, no tenga asidero constitucional institucionalizar por vía legislativa el procedimiento arbitral para sustituir en todos los casos, en forma genérica e indefinida, a la jurisdicción ordinaria consagrada en la misma Constitución Política de 1991”.

“De lo anterior se colige, entonces, que en las empresas de servicios públicos domiciliarios “E.S.P.” las diferencias que surjan entre los asociados o con la sociedad, con motivo del contrato social, pueden libre, y no obligatoriamente, y en cada evento específico someterse a la decisión de un tribunal de arbitramento, a fin de que éste dirima el respectivo conflicto”.

Además se declara inexecutable el numeral 19.4 del artículo 19 de la ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

4. **Sentencia C-347/97⁷⁴**: Habla esencialmente del arbitraje internacional, en los siguientes términos:

“Es claro que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio, y estando éste en Colombia, puede existir un elemento extranjero. Basta pensar en la posibilidad de que en el conflicto sea parte una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia. Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio. Es posible jurídicamente el sometimiento de las diferencias a un tribunal arbitral internacional, sin quebrantar la ley ni la Constitución de Colombia. Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de las partes sea extranjera. El fallo que dicten los árbitros no puede ser contrario a la Constitución, ni a ninguna norma de orden público”.

“El laudo que profiera el tribunal internacional debe someterse al procedimiento del exequátur, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia, excepto las de procedimiento”.

“Si el contrato se celebra "con persona nacional", no hay en él, ni en la controversia que de él surja, un elemento extranjero. Por lo mismo, no se ve cómo puedan las partes someter sus diferencias a un tribunal arbitral internacional. So pretexto de reconocer la autonomía de la voluntad, no puede permitirse el que las partes, en un contrato estatal, hagan a un lado la legislación nacional y se sometan a una extranjera, sin que exista en la controversia un solo elemento extranjero”.

⁷⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-347 de julio 23 de 1997. Magistrado ponente: Doctor Jorge Arango Mejía. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1997.

“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 arbitral”.

“Restricciones semejantes han sido prácticamente universales. Así, el artículo 806 del Código Italiano de Procedimiento Civil, de 1940, dispuso:

Compromiso.- Las partes podrán hacer decidir por árbitros las controversias entre ellas surgidas, salvo las previstas en los artículos 429 y 459, las que se refieran a cuestiones de estado y de separación personal entre cónyuges y las demás que no puedan ser objeto de transacción". El artículo 429 de tal Código versa sobre las "controversias individuales de trabajo", y el 459, sobre "controversias en materia de previsión y asistencia obligatorias".

“Es claro que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio, y estando éste en Colombia, puede existir un elemento extranjero. Basta pensar en la posibilidad de que en el conflicto sea parte una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia. Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio”.

“Partiendo de esta interpretación, que es la acertada para la Corte, hay que concluir que es posible jurídicamente el sometimiento de las diferencias a un tribunal arbitral internacional, sin quebrantar la ley ni la Constitución de Colombia”.

“Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de las partes sea extranjera”.

“Debe tenerse en cuenta, además, que el fallo que dicten los árbitros no puede ser contrario a la Constitución, ni a ninguna norma de orden público”.

“Observa la Corte que el laudo que profiera el tribunal internacional debe someterse al procedimiento del exequátur, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán, como se ha dicho, quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia, excepto las de procedimiento. Es lo que prevé el numeral 2 del artículo 694 del Código de Procedimiento Civil, en relación con la sentencia o el laudo extranjero “Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.”

“Finalmente, estima la Corte que el arbitramento internacional reglamentado por la ley 315 de 1996, no versa únicamente sobre asuntos comerciales. No, como la ley no establece limitación ninguna, al arbitraje internacional pueden someterse también controversias civiles, siempre y cuando ellas se refieran a derechos sobre los cuales tengan las partes facultad de disponer y que sean susceptibles, por lo mismo, de transacción”.

“So pretexto de reconocer la autonomía de la voluntad, no puede permitirse el que las partes, en un contrato estatal, hagan a un lado la legislación nacional y se sometan a una extranjera, sin que exista en la controversia un solo elemento extranjero”.

Declara inexecutable la siguiente expresión del artículo 4 de la ley 315 de 1996, que modificó el último inciso del artículo 70 de la ley 80 de 1993: “...como también en aquellos con persona nacional”.

Esta misma sentencia en su salvamento de voto del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz manifiesta:

“Personas domiciliadas en Colombia, que son parte de un negocio jurídico comercial, celebrado, ejecutado y liquidado en Colombia, que en nada afecta los intereses de otros estados ni compromete los intereses del comercio internacional, no reúnen las condiciones que justifican constitucionalmente el arbitramento internacional. En efecto, el conflicto que, en virtud de tales disposiciones, puede someterse a conocimiento de un arbitramento internacional y sustraerse de la aplicación de la ley y la Constitución

colombiana, no tiene un elemento internacional a partir del cual pueda predicarse que necesariamente surgirá un conflicto de leyes o derivará amenaza para los intereses de dos o más estados o del comercio internacional”.

“El sometimiento al principio general de territorialidad de la ley - entendiendo por esta expresión tanto al derecho legislado como al derecho constitucional -, en el cual se funda la propia existencia del ordenamiento jurídico colombiano, no puede quedar librado a la mera voluntad de los particulares, quienes, en virtud de una simple cláusula arbitral, podrían evadir el cumplimiento de la Constitución y las leyes que la desarrollan sin que exista una razón suficiente para ello. En este orden de ideas, debe afirmarse que la limitación del principio de territorialidad del ordenamiento jurídico colombiano, constituye, claramente, una excepción a la que puede recurrirse sólo en aquellos casos en los cuales existan situaciones que, en forma razonable, puedan ser contempladas por el derecho internacional. Adicionalmente, no sobra advertir que las normas estudiadas estarían autorizando a las partes de un contrato mercantil a renunciar al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico interno. Tal renuncia se justifica, entonces, en el caso de un conflicto de leyes, en el cual, el sujeto opta por la protección jurídica que le confiere otro ordenamiento, como único medio para solucionar problemas relativos a la seguridad sobre la norma aplicable. Sólo en circunstancias excepcionales como la descrita puede tolerarse una renuncia al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los derechos sustantivos que le confiere el ordenamiento colombiano. En suma, los pactos arbitrales, suscritos al amparo de las normas demandadas, implican un desconocimiento del principio constitucional de territorialidad de la ley - y la Constitución - y, en especial, una renuncia injustificada al derecho fundamental a la protección judicial de los derechos surgidos de conformidad con la legislación colombiana”.

“En razón de las anteriores consideraciones, la única interpretación razonable de la norma acusada es aquella según la cual se habilita a las partes de un negocio mercantil para convenir un arbitramento internacional, cuando estas tienen su domicilio en el mismo Estado y pactan que el lugar del arbitramento sea el de un país extranjero”.

"la contratación de la administración pública se sujeta por mandato constitucional al estatuto que expida el Congreso de la República. De modo que salvo que se trate de contratos internacionales, porque así lo permite el artículo 226 de la Carta, no es posible permitir a las partes en un contrato estatal someterlo a la ley que mejor les parezca". Respecto de esta disposición, entiende el demandante que es posible declarar una

exequibilidad condicionada, tal y como será expuesto en aparte posterior de este salvamento”.

“En un Estado social de derecho, que opera en el contexto de una economía social de mercado, no puede admitirse que el único valor constitucionalmente relevante en tales espacios relacionales sea la libertad contractual. El reconocimiento constitucional de la desigualdad material que genera, usualmente, ausencia de autonomía real de ciertos sujetos, contra lo cual el Estado debe actuar positivamente (C.P. art. 13, 16 y 333), la importancia colectiva que tiene el mercado como espacio propicio para la realización de necesidades primarias de los habitantes (C.P. 334), las facultades de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 333) y el carácter social de la propiedad (C.P. art. 58 y 333), entre otros, constituyen razones suficientes para sostener que, desde una perspectiva constitucional, la libertad no es el único postulado que ha de ser garantizado en las relaciones comerciales”.

“Con independencia de los criterios que sobre esta materia puedan adoptarse, cuando se trata de un asunto de carácter internacional, en el cual se plantea necesariamente un conflicto de leyes, nada impide que sean los propios particulares que han actuado más allá de su propia comunidad política, quienes decidan, Ex ante o una vez ha surgido la controversia, cuál es la ley sustancial y procesal conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el conflicto”.

“Considera el demandante que, para que proceda el arbitramento, como mecanismo alternativo de solución de conflictos en un contrato estatal celebrado con persona nacional, se requiere que concurra alguna de las circunstancias adicionales consagradas en el mismo artículo 4, a saber, que se trate de “contratos (...) en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración (sic) de un servicio público”.

“A mi juicio, las distintas hipótesis de hecho consagradas en el artículo 4 no son alternativas - como lo pretende el demandante - sino, por el contrario, corresponden a requisitos concurrentes. Si ello no fuere así, la parte arriba transcrita del citado artículo resultaría inútil, pues bastaría con indicar que todo contrato estatal celebrado con “personas extranjeras, como también en aquellos con persona nacional (...) podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional” para que queden incluidos los contratos “en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración (sic) de un servicio público”.

“Tampoco podría proceder la declaración de exequibilidad de la norma condicionando su aplicación a la concurrencia de circunstancias contenidas en disposiciones normativas que no han sido estudiadas por la Corporación o en disposiciones que, como el artículo 1 de la misma ley, fueron creadas para operar en el campo de los contratos privados y en modo alguno pensadas para el ámbito de la contratación administrativa. Por último, no resulta razonable ni ajustado a los principios de lealtad y certeza jurídica, condicionar la exequibilidad de tal disposición a una restricción de los efectos del arbitraje internacional - inaplicación del artículo 2 de la misma ley -, pues ello tendría idéntico resultado al de una declaración de inexequibilidad”.

“A mi juicio, el aparte demandado del artículo 4° es inexecutable, no en razón de que esté constitucionalmente prohibido que los conflictos sobre un contrato mercantil celebrado entre una entidad pública y un contratista nacional sean sometidos a un tribunal internacional de arbitramento, sino porque tales condiciones resultan insuficientes para justificar la restricción al principio de soberanía, entendido como la vigencia en el territorio, de las normas constitucionales. En efecto, si un contrato de las características anotadas tuviere vínculos necesarios con dos o más ordenamientos jurídicos y, por lo tanto, carácter internacional, nada impediría que las partes acudieran a un tribunal internacional de arbitramento para solucionar sus diferencias. Lo que se exige entonces, para que tal disposición resulte ajustada a la Carta, es que concorra una circunstancia que dote al contrato principal de carácter internacional. En otras palabras, el precepto legal demandado, por su generalidad, admite múltiples hipótesis, pero sólo se ajustan a la Carta aquellas en las cuales concurre una circunstancia que dota al contrato principal de carácter internacional”.

5. **Sentencia SU-169/99⁷⁵**: Se refiere a los tribunales de arbitramento que se llevan a cabo en materia laboral, específicamente del caso algunos trabajadores de la Asociación Nacional de Trabajadores y Empleados de hospitales, clínicas, consultorios y entidades dedicadas a procurar la salud de la comunidad –ANTHOC-, contra la Fundación Clínica Abood Shaio. No habla concretamente del arbitraje en materia de contratación estatal.

6. **Sentencia C-1436/00⁷⁶**: Se ocupa en esta ocasión la Corte constitucional de precisar el alcance del arbitraje en conflictos

⁷⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-169 de marzo 17 de 1999. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1999.

⁷⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 de octubre 25 de 2000. Magistrado ponente: Doctor Alfredo Beltrán Sierra. Fuente: Boletín 1406 del Colegio de Abogados Comercialistas.

derivados de contratos estatales, al declarar la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993:

“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 excepcionales”.

Según se lee en la parte resolutive de la sentencia.

El problema resuelto en este fallo radica, en que los estatutos legales anteriores a la ley 80 habían dispuesto que el arbitraje no podía ocuparse de las cuestiones relacionadas con la utilización por parte de la administración de las llamadas cláusulas excepcionales o exorbitantes (las de caducidad, modificación e interpretación unilateral del contrato, o su terminación), disposiciones que no aparecen en esta ley, lo que dio lugar a que un sector de la doctrina pensara que a partir de la ley 80 el juez arbitral había adquirido competencia plena para inclusive examinar cualquier acto administrativo proferido en relación con algún contrato estatal.

La demanda de inconstitucionalidad se funda precisamente en esta consideración, lo que permite a la Corte afirmar en primer lugar, que la interpretación de una norma legal puede constituir cargo de la demanda cuando dicha interpretación involucre un problema de carácter constitucional, aunque precisa que el alcance del precepto compete determinarlo al juez contencioso y no al juez constitucional.

Reitera luego los límites del arbitramento y concluye que los árbitros no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, lo cual está reservado al Estado, a través de sus distintos órganos, porque todo ello no es materia de transacción entre las partes.

Hace luego un análisis del control de legalidad sobre el acto administrativo para concluir que ello es privativo de la jurisdicción, la

cual los particulares tampoco pueden derogar a través del pacto arbitral.

A continuación realiza un repaso histórico sobre la forma como ha evolucionado la legislación relativa al juzgamiento de los distintos tipos de contratos que la administración celebra y cómo se permite que ello se haga a través de tribunales arbitrales, pero en tal caso el pronunciamiento arbitral está limitado por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según la cuales éste solo es posible en relación con asuntos de carácter transigible. Encuentra entonces que este tipo de contratos, si bien se rigen por los principios de la contratación entre particulares, también obedecen a disposiciones extrañas a la contratación privada, que buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, preceptos que están implícitos en los contratos estatales.

Estas disposiciones son las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad estatal contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares y que tienen como fundamento la prevalencia no solo del interés general sino de los fines del Estado. Estas cláusulas sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por los particulares investidos de la facultad de administrar justicia, pues si bien los actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables tienen implicaciones patrimoniales, que no se pueden desconocer y que serían la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre esto sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto, que es competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares.

Cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros se refiere exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse; pero ello no puede ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa,

ni para justificar una separación de competencias que permita a los árbitros pronunciarse sobre los aspectos económicos y a la jurisdicción contenciosa sobre la validez del acto respectivo, pues la unidad de jurisdicción debe prevalecer como manifestación de un poder que es indelegable y por seguridad jurídica que debe darse a los asociados.

Por otra parte, refuerza la competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa con el argumento de que el artículo 238 de la Constitución, la autoriza para suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo acusado, “asunto éste que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de jurisdicción como árbitros”.

La sentencia finaliza con los siguientes aportes:

“Entonces, a fortiori, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, con mucha mayor razón 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”.

“De idéntica manera, ha de recordarse que la regla general es la de la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de los litigios con la administración y sólo por excepción de ellos conocerán los árbitros, en virtud de la autorización constitucional contenida en el artículo 116 de la Carta. Por ello, lo atinente a la competencia de los árbitros es de interpretación restrictiva, sin que pueda llegar a tocarse lo que es la excepción en la regla general, no tampoco autorizarse como legítima una interpretación que transforme la regla general, es decir la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, en la excepción para concluir en contravía de la Constitución que esta sólo puede actuar en ausencia de los tribunales de arbitramento”.

“Así las cosas, pese a que las normas acusadas de la ley 80 de 1993 no señalan expresamente que los árbitros tienen la competencia para pronunciarse en relación con los actos administrativos de carácter unilateral que dicta la administración, con fundamento en la autoridad que le es propia y reconocida expresamente por el legislador, para salvaguardar el interés público que está implícito en los contratos estatales y lograr el cumplimiento de los fines estatales, éstas tampoco pueden interpretarse en tal sentido,

pues ello 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 esenciales a él”.

“La demandante para apoyar su cargo, hace suyas las consideraciones que hiciera la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la falta de competencia de los árbitros para pronunciarse sobre los actos administrativos proferidos por la administración-contratista, cuando sostuvo que:

Si bien es factible que las partes de un contrato -en donde una de ellas sea una entidad del Estado-, pueden convenir en someter la decisión de árbitros a las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato, en modo alguno puede predicarse lo mismo respecto de la definición de legalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración y ejecución del contrato, por cuanto las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de este tipo de actos, no son, ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende, tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que, en modo alguno, están sujetas a la disposición de las partes, vale decir, escapan a la capacidad de negociación, criterio éste adoptado hoy por el legislador en el artículo 111 de la ley 446 de 1998”.

“ ... ”

“De admitirse que un juez pueda pronunciarse sobre los efectos del acto administrativo y que otro sea el que juzgue la legalidad de ese mismo acto, se escindirían la continencia de la causa; es decir, se desarticularía la unidad que debe imperar en todo tipo de proceso, para que se tramite sólo una acción, ante un solo juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así fallos diferentes entre idénticas partes respecto de los mismos hechos”.

“ ... ”

“ ...no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas del poder público, de las cuales no puede válidamente la administración desprenderse o renunciar, en la medida que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la ley como uno de los medios para atender y satisfacer las

necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y de negociación de tales materias. La protección de los derechos de los particulares en este campo encuentra soporte y garantía, de una parte, en los mecanismos de autocontrol de la administración, como lo son la vía gubernativa y la revocatoria directa y, de otra, en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda acudir a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y la ley”.

“En tal virtud, como el ejercicio de poder público no es una materia susceptible de transacción, no es posible que la justicia arbitral pueda decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley... ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de este tipo de actos, y menos restarle eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción”.

“ ... ”

“No obstante lo anterior, la Sala estima importante precisar, que no por el sólo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida, desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y decididas por un Tribunal de Arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o el compromiso que aquellas hayan pactado. No, únicamente quedan excluidas de esa posibilidad, las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido.” (Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera, febrero 23 de 2000)”.

“De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material”.

“Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden

pronunciarse 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, a través de sus distintos órganos”.

“Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos 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, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna”.

“La entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, mediante la cual se dictó un nuevo régimen de contratación administrativa, vino a zanjar las discrepancias en torno a la distinción que hizo la ley, la jurisprudencia y la doctrina desde los años cuarenta, entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, cuya diferencia, en nuestro ordenamiento, estribaba fundamentalmente, en la inserción en el contrato de la cláusula de caducidad. Distinción que determinó durante años, entre otros aspectos, la competencia de diversos órganos judiciales para conocer y decidir las controversias que se suscitaban en las distintas etapas contractuales, cuando una de las partes era el Estado”.

“Inicialmente, al considerarse que el Estado, al contratar, lo hacía en igualdad de condiciones con los particulares, la Constitución de 1886 asignó a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer de los procesos contenciosos donde tuviera parte la Nación”.

“Esta norma determinó, entonces, la competencia de la justicia ordinaria para conocer de los conflictos surgidos de los contratos en los que las distintas entidades estatales hacían parte”.

“Dentro de este contexto, vale señalar que la ley 167 de 1941, expresamente prohibió que las resoluciones de las autoridades que

tuvieran origen en un contrato, fueran definidas por el contencioso administrativo”.

“Sin embargo, en boga la teoría francesa del servicio público y con ésta, la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, se hicieron grandes esfuerzos para modificar la legislación, a fin de que las controversias surgidas con ocasión de los contratos denominados administrativos, que no eran otros que aquellos en donde se pactaba la cláusula de caducidad, fueran de conocimiento de la jurisdicción contenciosa”.

“Así, el Decreto-Ley 528 de 1964, en relación con los denominados contratos administrativos, asignó a la jurisdicción contenciosa administrativa la competencia para conocer de las divergencias surgidas en torno a éstos, en oposición a los denominados contratos privados de la administración, frente a los cuales, la justicia ordinaria quedó facultada para dirimir cualquier conflicto”.

