

**PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE EN LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS
EN EL CONTRATO ESTATAL EN RAZON DEL EJERCICIO DE
POTESTADES EXCEPCIONALES POR
PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN**

Autor: JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ LAGUADO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
Bogotá D.C.
2008**

**PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE EN LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS
EN EL CONTRATO ESTATAL EN RAZON DEL EJERCICIO DE
POTESTADES EXCEPCIONALES POR
PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN**

Autor: JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ LAGUADO

Presentado para optar al título de Abogado

Director: ROBERTO LAGUADO GIRALDO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
CARRERA DE DERECHO
Bogotá D.C. 2008**

Nota de Advertencia: Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946.:

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. CONTRATACIÓN PÚBLICA.	9
1.1. EL CONTRATO ESTATAL	11
1.2. MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA	14
1.2.1. La Ley 80 de 1993.	15
1.2.2. Normas excepcionales a la Ley 80 que regulan la contratación pública.	19
1.3. EL CARÁCTER ESPECIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	19
1.4. LA RELACION DE DESIGUALDAD QUE EXISTE EN EL CONTRATO ESTATAL.	20
1.4.1. Interpretación unilateral del contrato	22
1.4.2. Modificación unilateral del contrato	22
1.4.3. Terminación unilateral del contrato	23
1.4.4. Reversión	28
1.4.5. Multas	29
1.4.6. Cláusula Penal Pecuniaria	30
1.4.7. Liquidación unilateral	31
1.5. EL CONTRATO ESTATAL EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL	32
1.5.1. El Contrato Público Internacional	33

	Pág.
1.5.2. Regulación de los Contratos Públicos Internacionales en la Ley 80 de 1993	35
2. MECANISMOS PARA LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS QUE SE ORIGINAN CON OCASIÓN DEL CONTRATO ESTATAL	43
2.1. COCILIACIÓN, TRANSACCIÓN Y AMIGABLE COMPOSICIÓN	44
2.2. ARBITRAJE	51
2.2.1. Definición	54
2.2.2. Características Especiales	56
2.2.2.1. Autonomía de la Voluntad	57
2.2.2.2. Transitoriedad	60
2.2.2.3. Función jurisdiccional sin pertenecer a la rama judicial	62
2.2.2.4. Sometimiento a la Ley y Transigibilidad exclusiva sobre derechos y deberes patrimoniales	63
2.2.3. Clases de arbitraje	64
2.2.4. El Laudo Arbitral	66
2.2.5. Recursos procedentes contra el laudo arbitral	68
2.2.5.1. El recurso de anulación de los laudos arbitrales	68
2.2.5.2. Procedencia del recurso extraordinario de revisión contra los laudos arbitrales	71
2.2.5.3. Procedencia de la acción de tutela contra los laudos arbitrales	73
2.2.5.4. Procedencia de la acción de tutela contra providencias Judiciales	74
2.2.5.5. Presupuestos para la procedencia de la acción de tutela por la vía de hecho	76
2.2.5.6. La acción de tutela por la vía de hecho contra los laudos Arbitrales	76

	Pág.
2.3. ARBITRAJE INTERNACIONAL	78
2.3.1. El Arbitraje Internacional en la Legislación Colombiana	78
2.3.2. Criterios para determinar cuándo se está en presencia de un arbitraje internacional	79
2.3.2.1. El pacto o compromiso arbitral	79
2.3.2.2. Presencia de un elemento extranjero	81
2.3.2.3. Ley aplicable en materia de arbitraje internacional	81
2.3.2.4. El exequátur	83
2.3.2.5. Posición de las organizaciones multilaterales con relación a la procedencia del arbitraje para la solución de los conflictos en el sistema de libre comercio internacional	83
2.3.2.5.1. La promoción de la implementación del arbitraje internacional por parte de las instituciones multilaterales.	92
2.3.2.5.2. Principales escenarios establecidos para el arbitraje comercial internacional.	92
- La Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional.	93
- La Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional de la CNUDMI o UNCITRAL.	94
- La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).	95
2.3.2.5.3. Principales escenarios establecidos para el arbitraje internacional en materia de contratación pública.	95
- El entendimiento para la solución de diferencias y el acuerdo sobre contratación pública de la OMC.	96
- El Centro para el Arreglo de Diferencias Relacionadas con la Inversión.	98
2.3.2.5.4. Análisis de la situación del arbitraje internacional en Colombia por parte de las instituciones multilaterales.	100