“Posteriormente, esta distinción quedó consagrada expresamente en el decreto 222 de 1993, en donde se estatuyó la competencia del contencioso administrativo para conocer únicamente de los conflictos surgidos frente a los contratos administrativos”.

“Al expedir la ley 80 de 1993, el legislador decide terminar con la distinción que venía rigiendo los contratos celebrados por la administración, al señalar que los contratos en donde intervienen las entidades estatales, sin distingo alguno, son contratos estatales (artículo 2 y 32), regidos por las disposiciones comerciales y civiles correspondientes (artículo 13), salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley, y asignó la competencia para conocer de las controversias originadas en ellos, exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 75)”.

“De esta forma, a partir del año 1993, los conflictos surgidos de la actividad contractual del Estado, quedó radicada definitivamente en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa”.

“Sin embargo, el propio legislador, en esta misma ley, facultó a las partes, administración y particular, para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir, al señalar que éstos buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, a través de los mecanismos alternos de solución de conflictos, tales como

el arbitramento, la conciliación, la amigable composición y la transacción (artículo 68)”.

“Prohibiendo expresamente a las autoridades, impedir el uso de estos mecanismos, o la inclusión en los contratos estatales de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal (artículo 69)”.

“Significa lo anterior que el Estado, al igual que los particulares, puede someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato donde es parte, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos estatales implícitamente ostentan, o se discuta la facultad de la administración para transigir, tal como aconteció hasta no hace pocos años”.

“Los límites al pronunciamiento arbitral, en este caso, están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste sólo es posible en relación con asuntos de carácter transigible”.

“La pregunta que surge, entonces, es si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes en relación con los actos administrativos que dicta la administración con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que si bien el Estado en materia contractual se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preeminencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes contratantes, también se rige por disposiciones extrañas a la contratación particular, las cuales buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, implícitas en los contratos estatales”.

“Al hablar de “disposiciones extrañas a la contratación particular”, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos interés y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo “determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos

civiles”. Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos”.

“En este 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 investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces”.

“Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto

económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados”.

“Significa lo anterior que 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”.

“En virtud de lo dicho, esta Corporación habrá de declarar exequibles los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, 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 excepcionales”.

3.12.3. Posiciones Jurisprudenciales del Arbitraje la Legalidad de los Actos Administrativos.- Cuando dentro de la ejecución de un contrato estatal, en el cual está pactada la cláusula compromisoria, y la entidad contratante toma decisiones unilaterales por medio de actos administrativos que invalidan el tribunal de arbitramento o afectan al contratista, para que pueda saberse si puede o no conocerlo un tribunal de arbitramento, dependerá de si el tribunal de arbitramento es competente o no para juzgar la legalidad de dichos actos administrativos.

Si se acepta que el tribunal es competente, no hay ningún problema porque el tribunal podrá solucionar cualquier conflicto.

Pero si no se acepta su competencia, por razones como que los fallos de legalidad de los actos administrativos sólo los puede emitir la

jurisdicción contenciosa administrativa, en estas condiciones la jurisdicción arbitral no podrá solucionar el conflicto en su totalidad y por lo tanto el tribunal no tendrá gran utilidad.

En el contrato administrativo, las entidades públicas tienen facultades extraordinarias, como las de interpretación, modificación, terminación, declaratoria de caducidad o liquidación. Todas éstas determinaciones se toman mediante actos administrativos, los que tienen como característica la presunción de legalidad, de modo que si el contratista siente que la imposición de la determinación unilateral es injusta o ilegal, puede solicitar su anulación por ilegal.

La solicitud de anulación debe darse si el contratista tiene la intención de que se declare la responsabilidad del Estado en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

La no impugnación de la legalidad de los actos administrativos conlleva la imposibilidad de que el juez de conocimiento se pronuncie respecto al punto central de la controversia, esto es, el incumplimiento del contrato. Por lo tanto, es prerequisite de la demanda de incumplimiento de la entidad estatal, la demanda de nulidad de los actos administrativos que se consideran por el contratista injustos o ilegales.

Frente al problema planteado la mayoría de la doctrina se pronuncia en contra de la posibilidad de que los tribunales de arbitramento se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos, incluso opinan que tal legalidad no puede ser objeto de conciliación.

Es así como la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la sentencia de exequibilidad de diciembre 12 de 1991, considera que:

“...Es palmario que no puede quedar librada a la voluntad de los interesados (administración y particular) la decisión sobre la legalidad o ilegalidad del acto para, en este último supuesto, decretar su nulidad y, como consecuencia, poder conciliar sobre los aspectos estrictamente patrimoniales. El orden jurídico, en cuanto constituya derecho imperativo, por esencia, escapa a la idea de negociabilidad. Si la administración del Estado está convencida de que una actuación suya se ajusta cabalmente a

lo dictado en el ordenamiento, mal podría en un momento dado, admitir lo contrario, es decir, que el actor administrativo fue ilegal, por el solo afán de evitar un litigio, conciliando pretensiones. No pudo ser este el querer del legislador autor de la ley 23 de 1991, como se desprende claramente del hecho arriba observado de haber excluido de su regulación las controversias atinentes a la simple nulidad”.

“A ese fenómeno jurídico se le llama el principio de la no disponibilidad de la legalidad de los actos administrativos. Las diferentes normativas contractuales de las entidades públicas, lo han adoptado, primero mediante el decreto 150 de 1976, que en su artículo 66 dispone:

De la cláusula compromisoria: Salvo disposición en contrario, en los contratos que celebre la Nación 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”.

“En la cláusula compromisoria deberá convenirse la forma de nombrar los árbitros”.

“La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral”.

Por su parte el decreto 222 de 1983, en su artículo 76 ordena:

“...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”.

Con base en la citada normatividad, la jurisprudencia del Consejo de Estado determinó en su momento que los tribunales de arbitramento, en materia de contratos estatales, no tenían jurisdicción para pronunciarse respecto de la legalidad de los actos administrativos que las entidades contratantes profirieran en desarrollo del contrato. El Consejo afirma:

“...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”⁷⁷.

Más recientemente, el Consejo de Estado manifiesta:

“La Sala considera que lo afirmado por el actor, que además no fue propuesto como excepción en la vía gubernativa, no tiene vocación de enervar la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer el fono de la litis, porque lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala: la declaratoria de caducidad y su efecto no es susceptible de conocimiento de los jueces arbitrales. Este criterio jurisprudencial, como norma positiva fue retomado por el artículo 76 del decreto – ley 222 de 1983⁷⁸”.

El asunto adquiere mayor controversia si se tiene en cuenta que por órdenes de la ley 446 de 1998, en su artículo 70, la administración puede, en búsqueda de resolver sus diferencias contractuales, conciliar los efectos de un acto administrativo, sustituyendo la discutida decisión unilateral (acto administrativo) por una nueva, en cuyo contenido está el acuerdo al que se llegó por la vía de la conciliación. En esa vía no parece inadecuado que la administración someta a criterio de un tercero la legalidad de su acto administrativo y se acoja a su resultado, que en caso de resultarle negativo (a la administración) lo obligaría a revocarlo y expedir uno nuevo.

El objetivo de fondo del artículo 116 de la Constitución Nacional vigente, es el de otorgar a los particulares funciones jurisdiccionales absolutas, que si bien se ejercen de manera transitoria, se deben ejercer con plenitud, lo que significa que deberían tener la posibilidad de pronunciamiento frente a los actos administrativos, no de otra manera puede la justicia arbitral ayudar a hacer efectivo el derecho fundamental del libre acceso a la justicia.

Hay que tener en cuenta como, mientras las normas de contratación estatal mencionadas hasta el momento prohibían a los tribunales de arbitramento conocer y decidir sobre la legalidad de los actos

⁷⁷ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Auto de 2 de noviembre de 1977. Sección Tercera. Expediente 2356. Fuente: BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Bogotá. Temis, segunda edición, 2000.

⁷⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Fallo de 6 de noviembre de 1997. Sección Tercera. Expediente. 7093. Fuente: CD Room Consejo de Estado 1997.

administrativos, la ley 80 de 1993, no contiene una norma de contenido similar, de donde podría deducirse que la voluntad del legislador fue precisamente la de eliminar dicha limitación que tenían anteriormente los árbitros. Incluso la misma norma impulsa el arbitramento y otros mecanismos de resolución de conflictos como fórmula eficaz de arreglo de los conflictos de las entidades estatales, y varias de sus normas hacen suponer que la jurisdicción de los árbitros es completa, lo que desde luego incluye el juzgamiento de los actos administrativos.

Esa nueva posición se advierte en los artículos de la ley 80 de 1993 y de la Constitución Nacional, que se transcriben enseguida:

El artículo 77 de la ley 80 de 1993, el cual al referirse a los actos administrativos contractuales, dispone:

“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”.

La norma transcrita parecería decir que el juzgamiento de los actos administrativos sólo puede realizarse ante la jurisdicción contencioso administrativa, en la medida en que éstas son las reglas que para tal fin señala el Código Contencioso Administrativo.

En realidad la intención del legislador no fue la de establecer que los árbitros no son competentes para juzgar la legalidad de los actos administrativos, porque si bien esta norma dispone que las acciones contra los actos administrativos deben adelantarse de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo, no establece que la única instancia de acción sea la justicia contencioso administrativa.

Si el propósito del legislador hubiera sido limitar la acción contra los actos administrativos únicamente a la justicia contencioso administrativa, así lo hubiera establecido en la norma transcrita de manera expresa.

El artículo 31 de la ley 142 de 1994, sobre los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, establece:

“Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la ley 80 de 1993 y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”.

Si se entiende como jurisdicción contencioso administrativa, únicamente la formada por el Consejo de Estado y los Tribunales de lo contencioso administrativo habría que concluir que esta norma también excluyó la posibilidad de que los tribunales de arbitramento se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos.

Pero si se parte de que, de acuerdo con la Constitución, los árbitros ejercen de forma transitoria jurisdicción habrá que admitir que ellos hacen parte de la jurisdicción correspondiente a la materia de la cual se ocupen. Serán en consecuencia parte de la jurisdicción civil cuando juzguen un asunto de tal naturaleza y lo serán de la contenciosa administrativa cuando se someta a su decisión un conflicto surgido de un contrato estatal.

El artículo 91 de la ley 418 de 1997, que se refiere a la caducidad derivada de conductas constitutivas de colaboración o de sometimiento a amenazas de las organizaciones subversivas:

“La declaratoria de caducidad deberá proferirse mediante resolución motivada de la entidad contratante haciendo efectivas la cláusula penal y las multas contractuales a que hubiere lugar. Dicha resolución prestará mérito ejecutivo contra el contratista y las personas que hayan constituido las respectivas garantías y se hará efectiva por jurisdicción coactiva”.

“La notificación de la providencia de caducidad se sujetará a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo”.

“En firme la providencia de caducidad, se procederá a liquidar el contrato sin que haya lugar al pago de indemnización alguna a favor del contratista”.

“En ningún caso la aplicación de esta cláusula podrá ser sometida a conciliación o a decisión arbitral”.

“Los contratistas a quienes les sea declarada la caducidad quedarán inhabilitados para celebrar por sí, o por interpuesta persona, contratos con las entidades públicas definidas en la ley 80 de 1993”.

En este caso no hay duda en cuanto a que, como la caducidad está motivada porque el contratista cedió o colaboró con una organización subversiva, su nulidad solo podrá demandarse ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Este caso es una excepción a la regla general, que es la de que el tribunal de arbitramento si tiene competencia para juzgar los actos administrativos.

No puede ser de otra forma, porque si fuera cierto que la regla general es la incompetencia del tribunal de arbitramento para acometer el estudio de los actos administrativos proferidos en desarrollo del contrato, el legislador no habría tenido necesidad de consagrar tal excepción.

En este punto conviene recordar aquel principio general de interpretación de las normas jurídicas, en virtud del cual se dice que el legislador no hace normas inútiles.

El artículo 238 de la Constitución Nacional señala:

“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”.

Esta norma podría interpretarse en contra de la tesis según la cual la jurisdicción arbitral puede decidir sobre la legalidad de los actos administrativos, porque del texto se deduce que la Constitución no incluyó a los tribunales de arbitramento dentro de la jurisdicción facultada para suspender actos administrativos y por lo mismo tampoco para anularlos.

Pero para que esa interpretación fuera cierta habría necesidad de aceptar que cuando la Constitución habla de la jurisdicción contencioso administrativa está excluyendo de ella a los tribunales de arbitramento, lo cual no puede ser una intención del constituyente, pues, cuando los árbitros deciden una controversia para la cual sería competente la justicia contencioso administrativa, ellos forman parte de esta jurisdicción. Si no fuera así, este artículo entraría en contradicción con el artículo 116 de la misma Constitución.

3.12.3.1. Posición de la Corte Constitucional.- La Corte Constitucional Inicialmente en fallo de exequibilidad del artículo 2 del decreto 2651 de 1991, se había pronunciado aceptando que la Constitución había entregado funciones jurisdiccionales a los particulares sin que existiera en ella ninguna limitación, cuando sostuvo que:

“A la luz esta norma, todas las lucubraciones sobre la función arbitral, como si de naturaleza pública o privada, si los árbitros son verdaderos jueces, etc., quedan reducidas al ámbito académico. Pues la norma trascrita no deja lugar a dudas: los particulares, en su condición de árbitros, administran justicia en los términos que determine la ley...”.

Para esta Corporación, si se analiza el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, se llega a la conclusión de que la administración de justicia de los árbitros solo tiene las siguientes limitaciones:

1. 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 en el texto mismo de la Norma sino porque al ser las partes, en conflicto potencial o actual, las que habiliten a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral.
2. Son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia.
3. 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.

Según lo anterior no existen otras limitaciones. Por tanto no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral.

En fallo C-1436 de 2000, la Corte consideró que el juez arbitral no es competente para pronunciar fallos frente a la legalidad de los actos administrativos.

Lo anterior en un fallo de constitucionalidad de los artículo 70 y 71 de la ley 80 de 1993, la Corte, haciendo uso de una extraña figura según la cual la interpretación de una norma legal puede ser tenida como cargo de la demanda de inconstitucionalidad, cuando dicha interpretación involucre un problema de carácter constitucional. Como quiera que ninguno de los artículos demandados hacía referencia al tema demandado, la Corte debía haberse inhibida para fallar por tener la demanda incompleta la proposición jurídica, y sin embargo no lo hizo. Al respecto dicha Corporación dijo:

“Antes de entrar a analizar el cargo de la demanda en contra de los dos preceptos de la ley 80 de 1993, que se dicen contrarios a la constitución, es necesario aclarar que la Corte no puede declararse inhibida para pronunciarse en el presente asunto, tal como se plantea en una de las intervenciones, con el argumento de la existencia de una proposición jurídica inexistente, porque las normas acusadas expresamente no señalan que los actos administrativos que llegue a dictar la administración con ocasión de la celebración, la ejecución, el desarrollo, la terminación o la liquidación de un contrato estatal, puedan quedar sometidos a la decisión de árbitros. En otros términos, porque no existe un texto normativo que deba ser declarado exequible o contrario al ordenamiento jurídico”.

“Si bien es cierto que el punto objeto de la controversia que ahora ocupa la atención de la Sala se origina en la interpretación que se hace de las normas acusadas y no en su texto literal, la Corte no puede declararse inhibida para conocer de la acusación presentada, toda vez que la interpretación que hace la actora de los preceptos acusados, está involucrando un problema de interpretación constitucional que, a diferencia de otros problemas de hermenéutica, debe ser resuelto por esta Corporación, como ente encargado de la guarda e integridad de la Constitución”.

Sobre este aspecto, la Corte profirió el fallo basando su razonamiento en la imposibilidad de las partes de discutir las facultades exorbitantes de la administración, las que no tienen naturaleza transigible, condición sine qua non, para que un derecho se pueda llevar a conocimiento del juez arbitral. La sentencia dice al respecto:

“Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral”.

“Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto puedan disponer, y en el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo que no es susceptible de disposición alguna”.

“En conclusión, el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros”.

Según la Corte para el juez de constitucionalidad, la contratación administrativa, si bien tiene un manejo similar al del derecho privado, difiere radicalmente del mismo, por cuanto en el desarrollo del contrato la administración cuenta con poderes extraños, exorbitantes, que le permiten tomar decisiones cuyo fundamento se encuentra en la búsqueda del bien común, lo que hace que no sean materia disponible de las partes para transigirlas. Al respecto la Corte agrega:

“Al hablar de disposiciones extrañas a la contratación particular, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo el interés general sino de los fines estatales. Este interés y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo, determinan una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles. Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos”.

Pero el fallo de la Corte Constitucional no solo prohíbe a los árbitros pronunciarse frente a la legalidad de los actos administrativos, sino que adicionalmente, sin decirlo de manera expresa, insinúa la necesidad de que sea un solo juez el que juzgue toda la causa, eliminando por lo menos inicialmente la posibilidad de que el juez arbitral se pronuncie frente a los resultados o consecuencias económicas de los actos administrativos, adoptando la continencia de la causa, en los siguientes términos:

“Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se puedan derivar de aplicación de éstas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a éstos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa, el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados”.

Sin embargo, a reglón seguido hace referencia a la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre las consecuencias económicas de las decisiones de la administración. Al respecto expresa:

“Significa lo anterior que 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 los actos administrativos como los 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”.

La Corte, justificando la competencia exclusiva y excluyente del juez contencioso administrativo, frente a la legalidad de los actos administrativos, el fallo trae a colación la norma constitucional según la cual los jueces (administrativos) pueden suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo, en tanto que no existe equivalente que determine tal facultad para los árbitros; el fallo lo expresa de éste modo:

“Entonces, a fortiori, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, con mucha mayor razón 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”.

Pero el artículo 116 de la constitución Nacional al autorizar a los particulares a administrar justicia, no hizo diferencia entre ellos y los funcionarios permanentes, por lo que debería entenderse que el árbitro aunque de manera temporal y transitoria, ostenta las mismas

calidades que el funcionario jurisdiccional, aun cuando esas calidades las tiene solo mientras realiza su labor.

Loa árbitros deberían tener esas calidades mientras adelantan su trabajo porque en esos momentos están sometidos al mismo régimen de responsabilidades, inhabilidades y prohibiciones que tienen los funcionarios de la administración de justicia del Estado.

Teniendo en cuenta los actuales criterios de la Corte Constitucional, la promulgación de una ley que autorizara a los árbitros a conocer sobre la legalidad de los actos administrativos, estaría condenada a ser tachada de inconstitucional, aun cuando no puede argumentarse que la Constitución establece la limitación directa que plantea la Corte en su sentencia.

El artículo 237 de la Constitución, establece que el Consejo de Estado es Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley, de modo que la limitación de la extensión y proyección de la actividad y ámbito de competencia de los tribunales de arbitramento proviene de mandato legal, no de disposición constitucional directa.

En efecto, la Constitución Política en toda su extensión no contiene un solo artículo que prohíba la facultad de que los árbitros conozcan y decidan sobre los actos administrativos, mientras si existe un artículo que autoriza la existencia de ellos.

En esas condiciones no se puede aceptar que jurisprudencialmente se haga una distinción que el constituyente no hizo.

3.12.3.2. Posición de la Corte Suprema de Justicia.- Si bien la Constitución de 1886 no tenía norma expresa que le diera validez a la justicia arbitral, su implementación se inició con normas legales. Producto de esas normas se esbozó la tesis jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, la que con pequeños cambios continúa vigente en la actualidad.

Esta Corte, en fallo del 24 de octubre de 1957, ya había establecido la incompatibilidad entre el pacto arbitral y la facultad de declarar la caducidad, y en sentencia de mayo 29 de 1969, la Sala Plena, con ponencia del doctor Luis Sarmiento Buitrago concluyó:

“...Los jueces arbitrales solamente están legitimados para resolver conflictos sobre los cuales las partes puedan disponer libremente, puesto que la potestad de resolver diferencias de carácter patrimonial no es función privativa o exclusiva del Estado, como supremo creador de derechos o supremo dispensador de justicia”.

“Es evidente que los anteriores conceptos y la doctrina que este fallo encierra, son aplicables al arbitramento y a la cláusula compromisoria sólo dentro del ámbito del derecho privado. No comprenden ellos las relaciones y problemas jurídicos que surgen en el campo del derecho público y de modo especial en el de la contratación administrativa, dentro del cual se presentan fenómenos que envuelven un privilegio oficial, como la caducidad, la imposición unilateral de multas, etc.”.

El 31 de enero de 1985 mediante sentencia 1242, magistrado ponente doctor Carlos Medellín, la Corte Suprema de Justicia expresó:

“Se deja claro que cuando el legislador excluye la posibilidad de incluir dentro del objeto del arbitramento, lo que haya sido materia de interpretación unilateral por la Administración, está reglamentado algo inherente a la cláusula compromisoria que él también prevé y determina y es una misma la razón constitucional que lo autoriza, para establecer el arbitramento y para especificar su extensión, su contenido, sus efectos y sus excepciones, sin que en ello encuentre la Corte lesión del artículo 16 de la Carta, (...) ni de ningún otro del Código Superior”.

3.12.3.3. Posición del Consejo de Estado.- Por su parte el Consejo de Estado, como juez de la administración, ha proferido un número muy superior de fallos, dentro de los cuales puede destacarse el concepto número 656 del 12 de julio de 1972, de la Sala de Consulta y Servicio Civil con ponencia del doctor Luis Carlos SÁCHICA, al resolver una consulta que sobre la materia que analizo le formulara el Ministerio de Justicia. Allí de dictaminó:

“Del análisis de las decisiones citadas se desprende :

- a) En principio, las cláusulas de declaración administrativa de caducidad y la compromisoria 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 éste no puede renunciar ni dejar de ejercer, hecha la salvedad de los casos en que así lo autorice expresamente la ley;
- b) No puede admitirse en ningún caso que se entienda que la cláusula compromisoria desplaza o sustituya la de caducidad y, en todo caso, la segunda ha de prevalecer sobre la primera por ser de orden público;
- c) Habiendo en los contratos administrativos estipulaciones de naturaleza reglamentaria impuesta por la ley y estipulaciones de carácter puramente contractual, que son las que versan sobre las relaciones patrimoniales y financieras de los contratos, debe aceptarse que la cláusula compromisoria únicamente puede convertirse 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 forzada”.

Del mismo modo en el concepto del 23 de mayo de 1977, con radicación número 1143, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al referirse a la regulación del arbitramento que consagraba el decreto 150 de 1976 expuso:

“Además, siendo el artículo 76 disposición general sobre la cláusula compromisoria, ella se aplica a su estipulación, a los contratos que regula el decreto 150 de 1976, tanto para los tribunales de arbitraje común como técnico, en cuanto a los árbitros deben ser nacionales y a que la aplicación de las cláusulas de caducidad y sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral, excluyendo así el arbitraje extranjero e internacional y sustrayendo lo relativo a caducidad de la competencia en ambos tipos de tribunal. Por consiguiente, al excluir lo relativo a la caducidad se excluye con ello el problema jurídico del incumplimiento del contratista, que debe ser pactado como causal de declaratoria de caducidad administrativa”.

Hasta el momento se hablaba únicamente de la incompatibilidad entre la declaratoria de caducidad, y el tribunal de arbitramento. Sin embargo, el auto del 2 de noviembre de 1977, emitido por la Sección Tercera del Consejo de Estado bajo la radicación número 2356, consejero ponente Jorge Valencia Arango, extendió tal incompatibilidad a las demás facultades exorbitantes en la contratación administrativa:

“La jurisprudencia de ésta 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”.

Con posterioridad a estos pronunciamientos, el Consejo de Estado, ya en vigencia del decreto 222 de 1983 puntualizó, en sentencia de septiembre 29 de 1983, radicación número 1085, consejero ponente doctor Luis Carlos SÁCHICA:

“La aceptación por la doctrina y por la jurisprudencia y la formulación legislativa del principio de que el Estado puede contratar sujetándose indistintamente a un régimen de derecho público o a un régimen de derecho privado no tiene otra finalidad que la de facilitar la actuación de aquel, pero no rompe en ningún momento la unidad del sujeto Estado que así se desdobra, ni afecta su identidad ni le impide el ejercicio de potestades de poder público de las que no puede desprenderse...”.

Con la llegada de la Constitución del 91, y la consagración en el artículo 116 de la figura del arbitraje, la tradición jurisprudencial del Consejo de Estado sufrió una modificación por medio del fallo del 15 de mayo de 1992, con ponencia del doctor Daniel Suárez, quien afirmó que si bien la legalidad hacía que fuere imposible someter a decisión judicial la legalidad de los actos administrativos, si era posible conciliar sobre los efectos económicos de los mismos. Esto en aras de asignarle a la justicia arbitral la importancia que la Constitución de 1991 le reconoció. Posteriormente en 1997 se rectificó esta jurisprudencia cuando el Consejo de Estado, en sentencia de junio 16 de 1997, expediente número 10882, consejero ponente el doctor Juan de Dios Montes, afirmó:

“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 justicia (artículo 229 de la Carta Política) (...)”.

“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 ésta si cumplió con el pacto”.

“De allí que aparezca como jurídico razonable el que la jurisdicción contencioso administrativa asuma el conocimiento pleno de la controversia cuya unidad no puede ser desconocida”.

Últimamente la Corporación ha confirmado su criterio, y lo hizo a través de la sentencia de 23 de febrero de 2000, con expediente número 16394, consejero ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar, donde sostiene:

“De admitirse que un juez pueda pronunciarse sobre los efectos del acto administrativo y que otro sea el que juzgue la legalidad de ese mismo acto, se escindiría la continencia de la causa; es decir, se desarticularía la unidad que debe imperar en todo tipo de proceso, para que se tramite sólo una acción, ante un juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así fallos diferentes entre idénticas partes y respecto de los mismos hechos. (...)”.

“Lo único cierto sería ante tan irregular y anómala situación, que el acatamiento por las partes de una cualquiera de tales decisiones, conllevaría al abierto desconocimiento de la otra, para configurar en esas condiciones una verdadera anarquía jurisdiccional y procesal, con los inconvenientes y desastrosos resultados que dicha situación generaría en la comunidad”.

“En el anterior orden de ideas, resulta no sólo jurídico sino también razonable, que sea la jurisdicción contencioso administrativa la que deba asumir el conocimiento pleno de la controversia surgida entre la empresa (...), de donde resulta que la interpretación dada por los árbitros jueces excepcionales, con fundamento en el cual invadieron una órbita de competencia que les era vedada, no solo por la ley, sino por la voluntad

expresa de las partes, ha viciado de nulidad el laudo arbitral, por contrariar manifiestamente las normas que establecen las competencias de los jueces, disposiciones estas que como bien lo consagra el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil"...son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento".

"Lo anterior por cuanto no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas propias del poder público, de las cuales no puede válidamente la administración desprenderse o renunciar, en la medida en que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y negociación de tales materias".

"La protección de los derechos de los particulares en este campo encuentra soporte y garantía, de una parte, en los mecanismos de autocontrol de la administración, como lo son la vía gubernativa y la revocatoria directa y, de otra, en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda acudir a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y la ley".

Siguiendo con su desarrollo, y sobre la base de la indisponibilidad de las potestades públicas, la Sala concluye:

"En tal virtud, como ejercicio del poder público no es una materia susceptible de transacción, no es posible que la justicia arbitral pueda decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley, como por ejemplo, entre otros, cuando declara el incumplimiento unilateral del contratista; ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de ese tipo de actos, y menos restarles su eficacia, toda vez que, sólo es posible someter la decisión de un tribunal de arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción (...)".

Por último, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de junio 8 de 2000 con ponencia del consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez, reafirmó su posición de la siguiente manera:

“En desarrollo de este precepto constitucional, la ley 80 de 1993 autoriza a la justicia arbitral para resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación, pero en ningún momento el estatuto de contratación estatal autoriza a las partes para que habiliten a los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos que se produzcan con ocasión de la relación contractual”.

Del Criterio del Consejo de Estado se puede concluir que:

1. Cuando en una controversia contractual está involucrado un acto administrativo, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo a la que le corresponde el fallo sobre su legalidad.
2. En la medida en que es la justicia administrativa la que debe conocer sobre la legalidad del fallo, es ella la que debe resolver toda la controversia, pues ésta no podría ocuparse sólo del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, para que la jurisdicción arbitral se ocupara de sus efectos económicos.
3. En los casos en los que en un contrato administrativo exista cláusula compromisoria y se profiera un acto administrativo contractual, se está sustrayendo del conocimiento y decisión de los árbitros, el conflicto puede desprenderse de ese acto administrativo. Los aspectos restantes que contemple la cláusula compromisoria serán conocidos y decididos por los árbitros.
4. Es posible la derogación tácita de la cláusula compromisoria, en la medida en que una de las partes acuda a la justicia administrativa y la otra parte no se oponga por excepción de compromiso.
5. El sometimiento a la cláusula compromisoria es apenas una facultad de cada una de las partes de acudir al tribunal de arbitramento; en todo caso no es una obligación para las mismas.
6. Es inadmisibles la coexistencia sobre la misma controversia contractual, de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la jurisdicción arbitral; permitiría ser, en concepto del Consejo abrir la puerta a incongruencias e injusticias, por lo que se impone que la jurisdicción contencioso administrativa asuma el conocimiento pleno de la controversia y por lo mismo su unidad no puede ser desintegrada.

3.12.4. Posiciones Encontradas del Arbitraje en la Contratación Administrativa.-

3.12.4.1. El Árbitro no es competente para juzgar actos administrativos.- Se puede decir que no existe la jurisdicción arbitral en materia de contratación estatal cuando está en presencia un acto administrativo o una cláusula excepcional.

Para analizar esta afirmación, en primer lugar se debe establecer si la facultad de impartir justicia que se asigna a los árbitros los convierte en parte de una jurisdicción arbitral, independientemente de las otras legalmente establecidas.

Teniendo en cuenta que el significado de jurisdicción, en su definición más simple, es el poder de otorgar justicia, de resolver los conflictos que surjan entre los asociados, o entre el Estado y éstos, aplicando la normatividad jurídica vigente. De esta manera, y como quiera que la facultad de administrar justicia asignada a los árbitros tiene rango constitucional, podría entenderse que es una jurisdicción.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el arbitraje no es una jurisdicción independiente, sino tan sólo un apéndice muy especial de la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativa, según sea el caso.

Pero, como de cualquier modo se discute si la regla general es acudir al juez administrativo o al arbitral. Tal cuestión se soluciona en el mismo artículo 116 de la Constitución, pues allí se establece que la regla es el juez administrativo y no el arbitral que tan solo es transitorio, y por ende excepcional.

La Corte Constitucional en sentencia C-294 de 1995, estableció la excepcionalidad de los árbitros, con ponencia del docto Carlos Betancur Jaramillo⁷⁹:

⁷⁹BETANCUR JARAMILLO, Carlos. El Arbitramento y los poderes exorbitantes de la administración. Congreso Nacional de Derecho Procesal. 1999.

“No puede aceptarse que el inciso final del artículo 116 de la Constitución implique la absorción por los particulares, en su condición de árbitros, de la función de administrar justicia que es propia del Estado, porque:

- a) El carácter excepcional que tiene la norma no permite en forma alguna convertirla en regla general.
- b) El poder jurisdiccional de los árbitros, autorizado por la Carta, no proviene propiamente de la ley sino de la voluntad habilitante de partes dotadas de capacidad para disponer de sus derechos.
- c) Ese poder concreto se limita sólo a la solución de un litigio específico sometido a su consideración.
- d) El querer de las partes no es absoluto, razón por la cual no puede trasladar a los árbitros el ejercicio pleno de la función jurisdiccional, en especial en aquellos extremos adscritos privativamente al conocimiento de los jueces naturales o propios y sobre los cuales ese poder de disposición no existe”.

En igual sentido se pronuncia el Consejo de Estado en sentencia con radicación número 16394 de febrero 23 de 2000, el magistrado ponente el doctor Germán Rodríguez Villamizar:

“Adicionalmente, estima la Sala necesario señalar como, aún en el evento de que las partes no señalan límite alguno a las facultades que confieren a los árbitros, 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 la nulidad absoluta, como por ejemplo, cuando dicha cláusula permite el juzgamiento de aspectos que comprometen el orden público, el régimen constitucional, etc.”.

“En efecto, el árbitro es un juez de excepción, de carácter extraordinario, y esa condición, ejerce su función respecto de intereses particulares...”.

La mencionada excepcionalidad de la justicia arbitral, fue así mismo reconocida por la Corte Constitucional en pronunciamiento del 5 de febrero de 1996, magistrado ponente el doctor Vladimiro Naranjo y en sentencia C-672 del 9 de septiembre de 1999. En la primera de ellas estableció:

“Resta agregar que en estas situaciones, los particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y la ley”.

En la segunda sentencia mencionada la Corte afirmó:

“Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, ello no puede interpretarse en el sentido que aquella resulte privilegiada frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que ésta pueda verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de aplicación”.

Este punto se puede resumir afirmando que si el juez arbitral no es regla general sino la excepción, instituido por los particulares para el caso concreto, no pueden asignársele competencias ilimitadas, puesto que como excepción, no puede aplicarse de forma general y su interpretación y alcance debe ser restrictivo.

Por ello no podría comprender la solución de conflictos atribuidos por ley a la jurisdicción contencioso administrativa, en cabeza del juez administrativo, pues la justicia arbitral debe actuar en subsidio. Se pueden contemplar al respecto los siguientes puntos:

1. El arbitramento sólo procede frente a materias transigibles y la legalidad de un acto nunca es susceptible de transacción. Lo anterior se sustenta desde el artículo 111 de la ley 446 de 1998 (116 del decreto 1818 de 1998) establece que la transigibilidad del derecho es un requisito sine-qua-non para poder someter el conflicto a la decisión de un tribunal de arbitramento. Y la transigibilidad del derecho significa que la persona que transa, pueda disponer libremente del objeto de la transacción.

Ahora bien, la jurisdicción contencioso administrativa está instituida, entre otras cosas, para el juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, aspecto éste en el que 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.

Sobre este punto el profesor Rafael Bielsa⁸⁰ considera:

“La Nación, las provincias, las municipalidades pueden someter a decisión arbitral la solución de ciertas cuestiones de hecho patrimoniales. Pero la Nación u otra entidad no puede someter a un tribunal arbitral la decisión sobre la validez de un acto administrativo, sea de autoridad o gestión, y menos aún el ejercicio de la potestad administrativa, porque ese régimen jurídico de la administración es de derecho público que comprende la esfera de potestad jurisdiccional, sea administrativa, contencioso administrativa, o judicial. La potestad jurisdiccional no es materia de contrato”.

Como antecedente jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de constitucionalidad del 12 de diciembre de 1991, al decidir la exequibilidad condicionada de los artículos 59 a 65 de la ley 23 de 1991, relativos a la conciliación en asuntos administrativos expuso:

“Indisponibilidad del orden jurídico. Es palmario que no puede quedar librada a la voluntad de los interesados (administración y particular) la decisión sobre la legalidad o ilegalidad del acto para, en este último supuesto, decretar su nulidad y, como consecuencia, poder conciliar sobre los aspectos estrictamente patrimoniales. El orden jurídico, en cuanto constituya ius cogens o derecho imperativo, por esencia escapa a la idea de negociabilidad. Si la administración del Estado está convencida de que una actuación suya se ajusta cabalmente a los dictados de tal ordenamiento, mal podría en un momento determinado admitir lo contrario, es decir, que el acto administrativo fue ilegal, por el solo afán de evitar un litigio, conciliando las pretensiones. No pudo ser éste el querer del legislador autor de la ley 23 de 1991, como se desprende claramente del hecho arriba observado de haber excluido de su regulación las controversias atinentes a simple nulidad”.

En igual sentido se profiere la sentencia del Consejo de Estado del 8 de junio de 2000, del magistrado ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, al referirse a los principios de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos y de no-negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas:

“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

⁸⁰ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires. 1980.

sobre la legalidad de los actos administrativos, sin menoscabar la soberanía del Estado, su autoridad, el orden público y el principio de legalidad. De ahí 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 otros, 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”.

Es importante tener en cuenta la opinión del doctor Ricardo Hoyos Duque en su salvamento de voto a la sentencia de junio 8 de 2000 emitida por el Consejo de Estado, puesto que para él, la legalidad de los actos administrativos si es disponible, y en esa medida, si se puede someter a la justicia arbitral.

Hay dos razones que apoyan su posición:

Primera.- El artículo 218 del Código Contencioso Administrativo permite el allanamiento a la demanda en los procesos relativos a contratos, en los cuales la controversia podría referirse a un acto administrativo que en ejercicio de sus potestades dicte la administración.

Nótese como la entidad de allanarse, dispone de esa legalidad, pues aunque los actos administrativos están arropados por su presunción de legalidad, el allanarse, la entidad declara que el acto es ilegal, sin haber sometido dicha controversia a decisión judicial.

Segunda.-La ley 23 de 1991 facultó en forma expresa a las entidades públicas para conciliar prejudicial o judicialmente las controversias que debieran dirimirse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; lo hizo sin condicionamientos, lo que en opinión del doctor Hoyos Duque da lugar a preguntarse si por ésta vía no se abre paso a que se pueda negociar la legalidad de las decisiones administrativas por las partes interesadas.

El doctor Hoyos anota:

“De ahí que no resulte acertado afirmar como se hace en la sentencia de la cual me separo, que los árbitros no pueden pronunciarse en relación con los actos administrativos demandados por cuanto nuestra legislación condiciona su intervención a la existencia de un conflicto de carácter transigible (artículo 111 de la ley 446 de 1998, incorporado al artículo 115 del decreto 1818 de 1998), ya que las mismas razones que permiten la conciliación respecto de los efectos patrimoniales de los actos administrativos resultan aplicables a la transacción y a fortiori, le abren paso a los arbitramentos como mecanismos alternativos de solución de conflictos que son todos ellos y en este último caso, por tratarse de un equivalente jurisdiccional”.

Así mismo se puede analizar el principio de la continencia de la causa, que es aquel por el cual se debe imponer una unidad en todo tipo de proceso, de manera que se tramite solo una acción, ante un solo juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así los fallos diferentes entre idénticas partes y respecto de los mismos hechos. Lo que elimina de plano la posibilidad de que el juez administrativo falle sobre la legalidad del acto y el arbitral sobre las consecuencias económicas.

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 11 de mayo d 1999, con ponencia de Jesús María Carrillo, estableció:

“El concepto de continencia ha dicho la Corte, implica la unidad que necesariamente debe haber en los procesos desde su iniciación hasta su decisión por la sentencia. Esta unidad exige que las causas no se dividan...y hay división de la unidad de la causa cuando una misma acción o varias acciones conexas se someten al conocimiento y fallo de tribunales diferentes (Gaceta Judicial Tomo LV Pág. 773)”.

Como se vio en la evolución jurisprudencial, luego del año 1992 se aceptó que fuese el juez contencioso administrativo quien conociere de la legalidad de los actos administrativos y el árbitro quien conociere de los efectos patrimoniales de los mismos.