3.	POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LA PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL	102
3.1.	POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO	104
3.1.1.	La Innegociabilidad del Ejercicio de las Potestades Públicas	105
3.1.2.	El carácter privativo de la jurisdicción contencioso administrativa para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos	108
3.1.3.	Procedencia del arbitraje en el evento de la liquidación unilateral del contrato por parte de las entidades estatales	113
3.2.	POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	116
	CONCLUSIONES	126
	BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

El mundo actual es testigo de las mayores tasas de crecimiento demográfico que ha vivido la humanidad a través de la historia¹. Una consecuencia de ello es el hecho de que se presente un incremento correlativo de la cantidad de necesidades por satisfacer que tengan las personas, lo cual se logra a través de la adquisición de diversos bienes y servicios.

El comercio ha tenido que adaptarse a los ámbitos dentro de los cuales se desenvuelve el mundo moderno: la elevada cantidad de necesidades insatisfechas ha conllevado a que las economías nacionales no se encuentren capacitadas para satisfacer, de manera autónoma, los problemas que aquejan a cada país; como consecuencia de ello, ha sido indispensable adoptar un sistema económico de libre comercio internacional.

El sistema de libre comercio desarrolla la teoría de las ventajas comparativas de David Ricardo, cuyo núcleo esencial, se sintetiza de la siguiente manera:

"En un sistema de comercio absolutamente libre, cada país invertirá naturalmente su capital y su trabajo en empleos tales que sean lo más beneficiosos para ambos. Esta persecución del provecho individual está admirablemente relacionada con el bienestar universal. Distribuye el trabajo en la forma más efectiva y económica posible al estimular la industria, recompensar el

¹ FONDO DE POBLACION DE LAS NACIONES UNIDAS (UNFPA). "Estado de la Población Mundial 2005." Consultado en http://www.unfpa.org/swp/2005/images/e_indicator2.pdf

ingenio y por el más eficaz empleo de las aptitudes peculiares con que lo ha dotado la naturaleza; al incrementar la masa general de la producción, difunde el beneficio general y une a la sociedad universal de las naciones en todo el mundo civilizado con un mismo lazo de interés o intercambio común a todas ellas”²

El comercio no se guía exclusivamente por la eficiencia con la que se produzca un bien o servicio determinado. “Según el principio de la ventaja comparativa, un país puede beneficiarse del comercio incluso aunque sea, en términos absolutos, más eficiente (o menos eficiente) que otros en la producción de todos los bienes.”³

La irrupción en el panorama mundial del sistema de libre comercio internacional conllevó una serie de consecuencias que no repercutieron de manera exclusiva en la ciencia económica y la actividad comercial, sino que también se hicieron sentir en los ámbitos sociales, políticos, culturales, y jurídicos en los diferentes estados alrededor del mundo. Una de las consecuencias que generó en el ámbito jurídico la masificación de las relaciones comerciales de carácter internacional fue la adopción de una nueva especie de contrato: el contrato internacional, que puede ser celebrado tanto por las personas del derecho privado, como por aquellas del derecho público.

El surgimiento del comercio internacional exigió la estructuración de un contrato que traspasara las fronteras de las jurisdicciones nacionales, dando lugar al contrato internacional que puede adoptar las modalidades de público o privado, lo primero si una de las partes es una entidad de derecho público, y lo

² RICARDO, David. “Principios de Economía Política y Tributación.” Fondo de Cultura Económica. México D.F.: 1973. p. 101.

³ SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. “Economía” Mc Graw Hill. Madrid: 1999. p. 674.

segundo, si los sujetos contractuales están sometidos a las normas del derecho privado.