Ahora, quienes afirman que la jurisdicción contencioso administrativa es la única que conoce tanto de la legalidad como de sus efectos, ponen como argumento la continencia de la causa. Así lo establece la

mencionada sentencia del Consejo de Estado de febrero 23 de 2000, la cual sostiene.

“¿Cuál seguridad jurídica se pregunta la Sala, podrá encontrar el administrado frente a situaciones como la examinada, donde eventualmente se podrían producir dos decisiones contradictorias entre sí: una favorable o contraria a una de las partes, y la otra, también favorable o contraria a la otra parte, ya provengan del juez contencioso administrativo o bien sean dictadas por el juez arbitral?”.

“De admitirse que el juez pueda pronunciarse sobre los efectos del acto administrativo y que otro sea el que juzgue la legalidad de ese mismo acto, se escindiría la continenencia de la causa; (...). Lo único cierto sería, ante tan irregular y anómala situación, que el acatamiento por las partes de una cualquiera de tales decisiones, conllevaría al abierto desconocimiento de la otra, para configurar en esas condiciones una verdadera anarquía jurisdiccional y procesal, con los inconvenientes y desastrosos resultados que dicha situación generaría en la comunidad”.

De este modo para el Consejo de Estado, la justicia competente para juzgar sobre la legalidad de los actos administrativos, debe ser también la encargada de fallar sobre todo lo demás, cerrando así la puerta a la competencia parcial del juez arbitral.

Así otro punto para sustentar ésta tesis es el de la suspensión provisional de los actos administrativos, en este caso el artículo 238 de la Constitución Nacional establece:

“Artículo 238. 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”.

El tratadista Carlos Betancur Jaramillo, considera que esta norma, al entregarle a la jurisdicción administrativa la suspensión de los efectos de los actos administrativos, le está asignando a ésta el control definitivo de los actos porque la suspensión provisional, en el desarrollo legal que se le dio a dicha norma, sólo podrá lograrse dentro de una acción contenciosa en la que se solicite expresamente la nulidad del acto. En el derecho colombiano no existe la acción autónoma de suspensión provisional de oficio y solo quien tenga

competencia para suspender sus efectos tendrá competencia para anularlos.

Otro punto que se debe considerar es el argumento de que no es posible la simultaneidad de jurisdicciones. Surge de la posibilidad de que el juez de la jurisdicción contenciosa se pronuncie sobre la legalidad de los actos administrativos y paralelamente, el juez arbitral lo haga sobre los demás puntos objeto de la controversia contractual.

Inicialmente el Consejo de Estado desarrolló la teoría según la cual era posible el paralelismo de jurisdicciones, en fallos del 18 de junio de 1992 y del 10 de mayo de 1994, se pronunció sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales y se declaró inhibido en lo relativo a los perjuicios demandados por el incumplimiento. En este primer fallo, del 18 de junio de 1992, expresa:

“Como las partes del contrato previamente habían convenido en solucionar sus diferencias mediante intervención arbitral, con excepción de aquellas referentes a las llamadas cláusulas exorbitantes, no correspondía al Tribunal a quo, por carecer de jurisdicción para conocer y decidir respecto de los conflictos cuya solución estaba adscrita a la decisión arbitral”.

“El a quo se encontraba ante un caso de acumulación de pretensiones adscritas a distintas jurisdicciones: la de lo contencioso administrativo facultada para conocer y despachar las dos primeras, en tanto que la justicia arbitral fue escogida válidamente por las partes para desatar las restantes”.

“Así pues el tribunal únicamente podía pronunciarse sobre la demanda de nulidad de los actos administrativos acusados; era de su resorte declarar su legalidad o ilegalidad, pero hasta allí llegaban sus facultades de juzgamiento, la existencia o no de perjuicios, el derecho al reconocimiento de reajustes, así como la eventual indemnización correspondía hacerla, en virtud de la cláusula compromisoria, al tribunal de arbitramento que asuma su conocimiento...”.

“Las consideraciones anteriores conducen a la Sala a la confirmación de lo decidido sobre las tres pretensiones iniciales como son las de nulidad de las resoluciones acusadas, vale decir, las proferidas por el Banco Central Hipotecario para imponer y sostener la sanción económica en contra de la firma Estruco S. A. Tal nulidad que no podían declarar los árbitros, por no

permitírsele la ley, estuvo bien decretada según se vio por el fallador de primera instancia”.

“Por el contrario, en virtud de la cláusula compromisoria pactada, no podía el Tribunal Administrativo de la Guajira pronunciarse sobre aspectos cuya decisión expresamente los interesados habían trasladado del juez natural a los falladores de excepción o miembros del tribunal de arbitramento. Esta razón es suficiente para que la Sala revoque los puntos cuarto y quinto de la sentencia recurrida, en cuanto deciden sobre las objeciones al dictamen pericial y se deniegan las demás súplicas de la demanda y, en su lugar declare la inhibición para fallar sobre los mismos por carencia de jurisdicción, fenómeno que no permite ser saneado como lo insiste la demanda”.

Y en la segunda providencia, del 10 de mayo de 1994, en la que, se demandaba la nulidad de un laudo arbitral que había definido el punto de los perjuicios, en virtud de que, por no haberse alegado la excepción de pacto arbitral en el proceso surtido ante la jurisdicción contenciosa, la cláusula arbitral había perdido vigencia, se dispuso:

“No podría entonces la Sala decidir en un proceso entre las mismas partes, que las controversias contractuales distintas a las nulidades de los actos administrativos dictados en desarrollo del contrato corresponden a la decisión de los árbitros; y ahora, cuando se ha producido un laudo arbitral sobre dichos puntos, decidir que ellos correspondían a la jurisdicción contenciosa administrativa”.

“La Sala reitera entonces la posición sostenida en la sentencia transcrita, en la cual se considera que el hecho de que el demandante, desconociendo la cláusula compromisoria, acuda a la jurisdicción y el demandado no formule la excepción de compromiso, no debe entenderse como la derogación del pacto arbitral”.

Igualmente en providencia del 29 de marzo de 1996, la misma Sección Tercera del Consejo de Estado confirmó un auto del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en el cual se rechaza una demanda de reconvención por existir cláusula compromisoria, luego de haber sido admitida la demanda principal contra el acto administrativo que declaró la caducidad del contrato. En este fallo se manifiesta:

“La demanda que dio comienzo al presente proceso fue interpuesta ante el mismo Tribunal por la sociedad Wintech de Colombia S. A., en contra de Ecosalud S. A., para que, como allí mismo se indica: El Tribunal se sirva decretar la nulidad de la resolución de caducidad dictada sobre el contrato número 003/92 de operación y manejo integral del juego de suerte y azar denominado La Instantánea”.

“La demanda a la cual se hace referencia anteriormente fue contestada por el procurador judicial de Ecosalud S. A., quien adicionalmente, dentro del término de ley, propuso demanda de reconvención en contra del demandante”.

“Inicialmente el Tribunal admitió la demanda de reconvención mediante auto del 27 de mayo de 1994; sin embargo, el apoderado de Wintech S. A., solicitó la reposición del mismo, y finalmente este auto fue revocado mediante proveído del 27 de julio de 1994, pues el Tribunal estima: Revisado y leído el contrato, en la cláusula cuadragésima novena – Arbitramento, observa el despacho que efectivamente le asiste razón al apoderado recurrente, por cuanto en dicha cláusula se establece nítidamente que toda controversia o diferencia referente al contrato 003/94, a su ejecución, liquidación se resolverá por medio de un tribunal de arbitramento que funcionará de acuerdo con las reglas allí pactadas. Y lo que toca con la liquidación regulada en la cláusula 50 y lo referente a la declaratoria de caducidad, será del conocimiento de la jurisdicción administrativa”.

Y concluye:

“Así las cosas, se tiene que las pretensiones planteadas en el libelo de reconvención son de conocimiento de un tribunal de arbitramento y no de esta Corporación. Por consiguiente, habrá de revocarse el auto impugnado”.

En la sentencia del 15 de mayo de 1992, en la cual el Consejo de Estado estimó que si bien era cierto que los tribunales de arbitramento no podían pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo contractual, si podían hacerlo sobre los efectos económicos del mismo. En dicha sentencia dispuso:

“Sea lo primero resaltar que el artículo 76 citado sustrae del arbitramento la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, así como lo relativo a las cláusulas que contengan los principios sobre terminación, modificación e interpretación unilaterales de los contratos administrativos”.

“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 juicio, del incumplimiento de las obligaciones del contrato se derivan perjuicios para aquella (causal f., artículo 61 del decreto 222 de 1983) y consecuentemente los cuantifica en determinada cantidad que dice que debe pagarle éste, 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 éste 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, más 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 debe procederse a la liquidación del contrato (lo que si 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 contrato”.

“Valga anotar que la Sección Tercera de la Corporación ha dicho que la administración no puede unilateralmente deducir perjuicios a cargo del contratista incumplido (sentencia de 22 de noviembre de 1989, exp. N°5253, actor: Seguros del Comercio S. A.). Igualmente ha expresado que aquélla puede, vencido el término señalado para la ejecución del contrato, ordenar su liquidación ya que entonces debe llevarse a cabo de conformidad con lo ordenado en los artículos 288 y 289 del decreto 222 de 1983. (Sentencia de 29 de enero de 1989, exp. N°3615. Actor: Darío Vargas S., y de 2 de diciembre de 1989, exp. N°5334. Actor: Compañía Colombiana de Ingeniería y Construcción Ltda.)”.

Sin embargo esa forma de juzgamiento implica que la jurisdicción contenciosa y la de los árbitros, tuviesen que pronunciarse sobre los mismos puntos. Lo que llevaría el riesgo de que se produjeran decisiones contradictorias sobre el mismo tema:

Al respecto el Consejo de Estado en la sentencia del 16 de junio de 1997, manifiesta:

“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 Pinski y que luego la jurisdicción arbitral decida que Carbocol no está obligada a pagar perjuicios porque ésta sí cumplió con el pacto”.

“Distinguir entre la legalidad del acto administrativo y sus efectos económicos para concluir que la jurisdicción contenciosa puede pronunciarse sobre la primera, la arbitral sobre los segundos, nos parece que trae las mismas dificultades que se afrontaron cuando, en materia de conciliación, se afirmaba que ésta sólo podía versar sobre los efectos patrimoniales del acto y que la revocatoria del mismo era un acto que debía cumplir posteriormente la entidad pública involucrada”.

Posteriormente la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado cambió, determinando que no era posible dividir el conocimiento del proceso, por lo que en la medida en que la legalidad de los actos administrativos solo era competencia del juez contencioso administrativo, los efectos de los mismos deberían ser de su conocimiento, dejando inoperantes los tribunales de arbitramento. A esa teoría se le llama el principio de la continencia de la causa.

Recordando que continencia de la causa es aquel por el cual se debe imponer una unidad en todo tipo de proceso, de manera que se tramite solo una acción, ante un solo juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así fallos diferentes entre idénticas partes y respecto de los mismos hechos, lo que elimina de plano la posibilidad de que el juez administrativo falle sobre la legalidad del acto y el arbitral sobre sus consecuencias económicas. Al respecto la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 11 de mayo de 1999, con ponencia de Jesús María Carrillo, estableció:

“El concepto de continencia ha dicho la Corte, implica la unidad que necesariamente debe haber en los procesos desde su iniciación hasta su decisión por la sentencia. Esta unidad exige que las causas no se dividan... y hay división de la unidad de la causa cuando una misma acción o varias

acciones conexas se sometan al conocimiento y fallo de tribunales diferentes (Gaceta Judicial Tomo LV Pág. 773)".

Y lo confirma en sentencia del Consejo de Estado de febrero 23 de 2000, como se vio anteriormente.

3.12.4.2. El juez arbitral si es competente para juzgar actos administrativos.- Para argumentar ésta afirmación se debe tener en cuenta los siguientes puntos:

1. Teoría del equivalente funcional: Esta teoría se opone a aquel argumento según el cual la justicia arbitral es excepcional y subsidiaria, pero no diciendo que la justicia arbitral sea principal sino enfocando el problema desde otro punto de vista.

La teoría parte del supuesto según el cual, cuando los árbitros deciden un asunto propio de la jurisdicción administrativa están haciendo parte de dicha jurisdicción y cuando deciden uno de la ordinaria lo son parte de ésta.

Afirma el doctor Hoyos Duque en su salvamento de voto al fallo con radicación N°16973 de la Sección Tercera del Consejo de Estado:

“No obstante que en el pasado se había discutido en el derecho colombiano la naturaleza jurisdiccional o simplemente privada o convencional del arbitramento, punto sobre el cual la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de mayo de 1969 que se cito antes no tomó partido, hoy no cabe duda que éste es un verdadero equivalente jurisdiccional y por lo tanto, participa de los atributos que le son propios a esa actividad, no obstante ser desempeñada por particulares que no se encuentran incorporados en calidad de funcionarios de la administración de justicia. Así se desprende con toda claridad del precepto constitucional, transcrito en cuanto señala que los particulares en su condición de árbitros administran justicia (sería mucho más exacto decir que imparten justicia)”.

“Por consiguiente la competencia del juez arbitral es plena y no podrá 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 esta 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. De ahí que la afirmación que se hace en el punto 5.1 de la

sentencia de la cual me separo, de que “el juez arbitral no pertenece a la justicia contencioso administrativa” sea inexacta, porque si bien los árbitros por la naturaleza transitoria de su función no se encuentran incorporados a la jurisdicción, cuando actúan no hacen otra cosa que suplir la actividad del juez que en principio estaba llamado a dirimir la controversia y por consiguiente, se sitúan en el mismo plano de éste. Esa es la razón por la cual sus decisiones cuando se refieren a las materias que son propias de la competencia del juez administrativo, son susceptibles del recurso extraordinario de anulación (artículo 72 ley 80 de 1993) ante el Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo que es”.

De esta manera, al incorporarse la justicia arbitral a la jurisdicción de lo contencioso administrativa, el juez arbitral queda investido de la facultad de administrar justicia incluso sobre aquellas materias que algunos consideran que le son vedadas, como la legalidad de los actos administrativos.

2. Operancia de la justicia arbitral: Si se admite que la justicia arbitral solo puede conocer las controversias contractuales en que no estén envueltos el orden jurídico y la legalidad, se está perjudicando la operatividad y vigencia de la justicia arbitral, como quiera que le basta a la entidad pública expedir cualquier acto para abstraer del árbitro la competencia de determinada materia, y adscribirlo a la justicia contencioso administrativa.

Esta interpretación es violatoria de la Constitución pues se estaría poniendo en cabeza de una de las partes la potestad de determinar el juez competente para un litigio, desconociendo el artículo 116 que establece que el pacto arbitral es un acuerdo Inter-partes.

Los contradictores de este argumento lo tachan de aparente. El doctor Betancur Jaramillo al respecto sostiene:

“Estimamos que no tiene presentación afirmar ligeramente que la administración caprichosamente, por evitar un futuro tribunal de arbitramento podrá expedir actos administrativos sin motivo o razón con notoria desviación de poder”.

“En primer lugar no puede olvidarse que si la administración, que es , en principio, la que redacta los contratos estatales, incluyó la cláusula compromisoria, es porque quiere buscar ese medio de solución, que es más

expedito y rápido. Por lo demás no puede montarse el argumento sobre la mala fe de la entidad contratante a este respecto, porque esta no se presume. Por lo demás, el hecho de que el contrato contenga cláusula compromisoria no podrá inhibir a la administración para expedir ciertos actos administrativos cuando se den los supuestos para su expedición. No hacerlo, so pretexto de la citada cláusula, implicaría una negociación ilegal de sus poderes exorbitantes y el reconocimiento de la primicia de la justicia arbitral sobre la contencioso administrativa”.

“En segundo lugar, porque la tendencia que se observa en este campo es la contraria: la administración contratante ordinariamente es bastante descuidada y ni siquiera dicta los actos que por ley debería dictar. Cuantas veces se observa que la entidad pública, pese al incumplimiento grave del contratista, deja vencer los términos para declarar una caducidad, o una terminación e incluso para liquidar el contrato en aquellos eventos en los que por ley debe proceder a su liquidación (artículo 60 de la ley 80 de 1993)”.

No se comparte dicho criterio y se reafirma en lo expresado en el sentido de que si el arbitraje administrativo estará amarrado de pies y manos y será totalmente inoperante en la práctica, si no puede conocer y decidir sobre la legalidad de los actos administrativos.

3. La ley no excluyó la legalidad de la competencia arbitral: No es cierto que la justicia arbitral tenga en la ley 80 de 1993 como límite la legalidad de los actos administrativos.

Si bien, el artículo 91 de la ley 418 de 1997, (prorrogada por la ley 548 de 1999), estableció nuevas causales de caducidad del contrato relacionadas con la conducta del contratista respecto de organizaciones armadas al margen de la ley. Seguramente por la gravedad de esas causales estableció que en ningún caso la aplicación de dicha potestad podría ser sometida a conciliación o a la decisión de un tribunal de arbitramento.

Esa excepción al arbitramento está en plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución, en cuanto establece que el cumplimiento de la función de impartir justicia por los particulares, cuando están investidos transitoriamente por las partes

de la condición de jueces en calidad de árbitros, debe cumplirse en los términos que fije la ley.

Como se ve, en la medida en que la ley establece que la declaratoria de caducidad por una determinada causal, no puede someterse a decisión arbitral, implica que está excepcionando la regla general, que establece que se puede someter a la decisión de árbitros aquello que no esté excepcionado por la ley.

4. La Constitución estableció el arbitraje y no existe un precepto constitucional que establezca en forma privativa la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

La Constitución ha instituido a la jurisdicción contencioso administrativa para juzgar la legalidad de la actuación administrativa. Así lo señala el ordinal 1 del artículo 237 de la Carta cuando establece que corresponde al Consejo de Estado desempeñar las funciones del Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

Sin embargo, esta norma debe interpretarse en consonancia con las demás disposiciones de la Constitución, en particular, con lo previsto en el artículo 116 en materia de arbitramento, disposición en la cual no se excluye de su campo de acción lo relativo a las controversias contractuales de las entidades estatales cuando éstas se derivan de un acto administrativo, aspecto que la Carta Política dejó librado a la regulación legislativa.

Al no existir un precepto constitucional que establezca en forma privativa la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para definir la legalidad de los actos administrativos, nada se opone a que el legislador en ejercicio de la libertad política de configuración de norma jurídicas, pueda facultar a otra jurisdicción, en el caso analizado, a la jurisdicción arbitral, para conocer de la legalidad de los actos administrativos.

Cabe anotar que del artículo 238 de la Carta tampoco se desprende la competencia privativa de la jurisdicción contencioso administrativa

para controlar la legalidad de los actos administrativos, toda vez que allí solo se establece que sus efectos pueden ser suspendidos provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

5. Consideraciones negativas de la posición actual asumida por las altas Cortes frente a la competencia de los tribunales de arbitramento administrativo: Con la posición que hoy tienen las altas Cortes frente a la relación que hoy debe existir frente al arbitraje y los actos administrativos, los tribunales de arbitraje en materia administrativa, quedan muy limitados y resultan totalmente inoperantes. Esto desde luego hace que el objetivo de fondo del artículo 116 de la Constitución no se puede cumplir.

No hay contrato estatal en que la administración no haga uso de sus poderes exorbitantes y en esa misma medida, no hay posibilidad de que los tribunales de arbitraje se pronuncien respecto de un asunto.

Por ejemplo, si la entidad contratante decretó la caducidad, fundamentada en el incumplimiento del contratista, o profirió el acto administrativo de liquidación unilateral, el único competente para juzgar la controversia es el contencioso administrativo, pues esas determinaciones se dan por medio de actos administrativos sobre los cuales nadie más tiene competencia.

Adicionalmente, no se entiende que racionalidad tiene el hecho de que para el contratante exista la opción de que después de haber pactado la cláusula compromisoria, pueda desconocerla.

Por lo anterior se puede decir que la falta de seguridad jurídica al realizar un contrato con una entidad del Estado es alta, debido a que la Administración por medio de la expedición de un acto administrativo puede lograr que no se haga efectivo el pacto arbitral.

4. ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS ESTATALES EN EL DERECHO COMPARADO

En el presente capítulo para abordar el tema del arbitraje en los contratos estatales en derecho comparado, se iniciará describiendo las fuentes internacionales de esta clase de arbitraje en el mundo, luego se expondrán las posiciones del arbitraje en contratación estatal en el mundo. Posteriormente se hará una breve exposición del arbitraje en dicha materia en países representativos en los diferentes sistemas de derecho como lo son España, Francia, Rusia y México. Se concluirá en capítulo con una breve descripción del arbitraje internacional en Colombia y la realidad actual en la aplicación del arbitraje, que se trata en el presente trabajo, proponiendo algunas fórmulas para contribuir a mayor claridad en la legislación sobre este tema.

4.1. FUENTES INTERNACIONALES:

4.1.1. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras Nueva York el 10 de junio de 1958.- La Convención se aplica al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas, para los países miembros de las Naciones Unidas.

Se aplica también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

4.1.2. Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional Panamá 1975.- De Los gobiernos de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, que quieren crear una Convención sobre Arbitraje Comercial Internacional

4.1.3. Reglamento de la CNUDMI (1976).- Se refiere al arbitraje de la siguiente manera:

“Cuando las partes en un contrato hayan acordado por escrito que los litigios relacionados con ese contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito”.

“Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición”.

4.1.4. Convención Interamericana Sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo, de 5 de agosto de 1979.- Habla de los gobiernos de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, considerando, que la administración de justicia en los Estados americanos requiere su mutua cooperación para los efectos de asegurar la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales dictados en sus respectivas jurisdicciones territoriales.

4.1.5. Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, MERCOSUR, Brasilia, 17 de diciembre de 1991.- La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, en adelante denominados "Estados Partes", en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 3 y en el Anexo III del Tratado de Asunción suscrito el 26 de marzo de 1991, en virtud del cual los Estados partes se han comprometido a adoptar un Sistema de Solución de Controversias que regirá durante el período de transición.

Reconociendo la importancia de disponer de un instrumento eficaz para asegurar el cumplimiento del mencionado Tratado y de las disposiciones que de él deriven. Convencidos de que el Sistema de Solución de Controversias contenido en el presente Protocolo contribuirá al fortalecimiento de las relaciones entre las partes sobre la base de la justicia y de la equidad.

4.1.6. Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio (Nafta).- que se refiere a los tribunales de arbitramento de la siguiente forma:

“Según se dispone en este artículo, cada una de las Partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional”.

“Una Parte implicada podrá solicitar que el panel revise, con base al expediente administrativo, una resolución definitiva sobre cuotas antidumping y compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una Parte importadora, para dictaminar si esa resolución estuvo de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias de la Parte importadora. Para este efecto, las disposiciones jurídicas en materia de cuotas antidumping y compensatorias consisten en leyes, antecedentes legislativos, reglamentos, práctica administrativa y precedentes judiciales pertinentes, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en tales documentos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente. Únicamente para efectos de la revisión por el panel, tal como se dispone en este artículo, se incorporan a este Tratado las leyes sobre cuotas antidumping y compensatorias de las Partes, con las reformas que ocasionalmente se les hagan”.

4.1.7. La Corte Permanente de Arbitraje de la Haya.- La Corte Permanente de Arbitraje nació en 1899, y es por tanto, el más antiguo tribunal para la resolución de disputas a nivel internacional en funcionamiento.

Fue un producto de la Convención para la Resolución Pacífica de Disputas de 1899.

El más importante resultado de esta Primera Conferencia de Paz de La Haya fue el establecimiento de la Corte, primer mecanismo para la solución de controversias interestatales.

4.1.7.2. Capacidades de la Corte.- Además de administrar de acuerdo con sus propias reglas el arbitraje entre estados u organizaciones intergubernamentales y entre éstos y particulares, la

Corte Permanente ofrece, a través de su Bureau Internacional la posibilidad de recurrir a los otros medios pacíficos de solución de controversias, conciliación, comisiones de encuesta, Buenos oficios y mediación.

Puede facilitar además arbitrajes conducidos bajo el auspicio de las reglas UNCITRAL y para su mejor operatividad tiene a disposición de las partes las adecuadas instalaciones y servicios administrativos, una sala de audiencias y acceso a la biblioteca del Palacio de la Paz.

La Corte tiene además un Fondo de Asistencia Financiera cuyo objetivo es ayudar a los países en vías de desarrollo a costear parte de los costos del proceso de resolución de disputas y, puesto que es una organización sin fines de lucro, no cobra en general costos de inscripción. Todos estos servicios se extienden aún a los estados y nacionales de los estados que no son parte en las convenciones de 1899 y 1907.

Todas las reglas de arbitraje de la Corte Permanente están basadas en las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL de 1976 y las de conciliación siguen las de conciliación de UNCITRAL de 1980. Y de acuerdo con las "Recomendaciones de asistencia a instituciones de arbitraje y otros cuerpos interesados en arbitraje bajo las reglas UNCITRAL" de 1982 de esta Comisión de las Naciones Unidas, todas las desviaciones del texto original están claramente indicadas en las notas al texto que siguen a cada juego de reglas. Éstas reflejan una aproximación flexible a la resolución de disputas y permiten a las partes una adaptación a sus necesidades particulares.

Y aunque las reglas generalmente contemplan disputas que involucran dos partes, se pueden aplicar en procedimientos donde hay más de dos; solamente se necesitan algunas modificaciones en los mecanismos de designación de árbitros y de atribución de los costos.

Se debería tener particular cuidado en la redacción de las disposiciones para la designación de árbitros cuando hubiera tantas partes que el tribunal se tornara poco práctico en su tamaño o estructura si cada parte designara un árbitro.

La Corte recomienda en estos casos que las partes de un tratado o de un contrato multilateral consulten previamente al Secretario General del Bureau Internacional en lo que respecta a la redacción de las disposiciones pertinentes para asegurarse que las modificaciones son adecuadas en el contexto de las normas de la Corte y que el Secretario General y el Bureau podrían llevar a cabo sus funciones, llegado el caso, eficazmente.

4.2. POSICIONES DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN ESTATAL EN EL MUNDO

4.2.1. Económica, Neoliberal o liberal. Su posición consiste en proteger el valor de la seguridad jurídica de las transacciones comerciales.

El Estado es considerado como cualquier entidad comercial, y renuncia a las prerrogativas de normas nacionales.

Es la posición de la mayoría de los países en el mundo.

Es el sistema de arbitraje de la CCI, que se trata de la seguridad de las transacciones internacionales.

Entre sus características se encuentran:

1. Garantizar la efectividad de las cláusulas compromisorias (Pactos Arbitrales): Emitir un acto administrativo violaría la seguridad y la buena fe.
2. Arbitrabilidad subjetiva: que consiste en la posibilidad de someter litigios en que intervengan partes estatales. Los árbitros de la CCI tienen competencia así el contrato sea administrativo. Cuando el Estado actúa a nivel internacional por buena fe y seguridad jurídica no se reconoce un mejor derecho a la entidad pública.
3. Se fija la sede del arbitraje en un lugar neutral: en una parte conveniente para la entidad pública, cuando no se determina por las partes la sede. Lo anterior garantiza que el laudo podrá ser ejecutado.
4. Tiene efectos de inmunidad de ejecución de los Estados.

4.2.2. Conservadora. Su interés es proteger exclusivamente el interés público.

El Estado participa en el comercio internacional pero no se puede asimilar a un comerciante internacional.

La Entidad Pública busca como objetivo satisfacer el interés público.

Entre sus características se encuentran:

1. Los árbitros son más estrictos si en la competencia hay una entidad pública.
2. Se establecen unas materias o litigios que podrían ser sometidos a arbitraje.
3. Los árbitros no deben tener ninguna relación con la entidad pública.

4.3. DERECHO COMPARADO DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN ESTATAL EN EL ÁMBITO INTERNO DE ALGUNOS PAÍSES

4.3.1. En España

4.3.1.1. Ley Española De Arbitraje De 1988.- La sustitución del régimen jurídico del arbitraje de Derecho Privado vigente viene siendo reclamada desde diversos sectores y corporaciones.

La ley 22 de diciembre de 1953 supuso un innegable avance sobre la situación existente con anterioridad. Sin embargo, la ley de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de derecho civil en el más estricto sentido de la palabra, la práctica ha demostrado, en cambio, que dicha ley no sirve para solucionar mediante instrumentos e composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen del tráfico mercantil internacional.

La nueva regulación se estructura en nueve títulos.

El título I delimita el ámbito de aplicación de la ley, configurando el objeto sobre el que pueda recaer el arbitraje y separando esta institución de otras figuras afines.

Se elimina la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso.

El convenio arbitral, instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición que reconoce el artículo 1, puede tener por objeto cuestiones presentes o futuras. Se trata con ello de superar la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes, obligando quizá por la misma naturaleza de las cosas a exigir su formalización judicial cuando la controversia ya estaba presente entre las partes.

El título II introduce como novedades el principio de la libertad formal en el convenio arbitral, la consagración legislativa del principio de separabilidad del convenio arbitral accesorio de un negocio jurídico principal y, sobre todo, la posibilidad de que las partes difieran a un tercero el nombramiento de los árbitros e, incluso, la organización del sistema arbitral.

Se dota de un amplio margen de actuación al principio de autonomía de la libertad, pero adopta las cautelas lógicas frente a las posibles situaciones de desigualdad contractual en las que puedan encontrarse las partes. Así se declara nulo el convenio que coloque a una de las partes en situación de privilegio en relación con la designación de los árbitros, se contempla el supuesto de convenio arbitral como cláusula accesorio de un contrato de adhesión y se dispone que los reglamentos arbitrales que establezcan las asociaciones y entidades sin ánimo de lucro y corporaciones de Derecho Público a quienes se permite que las partes encomienden la organización y administración de servicios arbitrales se protocolicen notarialmente a fin de dotarles de la necesaria fijación.

El título IV, que se refiere al procedimiento arbitral, queda también remitido en gran parte a la autonomía de la voluntad.

Sin embargo se requiere la observancia de unos trámites mínimos y, en todo caso, el respeto a los principios de audiencia bilateral, contradicción e igualdad.

El título V regula el laudo arbitral, exigiendo su motivación y su notificación fehaciente a las partes.

Cabe destacar como novedad la regulación de la posibilidad de corregir errores u omisiones materiales.

El título VI se dedica a la intervención jurisdiccional a lo largo del proceso arbitral. Tal intervención se ha reducido a la estrictamente necesaria.

Con la intención de simplificar el proceso arbitral propiamente dicho y en línea con lo establecido en otros ordenamientos se encomienda a los árbitros, en defecto de acuerdo de las partes, la delimitación de la controversia sometida a arbitraje, lo que permitirá descargar a la Administración de justicia de algunas de las funciones que actualmente tiene encomendadas en la formalización judicial del arbitraje.

El convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

El título VII regula un recurso de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusta a lo establecido en la Ley. Junto a ello se ha introducido la posibilidad de anular el laudo cuando éste fuese contrario al orden público, concepto que habrá de ser interpretado a la luz de los principios de la Constitución. El órgano competente para conocer del recurso es la Audiencia Provincial.

Es ésta una decisión ecléctica entre la regulación vigente de los recursos contra el laudo, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo, como si de una sentencia se tratara, y los que postulan que, siendo el laudo una decisión puramente privada, su anulación debería incumbir a los Juzgados de Primera Instancia. La ley ha adoptado por la vía intermedia, consciente de que un órgano pluripersonal con competencias en el orden civil como la Audiencia Provincial, tal como aparece en la Ley Orgánica del Poder Judicial, podía ser el adecuado para conocer de la anulación.

Se prevé, por otra parte, que en tanto se tramite la posible anulación, puede el interesado solicitar la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad del laudo.

El título VIII regula la ejecución judicial del laudo, con un sistema lo suficientemente completo como para encauzar la pretensión de ejecución y la oposición a la misma con las garantías suficientes para ambas partes.

El título IX prevé el reconocimiento, que se atribuye al Tribunal Supremo, y la ejecución, que se atribuye a los jueces de primera instancia, de los laudos arbitrales extranjeros, sin perjuicio de los tratados internacionales que formen parte del ordenamiento interno y de los cuales ya están haciendo uso los Tribunales con relativa frecuencia.

En el título X se contienen normas de Derecho Internacional Privado, relativas a la capacidad para otorgar el convenio arbitral, a la validez y los efectos de éste y a la ley aplicable para decidir el fondo de la cuestión litigiosa, cuando se trate de un arbitraje en derecho. Se ha mantenido el criterio, ya presente en el artículo 10.5 del Código Civil, de exigir algún grado de conexión entre la ley aplicable y la controversia objeto de arbitraje, a fin de evitar que por vía del arbitraje se produzca lo que se ha dado a conocer como la fuga del Derecho de determinadas relaciones jurídicas internacionales.

La ley pretende una reforma a profundidad de la regulación anterior del arbitraje, ya que ésta institución aparece como la más apta no sólo

para resolver los litigios que se plantean en el marco de complejas relaciones mercantiles o de aisladas relaciones jurídico-civiles, sino también para eliminar conflictos como los que se producen en el tráfico jurídico en masa, mediante la autonomía de la voluntad de las partes.

En el título IX, en los artículos 56 – 59 se habla de la ejecución en España de los laudos arbitrales extranjeros.

En el título X artículos 60 – 63 se establecen las normas de Derecho Internacional Privado referentes al arbitraje.

Se está sobre la reciente vigencia efectiva de un nuevo régimen jurídico de los contratos de las administraciones públicas (Texto Refundido del 16 de junio de 2000, Reglamento General del 12 de octubre de 2001)

4.3.1.2. Regulación Española de los Contratos Públicos.- Se descubre que la legislación española en materia de contratos públicos tiene una larga historia y está centrada, sobre todo, en el contrato de obras y en el de gestión de servicios públicos, que en múltiples ocasiones iban de la mano.

Se hará aquí una simple enumeración de las normas más significativas de la historia española, que por lo que a la contratación del Estado se refiere, deben citarse las siguientes:

1. -Pliego de Condiciones Generales para los contratos de obras públicas, aprobado por Real Orden del 14 de abril 1836.
2. -Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, aprobada por Real Decreto del 10 de octubre de 1845.
3. -Pliego de Condiciones para los contratos de obras, aprobado por Real Decreto del 18 de marzo de 1846.
4. -Real Decreto de Bravo Murillo del 27 de febrero de 1852, estableciendo reglas para la celebración de toda clase de contratos sobre servicios públicos.
5. -Pliego de Condiciones Generales para los contratos de obras públicas, aprobado por Real Decreto de 10 de julio de 1861.

6. -Pliego de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas aprobado por Real Decreto del 11 de junio de 1886, de Montero Ríos.
7. -Pliego de Condiciones Generales, aprobado por Real Decreto del 7 de diciembre de 1900, de Sánchez Toca.
8. -Pliego de Condiciones Generales para la contratación de obras públicas, aprobado por Real Decreto del 13 de marzo de 1903, de González Castejón.
9. -Leyes de administración y contabilidad de 1911, especialmente el capítulo V, de los contratos para la ejecución de obras y servicios públicos, modificada luego por la ley 20 de diciembre de 1952.

Toda esta abundante normativa, dictada a lo largo de más de un siglo, no constituyó en ningún momento un verdadero derecho objetivo de la contratación administrativa, inspirador y regulador de ésta en su fondo material. Eran más bien, normas procedimentales, preocupadas exclusivamente de un aspecto de la garantía: el que se centra en la elección y adjudicación de los contratos a un precio lo más bajo posible.

Los sucesivos Pliegos de Condiciones, y en especial el pliego de 1903, supletorio de todos los demás, no llegaban a cubrir este vacío normativo por cuanto aun reconociendo su condición de normas, como el Tribunal supremo declaró en muchas sentencias, no tenían valor de cuerpo normativo general, de auténtico derecho común de la contratación administrativa. Lo cual implica dos consecuencias importantes: primera, que no tenían, por tratarse de derecho singular, virtualidad expansiva, con capacidad autointegradora; y segunda, que en ningún caso suponían derecho vinculante para la propia Administración, que podía (al amparo del principio de la autonomía de la voluntad) desconocer el clausulado interno de cada contrato.

En el siglo XIX, contra la situación anterior, que atentaba contra el principio de legalidad, Eleuterio Delgado expresó, en una nota publicada en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (T. LXIV) lo siguiente:

“El poder legislativo debe trazar reglas a la Administración que deslinden sus derechos y atribuciones, y marquen sus deberes. Estas reglas deben encaminarse a garantizar los intereses colectivos y asegurar el bien público, objeto de la Administración. Esto supuesto, como aquellos derechos y atribuciones, entre ellos el poder ejecutivo de que se halla dotada, no se le conceden para bien particular, ha de conservarlos por mandato de la ley, lo mismo cuando realiza por sí el servicio que cuando se vale de otras personas y acude al contrato. De aquí la necesidad de salvar en él, por disposición de la ley, sus atributos y derechos: de aquí la posibilidad de traspasar la ley administrativa que protege aquellos, y limita las facultades de la Administración; de aquí la necesidad de respetar aquélla, no pudiendo celebrar un contrato con la libertad que concede la ley común a los demás contratantes”.

Esta falta de derecho objetivo, de normas delimitadoras de la naturaleza del contrato administrativo, fue suplida en buena parte por una abundante serie de decisiones de jurisprudencia administrativa que van reconociendo, aislada y a veces contradictoriamente, la especialidad de dichos contratos.

Siempre, sin embargo, con el carácter de excepción al derecho común, que es el derecho básico que regula la materia. Pero en medio de esta legislación solemne, procesalista y de derecho dispositivo, debe citarse un instrumento legislativo, que nunca alcanzó a tener vigencia pero es de gran importancia, se trata del proyecto de ley presentado a las Cortes con fecha 15 de noviembre de 1900, por el presidente del Consejo de Ministros, Marcelo de Azcárraga. Este texto, aunque no constituyó en ningún momento derecho vigente, es claro testimonio de una época en la que empieza a vislumbrar la especial naturaleza de la figura.

El tratarse de un proyecto de ley con pretensiones de regulación total obligó a abordar el tema frontalmente, en conjunto, y a tomar postura sobre la concepción dogmática de la institución. Este documento, empieza su exposición de motivos afirmando la imperiosa necesidad de decidir las dudas que acerca de la naturaleza y especial carácter de dichos contratos se han producido por una jurisprudencia casuística y contradictoria. En su propio texto establece

“...Sin que sea dable poner en tela de juicio que los contratos en general son de naturaleza esencialmente civil, por cuanto en derecho común es la base fundamental de la cual reciben toda su fuerza y vigor las relaciones contractuales, como instituciones jurídicas, y a cuyas disposiciones e forzoso atenerse para regular los efectos de los mismos en lo que de esencial tienen los recíprocos derechos y obligaciones que de ellos se derivan, tampoco es posible desconocer que la limitada y peculiar capacidad que el Estado tiene como prototipo de las personas jurídicas, y la necesidad ineludible que es lógica consecuencia de esa misma especial capacidad de hallarse representado para realizar sus fines por organismos y funcionarios que, en garantía de los interés públicos, han de tener previa y perfectamente definidos sus deberes y trazada su esfera de acción para que sean válidas las obligaciones en tal representación que contraigan, lo cual constituye una nota característica de la especialidad de los contratos que la Administración celebra”.