Los contratos internacionales son vistos con reserva por las personas al momento de celebrar sus negocios. Ello resulta apenas comprensible, ya que “el comerciante envuelto en transacciones internacionales se enfrenta con costumbres y culturas diferentes, con otros idiomas, y obviamente, con sistemas jurídicos y prácticas comerciales diversos; todo ello sin la seguridad que proporciona la aplicación de su propio derecho por sus propios tribunales y con el riesgo que conlleva someter un litigio a un tribunal extranjero que, en la mayoría de los casos, ignora las particularidades del comercio internacional y tiende a aplicar el derecho local que mejor conoce.”⁴

Pese a los grandes cambios que ha generado la implementación del sistema de libre comercio internacional, sigue subsistiendo un riesgo potencial e inmutable, inherente a la calidad humana: la generación de controversias o disputas como consecuencia de la interacción entre las personas. Lo anterior se explica por el hecho de que el ser humano es falible por naturaleza, y en razón de ello, sus actos son susceptibles de error.

Por lo anterior, “sin importar las habilidades de los abogados para redactar los contratos, no resulta inusual que surjan disputas en algún punto, durante el vínculo contractual. Las partes contratantes pueden resultar involucradas en un conflicto, pese a que no fuera esa su intención desde el principio. Los agentes

⁴ MANTILLA SERRANO, Fernando. “La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”. Revista Universitas No. 83. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: 1992. p. 571.

económicos racionales participan en un negocio con cierto nivel de confianza, y la creencia de que el mismo resultará bien. Si por algún motivo el negocio fracasa, su confianza es depositada en la existencia de un sistema eficiente para la solución del conflicto...”⁵

La implementación del sistema de libre comercio internacional se ha llevado a cabo dentro de un escenario sin precedentes en la historia de la humanidad; los avances modernos en materia de ciencia, industria, comunicaciones y tecnología, entre otros, han generado grandes cambios en el nivel de vida de las personas. Actualmente, las actividades que éstas realizan se llevan a cabo a ritmos cada vez más acelerados, y dentro de espacios de tiempo cada vez menores, en gran medida, gracias a estos cambios.

Otra consecuencia generada por estos cambios es la masificación de las relaciones comerciales, así como una proliferación en la celebración de negocios jurídicos, lo cual conlleva a un potencial incremento correlativo de las controversias que surgen entre las personas, resultando apremiante adoptar medidas eficaces que permitan brindarle una salida a estos conflictos.

Una de las soluciones que se le ha planteado a esta problemática es la implementación de mecanismos alternativos para la solución de conflictos, entre los que se cuentan el arbitraje, la conciliación, y la amigable composición. La concepción de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos nace para dar alivio a una rama judicial que parece estar sobrecargada con el

⁵ GUEVARA BERNAL, Iván. “Validity of State contracts arbitration: A law and economics perspective.” Revista de la Maestría en Derecho Económico no. 2. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: 2004. p. 11.

cúmulo de conflictos que llegan a su conocimiento, funcionando como una herramienta alternativa destinada a formular solución a los mismos.

El presente trabajo de grado pretende realizar un ejercicio donde se plantee la conveniencia de ampliar el campo de acción del arbitraje como mecanismo para la solución de controversias, específicamente, en materia de contratación estatal en Colombia.

El contrato público es un desarrollo de la teoría jurídica del contrato privado, y goza de una serie de características que lo hacen un contrato *sui generis*, ya que a diferencia de la relación entre partes iguales que plantean los contratos del derecho privado, en los contratos estatales se presenta una relación de desigualdad entre las partes, fundada en la atribución de una serie de potestades excepcionales que la Constitución y la ley le otorgan de manera exclusiva al Estado, y con las cuales no cuentan los particulares.

En Colombia, según el Departamento Nacional de Planeación, la proporción del mercado de la contratación pública asciende a cerca del 16% del PIB, situación homóloga en sistemas jurídicos desarrollados como los de los países OCDE en los que dicha proporción oscila entre el 15 y 20% de dicho indicador económico. En razón de ello, se considera que resulta fundamental para el desarrollo de la economía nacional, buscar maneras de atraer inversión nacional y extranjera destinada a contratar con el Estado.⁶

⁶ DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION, “Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP” Documento Conpes 3186 de julio de 2002. p.5.

Una medida que puede servir al hecho de hacer más atractiva la contratación pública para los inversionistas, nacionales o extranjeros, es garantizar la existencia de un sistema ágil, eficaz y directo para la solución de las controversias que se puedan originar con ocasión de la celebración de los contratos estatales. El arbitraje se ajusta a estos criterios.