El texto es revelador: en la primera parte de él se manifiesta el peso de una tradición, que se remonta al derecho regio y que afirma la naturaleza privada de la materia.

En la segunda, se refleja la especial condición del sujeto que supone la Administración, con su mínima capacidad por un lado, que da lugar a la pugna legalidad-autonomía de la voluntad que preside en contrato administrativo, y con una cierta situación de privilegio, por otro, en atención a los fines que ostenta: los intereses públicos.

Los funcionarios han de tener por ello previa y perfectamente trazada su esfera de acción para que sean válidas las obligaciones que contraigan. Este principio, en su doble aspecto sustantivo y financiero dejará su huella en la regulación del fondo de los contratos. Se afirma únicamente la especialidad o singularidad del contrato por razón del sujeto, más que por razón de la materia, sin advertir el impacto que sobre el fondo del contrato produce ese régimen del sujeto y sin calibrar que cualquiera que fueren las condiciones del sujeto, los contratos sobre determinadas finalidades estarían siempre revestidos de un régimen jurídico singular. Por ello se afirmará en el artículo 51 que:

“En todo lo que especialmente no se determine en la presente ley, los efectos que han de producir los contratos administrativos, serán los que con arreglo a la naturaleza de cada contrato se hallen establecidos por derecho común”.

Esta misma concepción quedaría formalmente consagrada en la ley pocos años más tarde, con motivo de la Ley de la Administración y Contabilidad de 1911, cuyo artículo 65 establecía:

“las disposiciones y normas de derecho común serán aplicables como derecho supletorio para resolver las cuestiones que pueda dar lugar la interpretación y cumplimiento de los contratos administrativos que no puedan ser decididas por aplicación directa de los preceptos del presente capítulo y de las disposiciones complementarias de la contratación administrativa”.

La expresión literal de este artículo era contundente y exigía una consecuencia que ya se contenía implícitamente en el proyecto de Azcárraga y que la doctrina señaló: la prohibición de interpretación y aplicación analógica de los preceptos administrativos, por vía de extensión integradora en los casos de laguna legal.

En la legislación española reciente, que se dirige hacia un derecho material propio de la contratación pública.

En la serie de grandes leyes administrativas que caracterizaron la España de los años cincuenta y sesenta se inscriben tres normas que vinieron a suponer un verdadero cambio: la configuración de un cuerpo normativo general de las obligaciones y contratos administrativos. Son la Ley de bases de contratos del Estado, del 28 de diciembre de 1963, el texto articulado de la ley de contratos del Estado del 8 de abril de 1965, y el reglamento general de la contratación del 28 de diciembre de 1967.

En 1973 y 1975, la ley y el reglamento fueron reformados en algunos extremos, mejorando ciertos aspectos de la regulación, pero la gran tarea legisladora había sido llevada a cabo en los años sesenta.

En efecto, la ley de 1965 vino a cortar en gran medida con la situación anterior, y ello en un doble sentido:

En cuanto aspira a ser una regulación total de los contratos del Estado: Aparece así la ley:

“como derecho general supletorio que complementará los aludidos derechos especiales, sin alterar las peculiaridades administrativas que ostentan. De este modo, aun cuando la materia regulada en la ley afecte a los contratos de obras, servicios, suministros, los más frecuentes, los principios y reglas básicas cardinales de la reforma reciben una virtualidad expansiva que dará unidad y cohesión a todos los negocios del Estado”.

“La realidad no responde a esas pretensiones programáticas, ya que, frente a la compleja y variada contratación del Estado en nuestros días, su objeto directo siguen siendo los tres contratos típicos: obras, servicios y suministros, los más frecuentes, los principios y reglas básicas cardinales de la reforma reciben una virtualidad expansiva que dará unidad y cohesión a todos los negocios del Estado”.

“La realidad no responde a semejantes pretensiones programáticas, ya que, frente a la compleja y variada contratación del Estado actual, su objeto directo siguen siendo los tres contratos típicos: obras, servicios y suministros. En segundo lugar, la ley no se limita a aspectos marginales sino que afronta problemas de fondo, marcando en muchos ellos criterios propios, frente a la contratación civil”.

En cuanto no se limita a aspectos formales, procedimentales o solemnes, sino que afronta también los temas de fondo, marcando criterios propios de la contratación administrativa frente a la civil: la aparente similitud formal entre el antiguo artículo 10 de la ley 1255 del C. C. E., es solo aparente, pues responde a principios inspiradores diferentes (legalidad Vs. Autonomía de la voluntad), el equilibrio entre prerrogativas y garantías, la equivalencia material de las prestaciones (frente al equilibrio sinalagmático civil) y la recuperación de la idea de justo precio, los criterios de interpretación, la mora, el régimen de prescripción o compensación de créditos, etc., responden en ambos ordenamientos a principios diferentes.

Con ello, la legislación española había dado la espalda a un sector de la doctrina que, en aquellos años, volvían a defender la vieja tesis de que la contratación era materia sustancialmente civil, privada, a la que se aplican en principio las regulaciones materiales, de fondo, del

derecho privado común, sólo que con algunas especialidades o singularidades derivadas de la especial condición del sujeto: el Estado. En una de sus últimas formulaciones se resume esta postura en las siguientes afirmaciones:

“En su origen la distinción contratos administrativos – contratos privados juega exclusivamente en el plano procesal y carece de toda trascendencia en el plano material o sustantivo”; se trata de una atribución jurisdiccional por razones pragmáticas de simple utilidad; se aduce como prueba que en las primeras regulaciones se atribuye a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de todos los contratos que celebra la Administración sin distinción alguna”.

“La pretendida construcción del contrato administrativo como una figura autónoma es un subproducto innecesario y artificioso de lo anterior, un error provocado por la importación francesa de la doctrina del servicio público”.

“Las llamadas cláusulas o poderes exorbitantes, o bien constituyen situaciones a las que se podría llegar perfectamente en un contrato privado por vía de pacto entre las partes, o bien son poderes extracontractuales que deriva de la posición jurídica general de la Administración”.

“El contenido obligacional del contrato no es una regulación sustantiva de derecho administrativo material, sino que debe quedar remitido al derecho común; que ello es posible lo prueba el hecho de que otros derechos han encuadrado pacíficamente el grueso de la contratación de los entes públicos en las regulaciones comunes de derecho privado, encomendadas al juicio de los tribunales ordinarios”.

“Lo único que hay en definitiva son modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración, con diferente intensidad según el tipo de contrato, pero que en ningún caso suponen una diferencia de naturaleza”.

“Ha sido un error, el encaje , en la ley de contratos del Estado, de la tesis del contrato administrativo, que se manifiesta en la extensión y completud de su regulación y en el régimen de fuentes normativas aplicables a éstos”.

Igualmente es errónea la teoría que afirma que a soluciones idénticas a las de un contrato administrativo se puede llegar en un contrato privado por vías de pacto. Frente a ello hay que recordar que lo que caracteriza a un sistema de contratación, esto es, lo que constituye el derecho material, no es el clausulado de un contrato, sino las normas

aplicables ante el silencio de las partes; y es obvio que tales situaciones de prerrogativas no existen en un contrato privado.

Si se intentase reconocer tales poderes a una de las partes en un contrato civil, las cláusulas podrían ser válidas en algunos casos, pero en otros casos serían nulas de pleno derecho por infringir el artículo 1256 del Código Civil español y las normas de orden público; en cambio, en el contrato público, no sólo tales cláusulas son perfectamente válidas, sino que además, aunque no se incluya, tales poderes y prerrogativas existen siempre ex lege, y lo que resulta muy discutible es la validez de una cláusula en contrario.

No parece que pueda afirmarse que la contratación de los entes públicos se haya encuadrado pacíficamente, en ningún país, en el derecho privado.

En el procedimiento administrativo español, con la expedición de la ley 4ª de 1964 entran a regularse los contratos de obras públicas porque ese es el centro de gravedad de la ley 4ª de 1964, y aunque esa no es una ley dedicada a la institución del arbitraje administrativo, se dice sin embargo que ese es el verdadero antecedente de una norma jurídica del derecho colombiano que se refiera a ese tema en particular.

En España los actos administrativos llamados convencionales en donde intervienen los ciudadanos y dan lugar a la expedición final de un acto administrativo, si en eso puede haber acuerdo, qué impide que lo haya para la celebración de un compromiso o para el pacto de una cláusula compromisoria.

4.3.1.3. El Arbitraje en Contratación Estatal en España.- En España la ley, específicamente el Código Civil español, establece la prohibición del arbitraje en materia de contratación estatal donde esté en discusión potestades de las cuales sólo puede disponer el Estado y no los particulares.

4.3.2. En Francia

4.3.2.1. Regulación del Contrato Administrativo.- El camino seguido por el derecho francés, ha sido completamente distinto al anglosajón.

En Francia se ha elaborado doctrinal y jurisprudencialmente una categoría específica, la del contrato administrativo, que, respondiendo naturalmente al esquema milenario de esta supra-concepto, se inspira en principios diferentes, tiene una regulación propia, un derecho objetivo de la contratación pública, y se atribuye al conocimiento de los tribunales contencioso administrativos.

Ha sido ésta, básicamente, una creación jurisprudencial en la que el Consejo de Estado francés ha desempeñado un papel singular.

En Francia las transformaciones que trae consigo la revolución y las circunstancias históricas posteriores las que darán lugar al surgimiento de unos especiales actos de gestión en los cuales la Administración aparece revestida de autoridad, de poder.

Como es sabido, los supuestos iniciales de contratos administrativos, frente a la calificación tradicional de éstos como materia privada, fueron la venta de los bienes declarados nacionales, de los emigrados, los contratos de suministros al ejército, y también desde el primer momento los contratos de obra pública, como una herencia de las viejas jurisdicciones especiales, que se habían reservado estos contratos a tribunales privados.

Cuando más tarde se inicia la construcción de las grandes obras y servicios públicos se acude igualmente a la vía contractual, pero conservando en el seno del contrato un resto de autoridad, de tal modo que tales contratos se diferenciaban, en cuanto a su contenido, de los normales contratos civiles que la Administración celebra en la gestión de sus bienes y derechos.

La historia del contrato administrativo en torno a las figuras de las obras públicas y los suministros ha sido contada en muchas

ocasiones, pero es menos conocida la formulación y la razón de ser de esa atribución al orden administrativo de las ventas de bienes nacionales, y es este supuesto el más revelador, quizás, de los tres.

En el *Repertoire de Jurisprudence MERLÍN*, en la voz “Bienes Nacionales”, se contiene un largo análisis de este primer supuesto de administrativización de un contrato, con ocasión del arret del 16 pluvioso del año 11 en el asunto Samuel Leboucq Vs. Jean Baptiste Monville. Se trataba de una adquisición por Leboucq de un bien nacional procedente de un emigrado el cual anteriormente había cedido una parte d él a cierto Monville. El bien fue vendido por la Administración central del departamento de la Carente inférieure a Leboucq, y el Tribunal civil de Poitiers había anulado la venta reconociendo la anterior propiedad de Monville.

En conclusión MERLÍN escribirá:

“El tribunal de apelación de Poitiers era incompetente, lo era absolutamente, lo era *ratione materiae*; y, por tanto, era su deber enviar de oficio la causa ante la autoridad administrativa”⁸¹.

El testimonio de los autores de la época sobre el sentido y razón de ser de esta atribución jurisdiccional es unánime: el Barón de Gerardo escribirá que *cette attribution en a pour cause de hautes considérations politiques, et pour motif l'intêret de la paix publique*⁸².

F. Laferrière, nos dirá que las cuestiones relativas a los bienes nacionales, vendidos públicamente en virtud de las leyes revolucionarias, fueron atribuidas a la jurisdicción por razones derivadas de las circunstancias políticas de la Revolución de 1789

“Es una competencia determinada por el interés político y nacional que demanda, como una necesidad, el mantenimiento de las adjudicaciones hechas en nombre de las leyes de la época, y como garantía, la intervención especial de la autoridad administrativa para la completa seguridad de los adjudicatarios”.

⁸¹ MERLÍN. *Recueil alphabétique des questions de droit*. Cuarta Edición, Título II. Francia. P. 36.

⁸² B. DE GERANDO. *Institutes du Droit Administratif francais*, Tomo III, segunda edición. Francia. 1842. p. 240.

Y Maurice Hauriou recordará, muchos años después este sentido político que tuvo la atribución de tales ventas y otros contratos análogos a la jurisdicción contencioso administrativa. Ello dio lugar a duras críticas formuladas contra el mismo Consejo de Estado, por los juristas: se veía en el Consejo de Estado – escribe Hauriou-:

“...Un cuerpo político, y en los primeros años de la Restauración fue éste un pretexto para los ataques violentos contra su jurisdicción. Y es que mucho de los asuntos de los que se habían encargado presentaban en efecto un carácter político al mismo tiempo que jurídico: tal fue el caso de los pleitos relativos a los bienes nacionales. Más tarde lo referente a los suministros hechos durante la ocupación militar de 1814 y 1815, y lo referente a la reintegración de los emigrados en los bienes no vendidos cosas todas ellas que irritaban y apasionaban en diversos sentidos a los numerosos intereses”⁸³.

Berthelemy, finalmente, explicó como nadie ese sentido tremendamente político que tuvo la configuración jurídica de la venta de bienes nacionales. Dice así:

“Bajo la revolución se produjo un gran número de ventas de inmuebles demaniales. Estos inmuebles habían sido incorporados al dominio público por una medida política. Eran principalmente los bienes del clero, de los conventos y de los emigrados. Razones diversas apartaban a los posibles adquirentes y degradaban los precios: primero, el temor de la contrarrevolución y la reversión posible de los bienes a sus primitivos dueños; después, para los adversarios del nuevo régimen, la repugnancia a hacerse cómplices de lo que se consideraba el latrocinio público; finalmente, la incertidumbre respecto de los efectos jurídicos de la confiscación operada: tal medida podía anular el derecho de propiedad de un emigrado al que pretendía castigar por su huida, pero ¿sería válida en cuanto a los derechos reales que pudieran surgir sobre aquél, bien en provecho de los no emigrados (o de terceros)?”.

Pues bien, concluye el autor:

“Se pensó evitar todas estas dificultades decidiendo que las adjudicaciones de bienes nacionales hechas por la Administración tendrían un efecto

⁸³ M. HAURIOU. De la formation du Droit Administratif francais depuis l'an VIII. Paris – Nancy. 1893. p. 8.

excepcional, y que transmitirían los bienes libres de todas sus cargas, dejando a salvo los derechos de posibles titulares indebidamente desconocidos a hacerse indemnizar por el Estado. Así, las ventas de bienes nacionales devienen actos de autoridad o se administrativizan”.

Los contratos de subsistencias y de suministros para los ejércitos tomaron una importancia tal que les hicieron asimilarse a los actos de administración escapando al conocimiento de los tribunales.

La venta de bienes desamortizados, que en sí misma era una pura compraventa de Derecho Civil, se declara contrato administrativo porque el Estado no quería ver sometidas dichas ventas a los riesgos que podrían derivar de la aplicación de una normativa estricta, como era el derecho civil, en cuanto a la validez y estabilidad de las mismas.

Es decir, la operación desamortizadora era una operación de tal importancia política, tal como se veía en los comienzos del siglo XIX, que en ningún caso el Estado quiso que pudiera resultar frustrada por una aplicación estricta de un derecho que exigía una serie de justificaciones del título de adquisición, de inscripciones registrales, de determinación exacta de las medidas de las fincas, que establecía un régimen de retractos, de error, de lesión, etc.; la aplicación de todos estos criterios jurídico – tradicionales a las ventas de bienes nacionales, y, más aún, el juicio de esas ventas, encomendado a unos tribunales habituados a juzgar con arreglo a ellos, e integrados, sobre todo en Francia, por elementos del Antiguo Régimen, llevará a declararlos pertenecientes al orden administrativo.

Aquellas prestaciones u operaciones jurídicas de tipo contractual que tienen una importancia preponderante para el interés público en un momento dado (el abastecimiento nacional, la vivienda, o la investigación científica) serán calificadas como administrativas.

El contrato administrativo no es una esencia, sino una existencia histórico – jurídica. Por ello, se les rodeará de un régimen jurídico especial que garantice con mayor fuerza la pronta y eficaz realización de esos fines concretos. Este régimen se caracteriza por una mayor elasticidad interna, por una especial protección del fin público que se busca (que pasa por encima de la estricta relación bilateral, por una

mayor capacidad de decisión para una de las partes, que asume la potestad de dirección, a lo largo de la vida del contrato, por una mayor estabilidad y continuidad de la relación en cuanto tal, y, finalmente, por una mayor protección de la institución frente a terceros.

4.3.2.2. Arbitraje en Contratación Estatal.- En este país se permite el arbitraje en contratación estatal que se refiera a la liquidación contractual y específicamente sobre las prestaciones económicas, más no se permite cuando hay que discutir sobre otras potestades exorbitantes que posee el Estado.

No hay arbitraje administrativo que se diferencie del arbitraje en general, es un arbitraje común, pero con una parte estatal.

4.3.3. En Rusia.-

4.3.3.1. Fundamento Legal del Arbitraje en Contratación Estatal.- El artículo 126 de la Constitución de Rusia establece que el Tribunal Supremo de Arbitraje es la instancia judicial que se encarga de solucionar las controversias de carácter económico.

Dentro de la organización de la rama judicial de Rusia se encuentra el Tribunal de Arbitraje de la Federación Rusa, y se menciona en el artículo 102 de la Constitución que una de las competencias del Consejo de la Federación Rusa es designar a los jueces que integren el Tribunal de Arbitraje de la Federación Rusa. Así como el artículo 104 de la misma que establece que el Tribunal de Arbitraje tendrá el derecho de presentar mociones legislativas.

El Tribunal Supremo de Arbitraje de Moscú es la mayor instancia jurídica de Rusia.

Se conocen entre sus fallos más famosos el caso de la liquidación judicial de TV6, el último canal independiente de televisión con cobertura nacional en Rusia.

El Tribunal Supremo de Arbitraje de Moscú confirmó el 11 de enero de 2002, la liquidación de TV6. A finales de diciembre, un tribunal federal

revocó la decisión del 26 de noviembre de 2001, que suponía la liquidación de TV6; pero el vicepresidente del Tribunal Supremo de Arbitraje, Eduard Renov, apeló la decisión ante el Tribunal Supremo, el 4 de enero de 2002.

4.3.3.2. Arbitraje en Contratación Estatal en Rusia.- En Rusia aunque existe una distinción entre el derecho administrativo y el privado, cuando existen contratos estatales se pueden someter a arbitraje los asuntos de carácter de los mismos, siempre y cuando se trate de controversias de carácter económico, sin ninguna limitación adicional, es por lo anterior que pueden ser de conocimiento del Tribunal Supremo de Arbitraje de Rusia, el cual se convierte en el órgano supremo de los demás tribunales de arbitraje que se formen en la Federación.

4.3.4. En México

4.3.4.1. Fundamentos Legales del Arbitraje.- El arbitraje como fórmula de Solución de controversias en México, encuentra, su base principal en el Artículo 1051 del Código de Comercio de aplicación Federal en toda la República, y establece que el procedimiento Mercantil preferente a todos será el que libremente convengan las partes con las limitaciones que señala el mismo Código, pudiendo ser un Procedimiento Convencional ante los Tribunales o un Procedimiento Arbitral, este último de conformidad con el Título Cuarto del Código de comercio, que regula el procedimiento Arbitral, y que fue recientemente adicionado en sus artículos del 1415 al 1463, y mediante la publicación en el Diario Oficial de la Federación de 22 de julio de 1993, determinándose en el artículo 1º transitorio que el decreto respectivo entraría en vigor, como lo fue, al día siguiente de su mencionada publicación.

Como consecuencia, la Institución Arbitral se regula atendiendo a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, preparada y aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y conocida por sus siglas en español, como CNUDMI, y en inglés, como UNCITRAL, y con las adaptaciones a las necesidades del Decreto Mercantil Mexicano.

En las condiciones apuntadas, las Reformas legales referentes al Arbitraje Comercial y contenidas en el Código de Comercio de México, proporcionan a las partes involucradas en una diferencia Mercantil, un conjunto de reglas actuales y uniformes que han sido adoptadas en la mayoría de las disposiciones jurídicas de los demás países que integran la Comunidad Internacional.

4.3.4.2. Arbitraje en Contratación Estatal.- Aunque existe arbitraje en materia administrativa, no hay una legislación especial en éste tema. Se acepta generalmente el arbitraje internacional, así sea con un ente administrativo.

El presente Capítulo se concluirá a continuación con una breve descripción del Derecho internacional en el ámbito colombiano. Luego se describirá la realidad actual en la aplicación del Arbitraje en materia de contratación estatal, presentando una propuesta que permita mejorar la legislación existente en esta materia.

4.4. ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO INTERNO COLOMBIANO.

4.4.1. Fundamentos Legales.- Anteriormente al Arbitraje internacional en Colombia lo reguló la ley 315 de 1996.

Actualmente la regulación del arbitraje internacional se encuentra en el decreto 1818 de 1998, que al respecto establece:

“Artículo 196. Criterios determinantes. Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.
2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculadas con el objeto del litigio, se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.

3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.

4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral, vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente.

5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

Parágrafo. En el evento de que aun existiendo pacto arbitral alguna de las partes decida demandar su pretensión ante la justicia ordinaria, la parte demandada podrá proponer la excepción de falta de jurisdicción con sólo acreditar la existencia del pacto arbitral. (Artículo 1°).

“Artículo 197. Normatividad aplicable al arbitramento internacional. El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los tratados, convenciones, protocolo y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil”.

“En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero. (Artículo 2° Ley 315 de 1996, artículo 1° Ley 39 de 1990, aprobatoria de la "Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras", adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial el 10 de junio de 1958)”.

“Artículo 198. Laudo arbitral extranjero. Concepto. Es extranjero todo laudo arbitral que se profiera por un tribunal cuya sede se encuentra fuera del territorio nacional. (Artículo 3°)”.

Así continúa regulado hasta el artículo 221 de dicha ley.

4.4.2. Desarrollos Jurisprudenciales del Arbitraje Internacional en el Ámbito Interno Colombiano

En cuanto a las reglas de procedimiento, se dice que, en el arbitraje independiente, las partes pueden pactar las normas de procedimiento aplicable.

En nuestro sistema jurídico, se presenta una verdadera dificultad la aplicación de este principio a raíz de fallo proferido por el H. Consejo de Estado en el caso de TermoRío⁸⁴, donde se dispone que aún en este tipo de arbitramento independiente tendría dificultad la disposición de las partes sobre las reglas de procedimiento aplicables. Observemos los aspectos más relevantes del fallo sobre esta materia:

“En otros términos, ni los particulares, como tampoco las entidades estatales, pueden válidamente investir de función jurisdiccional a particulares en la condición de árbitros por fuera de los límites y exigencias que para tal in establecen la Constitución y la ley, toda vez que, ni aquellos ni ellas pueden abolir por convención las normas de derecho público, como lo son, entre otras, las que regulan el arbitramento como forma alternativa de administración de justicia”.

“En cuanto a este aspecto se refiere, corrobora la ilicitud de la cláusula compromisoria, lo consignado en el Acta de Misión suscrita por los árbitros y las partes, en donde al definir las normas de procedimiento , se dijo: IX NORMAS DE PROCEDIMIENTO. 1. Exceptuando las normas específicas en esta Acta de Misión, el procedimiento aplicable a este proceso se registrá por el reglamento CCI y en caso de silencio de éste o del Acta de Misión por las normas que determine el Tribunal Arbitral” (folio 22, cuaderno 2”).

Al respecto, resulta especialmente ilustrativo el siguiente criterio de la jurisprudencia constitucional:

“¿Cómo dejar en manos de cada uno de los jueces la facultad de establecer las reglas que habrá de seguir para administrar justicia en el caso

⁸⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Laudo Arbitral, actor: Electrificadora del Atlántico S.A., E. S. P., demandada: TermoRio S.A., E. S. P. Bogotá D. C., 01 de agosto de 2002. Fuente: CD Room, Jurisprudencia del Consejo de Estado 2002.

particular? En el antiguo derecho francés, en las regiones en que prevalecía el derecho consuetudinario, la primera tarea de los jueces que habían de decidir un litigio, era determinar las normas aplicables, entre ellas las relativas a la competencia y al procedimiento. Por fortuna, esta puerta abierta a la arbitrariedad se ha cerrado al disponer, sencillamente, que todas las personas deben ser juzgadas con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Es lo que podríamos denominar como la neutralidad del procedimiento, o la neutralidad del derecho procesal. Neutralidad que trae consigo el que todas las personas sean iguales ante la administración de justicia, tengan ante ella los mismos derechos e idénticas oportunidades, en orden a lograr el reconocimiento de sus derechos”.

“Desde otra óptica, si el arbitramento acordado por las partes es institucional, pesa una razón adicional: Según lo reglado en el artículo 91 de la ley 23 de 1991, en esta época sólo podía acudir a los centros de arbitraje autorizados para su organización y vigilados en su funcionamiento por el Ministerio de Justicia y, cuyos reglamentos estuviesen ajustados a las normas de esa misma ley, que no es precisamente el Centro de Conciliación y Arbitraje (Corte) de la CCI con sede en París, en tanto que es un organismo ajeno por completo a tales prescripciones, tanto en su creación y organización como en su funcionamiento”.

“Cabe señalar cómo, sobre el particular, en oportunidad anterior, el Consejo de Estado ya había establecido idéntico criterio, con ocasión de juzgar un caso muy similar al presente, en donde el punto de debate fue, precisamente, la cláusula compromisoria que habían pactado las partes, las cuales, como en el sub iudice, eran igualmente empresas generadoras de energía eléctrica, quienes acordaron someter las controversias derivadas del contrato a la decisión de un tribunal de arbitramento, con sede también en la ciudad de Barranquilla y con sujeción al procedimiento contenido en el reglamento arbitral de la CCI”.

“En la providencia que resolvió el litigio, se declaró la nulidad del pacto arbitral con fundamento en el siguiente razonamiento: Conviene advertir que en este juicio no hay discusión sobre problemas fácticos. El contrato entre Corelca (Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica) y Westinghouse Electric Corporation se celebró válidamente, y este es un hecho que las partes no discuten. La controversia versa solo sobre la cláusula 29 de dicho documento, mediante el cual se pactó el arbitramento como instrumento para solucionar las diferencias que surgieran en desarrollo del contrato.”

“Vista la cláusula, se encuentra que en ella los contratantes acordaron expresamente tres puntos fundamentales: 1. Someter sus diferencias

contractuales al arbitramento. 2. Señalar la ciudad de Barranquilla como sede del posible tribunal. 3. Indicar como procedimiento arbitral el reglamento vigente en ese entonces de la Corte de Arbitramento Comercial Internacional de la Cámara de Comercio Internacional”.

“El problema surge con relación al punto tercero de la cláusula, es decir, al procedimiento para llevar a efecto el arbitraje, para lo cual fue convenido como se anotó anteriormente, el Reglamento de la Corte de Arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional”.

“La Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, tiene el procedimiento, cuya traducción, ordenada por el Consejo, figura en folios 24 – 25 c-2”.

“Sin entrar siquiera a describir las formas ni a examinar la bondad de este procedimiento de la Cámara de Comercio Internacional, hay que afirmar a este efecto, que en Colombia, por estar consagrado por el Código de Procedimiento Civil un procedimiento arbitral, no cabe acogerse ni señalar ningún otro”.

“En efecto los artículos 663-671 del Código de Procedimiento Civil se ocupan de indicar y regular detalladamente las formas y trámites del proceso arbitral. Por esto, las partes no podían para un contrato que se iba a ejecutar en Barranquilla y un arbitramento que se iba a desarrollar también en Barranquilla, indicar otro procedimiento distinto al previsto en el Código de Procedimiento Civil”.

“La voluntad de las partes no podían derogar ni subrogar la ley, mediante la remisión a procedimiento diferente al legal, independientemente de que él fuera amplio o restrictivo, de carácter nacional o foráneo. Lo único cierto es que no podía ser distinto al señalado en el Código Procesal”.

“Las leyes de procedimiento son por definición de orden público. Su efecto es general e imperativo, de manera que no caben sino las excepciones que ellas mismas preveen. Su observancia no es, no puede ser potestativa, por su naturaleza y por sus fines, son de obligatorio cumplimiento”.

“Es por todo esto y por el carácter de derecho público que conlleva a la función arbitral, que los comprometientes no podían remitirse al procedimiento indicado en la cláusula 29, no por ser él foráneo o no, sino por ser distinto al previsto en el Código de Procedimiento Civil. Este solo hecho lo hizo jurídicamente inexistente desde el mismo momento de su estipulación”.

“Las partes no pueden derogar ni modificar las formas y garantías procesales. Y si lo hacen, los respectivos acuerdos se tendrán por no escritos. Así lo ordena perentoriamente el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil”.

“Tampoco dichas formas pueden quedar al criterio que los árbitros, consideren procedente, como aparece en el literal B de la cláusula, de manera que pueda esperarse razonablemente que ellos terminen por aplicar el procedimiento legal”.

“El carácter imperativo de las normas procesales, descarta radicalmente esas posibilidades de elección, por cuanto su objeto es precisamente el establecimiento de trámites precisos e ineludibles como garantías ciertas de la ley, en manera alguna referidos a actos de aquiescencia o de criterios subjetivos”.

“En consecuencia debe tenerse por no escrito lo relativo al procedimiento del arbitraje, solo en cuanto sustituyó el procedimiento establecido en el título XXXIII del Código de Procedimiento Civil”.

“En este punto debe advertirse que, declarada sin efectos la parte instrumental del compromiso, este no puede subsistir por cuanto aparece, en la voluntad contractual, indisolublemente unido a ella. Evidentemente los contratantes acoraron un arbitraje y lo pactaron, pero referido directamente al procedimiento que se ha puesto de presente. En estas circunstancias, al anularse la parte instrumental por contraria a las normas de orden público, tiene que anularse también necesariamente el compromiso mismo que para ese efecto se había suscrito, por cuanto al hacerlo los contratantes proyectaron su voluntad para desarrollarla a través de un medio legalmente vedado⁸⁵”.

“En consecuencia, como la cláusula compromisoria pactada por Electranta y Termorío adolece exactamente de ese mismo vicio, esto es, objeto ilícito, en tanto que, mediante ella, las partes acoraron someter a la decisión de árbitros las controversias que se derivaran del contrato por ellas suscrito, con aplicación no de las normas de procedimiento legalmente preestablecidas para el efecto, sino de un reglamento no previsto ni autorizado en nuestro ordenamiento jurídico, en aplicación de lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, y lo dispuesto igualmente en el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el

⁸⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia del 4 de noviembre de 1982, expediente 2721. Fuente: BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho colombiano. Bogotá. Temis, Segunda Edición, 2000.

artículo 2 de la ley 50 de 1936, la sala declarará la nulidad absoluta e insaneable que afecta dicha estipulación del contrato, como quiera que para ello, la citada nulidad se encuentra plenamente probada y, al propio tiempo, en el presente proceso actúan las mismas partes que suscribieron el respectivo contrato”.

Con el criterio que sostiene el Consejo de Estado en el fallo cuyo aparte se transcribe queda prácticamente vedado que los árbitros puedan señalar procedimiento alguno, bien sea porque la cláusula compromisoria los autorice, o porque en la misma se haya acudido al reglamento de un centro de arbitraje, que permita que los árbitros dispongan sobre las normas de procedimiento.

Con tal conclusión quedamos por fuera del contexto global.

En la práctica universal, del arbitraje internacional y las propuestas de ley uniforme en la materia, se establece que se presente una posibilidad para los árbitros de disponer las normas del procedimiento.

Ahora, esto no implica, que los árbitros puedan desconocer principios constitucionales, como el que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio, que se traduce en el debido proceso donde no se puede violentar el principio de la “nula pena sine lege”.

Los árbitros y los centros de arbitraje, deben adoptar reglamentos y normas procesales que prevean el derecho de las partes a ser oídos al comenzar la actuación procesal, a pedir pruebas, practicarlas y contradecirlas y alegar de conclusión.

Todo debe estar orientado por una teoría general del proceso que es universal.

Con la posición de las altas cortes estamos quedando aislados del mundo, con una concepción superada del proceso.

La tendencia actual es hacer procesos más flexibles, ágiles, que en realidad descongestionen y garanticen una pronta administración de justicia.

En el Consejo de Estado, en sentencia de febrero 23 de 2000, consideró esa corporación que del arbitraje debían excluirse las discrepancias que tuvieran relación directa con los poderes y prerrogativas propias del poder público, que le son otorgadas por la Constitución y por la ley, de las cuales no puede la administración desprenderse o renunciar.

Esos poderes y prerrogativas son medios para satisfacer necesidades de los administrados y para proveer a la realización e los fines del Estado, por lo que no es posible negociar en esa materia.

Conforme a la providencia, los derechos de los particulares se protegen por el autocontrol de la administración en la vía gubernativa y en la revocatoria directa y en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo.

El ejercicio del poder público no se puede transigir y no es factible que la justicia arbitral decida la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce potestades exorbitantes que atribuye la ley en el ámbito de la contratación, como declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista; ni es posible que se pronuncie esa justicia arbitral sobre los efectos de este tipo de actos y menos restarle eficacia.

Dijo también en esa oportunidad el Consejo de Estado:

“No obstante lo anterior, la Sala estima importante precisar, que no por el sólo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida, desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y decididas por un Tribunal de Arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o compromiso que aquellas hayan pactado. No, únicamente quedan excluidas de esa posibilidad, las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido”.

4.5. REALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA Y SU COMPARACIÓN CON OTROS PAÍSES:

En el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá se ha determinado que los laudos que se han producido en materia administrativa fueron en lo corrido del año 2000 un número de 18 laudos, en el año 2001 fueron 28 y en el año 2002 hasta el 18 de septiembre sólo se habían presentado 7 laudos, lo cual es un indicativo para determinar cual ha sido la evolución del arbitraje en materia administrativa.

En parte ese decrecimiento del arbitraje en materia administrativa ha obedecido a múltiples factores, un poco la onerosidad de los trámites arbitrales.

En otras circunstancias también se ha visto cómo algunas cláusulas compromisorias, algunos pactos arbitrales, no son definitivamente afortunados para la existencia del arbitraje.

Y finalmente, hay unas decisiones que en principio han resultado controvertidas particularmente del Consejo de Estado, de las cuales se hace evidente un poco la extremada limitación que se ha hecho del arbitraje en Derecho Administrativo y básicamente termina por obstruir un poco la evolución de este mecanismo.

La doctora María Teresa Palacio en un seminario de arbitraje administrativo del 18 de septiembre de 2002, se refirió sobre éste tema en el siguiente sentido:

“El arbitramento como institución general viene directamente del derecho comercial y fue como incrustado sin más pensamientos en el derecho público, sin hacerle ajustes, como a la fuerza, digámoslo así y resulta que ahí en ese instante sí hay choque de trenes, porque es que resulta que hay temas bien complicados, eso sí propios del derecho administrativo si le pudiéramos llamar así, que directamente aplicados frente al tema de la institución arbitral normal civil y comercial, sí presentan algunos temas que por lo menos hay que analizar con cabeza fría y sobre los cuales en definitiva no ha habido un acuerdo, la jurisprudencia ha hecho algunos pronunciamientos y definitivamente pienso que hay que repensar esos

temas, porque así como vamos, no quiero ser ave de mal agüero, pero veo complicada la institución del arbitramento en materia administrativa”.

“...el artículo 116 de la Constitución Política... la justicia arbitral es un mecanismo al cual se puede acudir sin limitaciones, por autonomía de las partes. Entonces digamos que ahí en la Constitución no se ha entrado, ni se entró en el tema del acto administrativo de la transigibilidad de la obra...”.

“...la administración no puede utilizar la actuación de la administración en general, las multas para inhibir la competencia a un tribunal de arbitramento, eso sí es la manera más fácil y más olímpica de echar a tierra una cláusula compromisoria y yo pienso que con la responsabilidad que esto pueda acarrear, pero fíjense que esta es una muestra simple y elemental de lo que vamos a tener que abocar, en un caso no se aboca competencia, en otro caso sí, sobre el mismo supuesto de hecho y de derecho”.

“...No sé por qué estamos convirtiendo todas las decisiones de la administración, entonces ahora contestan, la solicitud y un reajuste mediante resolución motivada para inhibir la competencia de los tribunales, eso es de una mala fe impresionante, es que la administración habla también con su contratista de igual a igual, hay actos eminentemente contractuales...”.

“No entiendo bien por qué esta salida que la da la ley, la da para la conciliación y no le da para el arbitramento cuando tiene el mismo principio de fondo...”.

“...esta parte del arbitramento administrativo que en realidad no es técnico hablar de eso, está lleno de mitos que se han ido incrustando en la administración de una manera increíble y en la ciudadanía y en el inversionista extranjero que es lo más tremendo, porque esto causa un riesgo país bien grande...”.

“...porque la realidad lo que esconde eso detrás es un drama y es que a la administración pública no le gusta que la juzguen, esa es la realidad, es que es bien peligroso que yo sea el gerente y que me juzguen en mi administración, muchísimo mejor que me juzguen en 20 años, yo no existo, no estoy, ya me morí o quién sabe qué pasa...”.

“Ahora el recurso de anulación se convirtió en obligatorio y el funcionario donde no lo meta lo denuncian penalmente y disciplinariamente, se inventan los recursos de anulación...”.

“Son distorsiones a una realidad y que no contribuyen al país a poner en marcha unas figuras que han sido exitosas en otros países y si no pues prohibámosla, pero no estemos en el paraíso legal y en el infierno real, porque eso no nos cuadra y eso lo único que nos causa es un daño enorme a las instituciones y una deslegitimación del Estado que entre otras es lo más grave y lo más peligroso”.

El doctor Juan Carlos Esguerra, al hablar sobre la realidad del Arbitraje Administrativo en Colombia se refiere en los siguientes términos, dentro del marco de la conferencia de arbitraje administrativo del 18 de septiembre de 2002:

“Lo cierto es que el pobre arbitraje ha venido padeciendo un muy grave síndrome que calificaría con el nombre del síndrome de TermoRío, como ha venido afectando la conciliación el síndrome de Dragacol, que no son síndromes que tengan que ver con características esenciales de la institución misma del arbitramento, de ninguna manera”.

“...ha venido siendo condenado en una serie de casos cuantiosísimos sin preguntarse si la calentura estará en las sábanas o si más bien la razón de esas condenas es el hecho de que ha habido algunas actuaciones antijurídicas irresponsables de parte de funcionarios del Estado que son las que determinan que haya lugar a esas condenas, o es que ellas deben simplemente entregarse para ser resueltas en 12 ó 15 años...”.

“ha venido siendo condenado en una serie de casos cuantiosísimos sin preguntarse si la calentura estará en las sábanas o si más bien la razón de esas condenas es el hecho de que ha habido algunas actuaciones antijurídicas irresponsables de parte de funcionarios del Estado que son las que determinan que haya lugar a esas condenas, o es que ellas deben simplemente entregarse para ser resueltas en 12 ó 15 años...”.

Así mismo la doctora Martha Cediél de Peña, se refiere al mismo tema que hemos venido tratando, en conferencia de 15 de noviembre de 2002:

“La administración a su interior prohibió el arbitraje. Entonces mandó una circular diciendo: se el ordena a todas las reparticiones administrativas desde esta cosa no pactar cláusulas compromisorias”.

Se debe tener en cuenta que la estabilidad jurídica, la globalización y la competitividad, son aspectos que inducen a la utilización de los mecanismos alternativos para solución de conflictos entre empresarios.

En el Reporte Global de Competitividad de 1999 Colombia ocupó, junto con Rusia, Ucrania y Zimbabwe, uno de los últimos lugares en materia de competitividad. De conformidad con el reporte, todos estos países se caracterizan por prestar poca importancia a las normas legales, a la seguridad de los derechos de propiedad; una pobre infraestructura y altos niveles de violencia, aunque por distintas razones.

Con todos los recientes esfuerzos de los últimos años en los cuales se ha convertido en una verdadera política estatal el propósito de la competitividad, en el informe del Foro Económico Mundial del 2002, Colombia ocupa el puesto 65 en el Índice de Crecimiento de la competitividad, en una muestra de 75 economías.

La estabilidad de las leyes, los contratos, la administración de justicia y la eficiencia económica y administrativa, constituyen bases importantes para la competitividad, pero no son suficientes para que exista y genere la prosperidad en las sociedades.

La existencia de normas claras y estables, que contemplen mecanismos adecuados y eficientes de solución de conflictos se hacen necesarias, pues si éstos son tortuosos, complicados e ineficaces, la violencia y los costos de transacción se incrementan necesariamente, son requisitos para que genere confianza entre los actores involucrados. Sin embargo se requiere también que la sociedad se comprometa con el respeto voluntario de las reglas de juego, porque si estas se cumplan sólo mediante una alta coerción, los costos siguen siendo muy altos.

Se ha dicho que, cuando la Nación o alguna de las demás personas jurídicas de derecho público deciden someter los litigios resultantes de uno de los contratos que celebran sometidos al arbitraje, la entidad pública por lo general pierde el pleito. Los representantes de las

entidades públicas, bajo dicho pretexto, han anunciado expresa y públicamente que sus representadas no cumplirán las obligaciones resultantes del laudo arbitral que las condena⁸⁶.

En Colombia no se ha entendido ni la esencia ni las causas del arbitraje. La primera causa, en otras palabras, sería una aversión intelectual respecto de la institución arbitral, y la profunda desconfianza respecto de la institución arbitral.

Los responsables del Estado tienen la impresión que las entidades públicas, cuando someten sus litigios al arbitraje, siempre pierden el pleito. Su reacción, curiosamente, ha sido la de sentir una profunda desconfianza respecto al arbitraje. Los responsables del Estado parecerían creer que la finalidad secreta del arbitraje es la protección de intereses económicos privados y que dicha finalidad excluiría totalmente de la noción de arbitraje toda preocupación relacionada con el interés público o general. Lo anterior no es cierto.

Eduardo Silva Romero⁸⁷ expresa:

“A mi juicio, los responsables del Estado Colombiano, en lugar de poner en tela de juicio las virtudes del arbitraje como medio de resolución de litigios, deberían primero preguntarse si la Administración fue verdaderamente diligente durante la negociación y ejecución del contrato origen del conflicto, y si, durante el arbitraje, los abogados escogidos por ella fueron verdaderamente los mejores”.

Lo anterior se puede sustentar además en que el poder de administrar justicia con relación a un caso concreto proviene, respecto de los árbitros, de un contrato celebrado por las partes denominado pacto arbitral.

Por todo lo anterior, es claro que la realidad del arbitraje en materia de contratación administrativa en Colombia, es muy oscura, debido a que

⁸⁶ La Revista Semana reveló, por ejemplo, que el Ex - Ministro Juan Manuel Santos dijo expresa y públicamente que la Nación no cumpliría el laudo arbitral que condena a la electrificadora del Atlántico a favor e la empresa TermoRío. En: Revista Foro del Jurista, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, pág. 187.

⁸⁷ Secretario general adjunto de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI).

hay una negación a aceptar que un Tribunal de Arbitramento pueda fallar sobre actos administrativos, y la Administración aunque pacta en sus contratos cláusulas arbitrales, luego emite un acto administrativo que deja sin vigencia la cláusula arbitral.

4.5.1. Comparación con Otros Países.- En comparación con otros países como España y Francia, que aunque no aceptan sin limitaciones en arbitraje en materia de contratación administrativa, tienen claridad legislativa y jurisprudencial sobre los asuntos que pueden ser sometidos a decisión por el mecanismo de el arbitraje.

Pero en nuestro país, pueden existir dos posibilidades que deberían plantearse en nuestra legislación, y que deberían ser parte integral de un proyecto de ley, que el proyecto de ley que cursa en el Congreso actualmente, todavía no contempló con claridad.

4.5.2. Propuesta Para Proyecto de Ley en Materia de Arbitraje en Contratación Estatal.-

En el momento actual se encuentra cursando en el Congreso la ley general de arbitraje, que en materia de contratación estatal busca que el Estado sea parte activa en los tribunales de arbitramento, sobre todo para que existan garantías para el inversionista extranjero al contratar con el Estado. Pero la discusión en el Congreso va más allá quiere que el recurso de anulación dentro del arbitraje administrativo estudie los asuntos de fondo, no de forma como originalmente se conoce que se utiliza este recurso en el mundo, lo cual traería como consecuencia que el recurso de anulación se convertiría en una segunda instancia del trámite arbitral. Con esto es claro que aun existen problemas que hay que zanjar en la elaboración de una ley de arbitraje.

Por lo anterior se hace la siguiente propuesta:

1. Buscar que el arbitraje en contratación administrativa se limite a determinados asuntos como en los casos de liquidación de los contratos administrativos, ya que ésta no es siempre un acto administrativo, y pueden haber actos entre contratistas con igualdad y no deben tomarse como poderes exorbitantes del Estado.

Otro asunto que se podría contemplar serían los efectos económicos de un acto administrativo particular, sobre el cual se permite la conciliación según el artículo 69 de la ley 80 de 1993, y estamos hablando del mismo principio que posee el arbitraje.

2. Buscar que la legislación no admita definitivamente la posibilidad de arbitraje administrativo, lo cual no solo daría seguridad jurídica a los ciudadanos colombianos y al inversionista extranjero que pretende contratar con el Estado colombiano.

CONCLUSIONES

- El Arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos que cada día adquiere mayor importancia a nivel nacional e internacional, por su efectividad y agilidad.
- El desarrollo del Arbitraje en materia de contratación estatal ha tenido varias posiciones a nivel nacional y extranjero.
- En Colombia el Arbitraje en contratación estatal en sus inicios era prohibido, luego se permite por la ley su realización, y con la expedición de la Constitución de 1991 se reafirma.
- Aunque la actual Constitución Nacional no impone límites al arbitraje en contratación administrativa, la jurisprudencia de las altas cortes colombianas lo han ido limitando, hasta el punto de hacerlo casi inoperante.
- Existe una legislación y una jurisprudencia contradictoria en éste tema planteado, lo cual no ha permitido que exista una seguridad jurídica en el tema.
- Debido a la inseguridad jurídica en materia de contratación estatal el inversionista extranjero ha perdido su confianza para contratar con el Estado colombiano, lo cual disminuye la entrada de capital al país y disminuye el crecimiento de la economía.
- En otros países como Francia, España, Rusia y México existe una definición de que materias están permitidas o prohibidas para su sometimiento a la jurisdicción arbitral, lo cual permite una seguridad jurídica que hace más atractivos a éstos países para la inversión extranjera.
- Debe definirse que materias de la contratación estatal pueden ser sometidas a arbitraje, o si definitivamente el arbitraje no opera en la presente área. Pero debe tenerse en cuenta que por las cuestiones de competitividad y adaptación a la globalización debe contemplarse el arbitraje como un mecanismo efectivo para solucionar controversias que se presenten entre los Estados y los particulares nacionales y extranjero

GLOSARIO

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.

ÁRBITRO: Tercero nombrado por las mismas partes, que actúa transitoriamente como juez, para decidir una diferencia o asunto litigioso entre las mismas.

ARBITRAJE INTERNACIONAL: Es el que difieren las partes a un Centro de Arbitraje Internacional, en el que las partes al momento de celebrar el pacto arbitral tenga domicilios en Estados diferentes, que el lugar donde se deban cumplir las obligaciones se encuentre situado fuera del domicilio donde las partes tienen su domicilio principal, cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido, o cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecta directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

CONTRATO ESTATAL: Es todo acto jurídico generador de obligaciones que celebran las entidades con un particular.

LAUDO ARBITRAL: Decisión Tomada por un Tribunal de Arbitramento.

PACTO ARBITRAL: Acuerdo contractual por medio del cual las partes deciden someter sus diferencias existentes o futuras a la decisión de árbitros. Si el litigio no existe, el pacto se denomina cláusula compromisoria, si es actual, será un compromiso.

RECURSO DE ANULACIÓN: Recurso extraordinario para oponerse a un laudo arbitral.

RESUMEN

TEMA:

EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS ESTATALES FRENTE A LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA.

PROBLEMA ABORDADO:

Situación actual y Limitaciones que tiene el arbitraje en materia de contratación estatal, y su influencia en el decrecimiento de la inversión extranjera en Colombia.

CONCLUSIONES ESENCIALES:

- Aunque la actual Constitución Nacional no impone límites al arbitraje en contratación administrativa, la jurisprudencia de las altas cortes colombianas lo han ido limitando, hasta el punto de hacerlo casi inoperante.

- Existe una legislación y una jurisprudencia contradictoria en éste tema planteado, lo cual no ha permitido que exista una seguridad jurídica en el tema.

- Debido a la inseguridad jurídica en materia de contratación estatal el inversionista extranjero ha perdido su confianza para contratar con el Estado colombiano, lo cual disminuye la entrada de capital al país y disminuye el crecimiento de la economía.

APORTES FRUTO DE LA INVESTIGACIÓN:

Propuesta que permita definir en la legislación colombiana qué materias en contratación estatal pueden ser sometidas a arbitraje o su prohibición expresa.

10 PALABRAS CLAVES:

Arbitraje, Contratación Estatal, Arbitraje en contratación estatal, Pacto Arbitral, Causales de Nulidad, Arbitraje Internacional, Arbitraje en España, Arbitraje en Francia, Jurisprudencia arbitral colombiana, Legislación Arbitral en Colombia.

SUMMARY

SUBJECT:

THE ARBITRATION IN THE STATE CONTRACTS IN FRONT OF THE LEGISLATION AND NATIONAL AND COMPARED JURISPRUDENCE.

APPROACHED PROBLEM:

Current situation and Limitations that he has the arbitration as regards state recruiting, and their influence in a drop give the foreign owned investment in Colombia.

ESSENTIAL SUMMATIONS:

- Although the current National Constitution doesn't impose limits to the arbitration in administrative recruiting, the jurisprudence gives the discharges Colombian courts they have gone him limiting, until this point he gives to make it almost inoperative.

- It exists a legislation and a contradictory jurisprudence in this outlined topic, that which has not allowed that an artificial security exists in the topic.

- Due to the artificial insecurity as regards state recruiting the foreign investor has lost her trust to hire with the Colombian State, that which diminishes the capital influx to the country and you/he/she diminishes the growth she gives the economy.

CONTRIBUTE FRUIT HE GIVES THE INVESTIGATION:

Proposal that it allows to define in the Colombian legislation that matters in state recruiting can be subjected to arbitration or their expressed prohibition.

10 KEY WORDS:

Arbitration, State Recruiting, Arbitration in state recruiting, Pact By arbitration, Causal gives Nullity, International Arbitration, Arbitration in Spain, Arbitration in France, Colombian Jurisprudence by arbitration, Legislation By arbitration in Colombia.

BIBLIOGRAFÍA

BASES DE DATOS:

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. Base de Datos de Laudos Arbitrales. 2001.

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Legislación en MASC. Material Curso de Secretarios de Tribunal de Arbitramento. Octubre de 2002.

CÓDIGOS:

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Bogotá. El Pensador Editores Ltda. Tercera edición. 2001.

CÓDIGO LABORAL , SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y PROCEDIMIENTO LABORAL. Suplemento. Bogotá. Grupo Editorial LEYER, Decimoquinta Edición, 1998. p.615.

DOCTRINA:

Extranjera:

BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Buenos Aires. 1980.

MERLÍN. Recueil alphabétique des questions de droit. Cuarta Edición, Título II. Francia. P. 36.

B. DE GERANDO. Institutes du Droit Administratif francais, Tomo III, segunda edición. Francia. 1842. p. 240.

M. HAURIOU. De la formation du Droit Administratif francais depuis l'an VIII. París – Nancy. 1893. p. 8.

Nacional:

ARRUBLA PAUCAR, Jaime. "Naturaleza y efectos del Pacto Arbitral". Foro del Jurista, Métodos Alternativos de solución de Conflictos. Revista N°23. Cámara de comercio de Medellín, 2002. Pág. 84.

AYALA CALDAS, Jorge Enrique. "Elementos de Derecho Administrativo General". Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, Ltda. 1999. p. 525.

BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho colombiano. Bogotá. Temis, 2° edición, 2000. P. 254.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. El Arbitramento y los poderes exorbitantes de la administración. Congreso Nacional de Derecho Procesal. 1999.

GAMBOA SERRANO, Rafael H. El Proceso Arbitral en Colombia. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá 1992. Pág. 39.

GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. Del recurso de anulación de laudos arbitrales. Barranquilla: Cámara de Comercio de Barranquilla. 1998. P. 233 y 234.

MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. "El Arbitraje Mercantil en Derecho". Las transformaciones del derecho mercantil moderno. Autores varios. Dike, Medellín, 1988. Pág. 343.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. "Preguntas, respuestas y casos de derecho administrativo general y colombiano". Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2002. p. 92.

PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto. " El Arbitraje mercantil en conciencia y la Amigable Composición". Las transformaciones del Derecho Mercantil Moderno. Autores varios. Dike, Medellín, 1988. Pág. 391.

PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Ediciones Librería del Profesional. Primer Edición. Tomos I y II. Quinta edición. 1992.

JURISPRUDENCIA:**Consejo de Estado colombiano:**

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Auto de 2 de noviembre de 1977. Sección Tercera. Expediente 2356. Fuente: BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Bogotá. Temis, segunda edición, 2000.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Sentencia del 4 de noviembre de 1982, expediente 2721. Fuente: BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho colombiano. Bogotá. Temis, Segunda Edición, 2000.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 3 de abril de 1992. Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Fuente: Jurisprudencia y Doctrina. 1992. p. 462.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 3 de abril de 1992. Consejero Ponente doctor Carlos Betancourt Jaramillo. Boletín 964 del Colegio de Abogados Comercialistas.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 16 de junio de 1997. Consejero Ponente doctor Juan de Dios Montes. Citado por VEGA DE HERRERA, Mariela y ORDÓÑEZ, Alejandro. Contratación Estatal. Bogotá: Editorial TEMIS S.A. 1999. p. 127.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Auto de febrero 27 de 1997, Exp. 11318, Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros. Actor: Hernando Pinzón Ávila. La Sala Plena Contenciosa, mediante auto noviembre 29 de 1994, Exp. S-414. Ver: Anales del Consejo de Estado, T. CXXXIX, primera parte, cuarto trimestre de 1994, p. 93.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Fallo de 6 de noviembre de 1997. Sección Tercera. Expediente. 7093. Fuente: CD Room Consejo de Estado 1997.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia de 8 de abril de 1999, Expediente N°5191. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Fuente: CD Room Consejo de Estado de 1999.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente N°15721. 1 de julio de 1999. Consejero Ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque. Fuente: CD Romm Consejo de Estado de 1999.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente N°16380. 12 de agosto de 1999. Consejero Ponente: Doctor Alier E. Hernández Enríquez. Fuente: CD Room Consejo de Estado 1999.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente N°16394. 23 de febrero de 2000 Consejero Ponente: Doctor Germán Rodríguez Villamizar. Fuente: CD Room Consejo de Estado 2000.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente N°1246. 16 de marzo de 2000. Consejero Ponente: Doctor Luis Camilo Osorio Isaza. Fuente: CD Room Consejo de Estado 2000.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente N°19.090. 23 de agosto de 2001. Consejero Ponente: Doctora María Elena Giraldo Gómez. Fuente: CD Room Consejo de Estado 2001.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Laudo Arbitral, actor: Electrificadora del Atlántico S.A., E. S. P., demandada: TermoRio S.A., E. S. P. Bogotá D. C., 01 de agosto de 2002. Fuente: CD Room, Jurisprudencia del Consejo de Estado 2002.

Corte Constitucional colombiana:

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294 de 1995. Magistrado Ponente: Doctor Jorge Arango Mejía. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1995.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-431 de septiembre 28 de 1995. Magistrado Ponente: Doctor Hernando Herrera Vergara. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1995.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 1997. Magistrado ponente: doctor Hernando Herrera Vergara. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1997.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-592. Fuente: CD Room Corte Constitucional.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL . Sentencia C-242 de 1997. Magistrado Ponente: doctor Hernando Herrera Vergara. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1997.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 347 de 25 de julio de 1997. Magistrado Ponente doctor Jorge Arango Mejía. Fuente: Boletín 1241 del Colegio de Abogados Comercialistas.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 347 de 25 de julio de 1997. Magistrado Ponente doctor Jorge Arango Mejía. Fuente: Boletín 1241 del Colegio de Abogados Comercialistas.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de mayo 20 de 1997. Magistrado ponente: Doctor Hernando Herrera Vergara. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1997.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-347 de julio 23 de 1997. Magistrado ponente: Doctor Jorge Arango Mejía. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1997.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 1999. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1999.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-169 de marzo 17 de 1999. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Fuente: CD Room Corte Constitucional 1999.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 de octubre 25 de 2000. Magistrado ponente: Doctor Alfredo Beltrán Sierra. Fuente: Boletín 1406 del Colegio de Abogados Comercialistas.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1038 de 2002, Corte Constitucional. Magistrado Ponente: doctor Eduardo Montealegre. Fuente: CD Room Corte Constitucional 2002.

LEGISLACIÓN:

Extranjera:

LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA DE 1988.

Nacional:

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 209. Bogotá. Editorial Panamericana. Segunda Edición. 1993. P. 98.

COLOMBIA. LEY 23 DE 1991. arts. 60 y 65. Fuente: Código Civil. Editorial Leyer. 1998.

COLOMBIA. LEY 315 DE 1996. Inciso final Artículo 4. Fuente: www.banrep.gov.co.

COLOMBIA. DECRETO 1818 DE 1998. Artículo 115. Fuente: Código Contencioso Administrativo. Editorial Legis.

COLOMBIA. Estatuto de Contratación de la Administración Pública. Ley 80 de 1993. El Pensador Editores Ltda. Bogotá. 1994.

PÁGINAS WEB:

www.banrep.gov.co

www.revistalatinoamericanadearbitraje.com

www.altavista.com