Pese a los beneficios que el arbitramento ha traído para descongestionar los despachos judiciales en Colombia, probando ser un mecanismo ágil, eficiente y directo para la solución de controversias, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional se han manifestado en contra de la posibilidad de que la justicia arbitral se pronuncie sobre aquellos casos en los que se susciten controversias entre las entidades estatales y los particulares, con ocasión del ejercicio de las potestades excepcionales que nuestro ordenamiento le confiere a la administración.

Las razones que se han esgrimido por parte de estos tribunales para negar la procedencia del arbitraje en esta clase de controversias, se sustentan en dos argumentos: 1. Los fines de orden público a los cuales pretende servir la contratación pública; 2. La intransigibilidad inherente a las potestades excepcionales con las que cuentan las entidades estatales. Se considera que el segundo argumento esgrimido por estas dos corporaciones para argumentar su posición es susceptible de discusión, por cuanto ni la Constitución, ni la ley, califican a las potestades excepcionales como un asunto no susceptible de transacción.

La posición que ha establecido la jurisprudencia nacional va en contravía de las tendencias que se manejan en el mundo con relación a la adopción de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos con el propósito de dirimir las controversias que se suscitan con ocasión de los contratos estatales. Una prueba de ello la constituye la posición prevenida que han adoptado algunos organismos multilaterales para negociar con Colombia; tal es el caso del Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Cámara de Comercio Internacional (ICC), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), lo que ha obligado a introducir reformas legislativas tales como la ley de seguridad jurídica, la transparencia para la contratación administrativa y el programa de acción social.

Las instituciones que rigen la vida en sociedad no pueden enajenarse de las necesidades que ésta reclama. Siendo el derecho una de aquellas instituciones, se considera que los ordenamientos jurídicos deben amoldarse y adaptarse a las necesidades dinámicas de la sociedad, a pesar del carácter estático que le es inherente a la ley. La celeridad del mundo moderno exige una respuesta negocial igualmente ágil, amparada por un cuerpo jurídico expedito que viabilice las formalidades precontractuales, contractuales y postcontractuales en caso del surgimiento de controversias, y dado que en Colombia existe una saturación de la administración de justicia es de buen recibo el fortalecimiento de la justicia arbitral, especialmente en materia de contratación administrativa.

1. CONTRATACIÓN PÚBLICA

La contratación pública es un desarrollo de la función administrativa que la Constitución y la ley le confieren a la Administración, con el objetivo de satisfacer necesidades de carácter general, a través de la adquisición de los bienes, obras o servicios. A través de la contratación estatal se busca satisfacer necesidades de carácter general, hecho que marca la principal diferencia que existe entre los contratos estatales y los contratos privados, estos últimos destinados a servir a intereses de carácter particular.

La teoría del contrato administrativo o de los contratos de la administración pública emana del Derecho Civil a partir del reconocimiento de la personalidad jurídica de los entes corporativos o asociativos, entre ellos el Estado, pero con el traslado de los principios privados al mundo de lo público se hizo necesario, en razón de la noción del servicio público y del interés general, crear unas salvaguardas especiales denominadas cláusulas exorbitantes, a favor tanto del Estado como de la comunidad.

La estructura de la noción del contrato administrativo nace en el Derecho francés a raíz de la separación de la justicia administrativa respecto de la justicia ordinaria, sin que sus linderos fueran absolutos ya que inicialmente a la administración se le permitió la realización tanto de contratos administrativos

como de contratos de derecho privado, metodología incorporada en la legislación colombiana desde las primeras normas de contratación administrativa (ley 4ª de 1964, decreto ley 150 de 1976 y decreto ley 222 de 1983).

Para Bielsa el contrato administrativo es aquel “que la Administración celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública”.⁷ Según Marienhoff, el contrato administrativo es un "acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas".⁸ En virtud de que la fuente primigenia de la teoría del contrato administrativo es el Derecho Civil, los autores coinciden en señalar como su elemento común el acuerdo de voluntades cuyo objeto fundamental ya no es el interés particular sino el interés de la comunidad, entendida ésta como lo público.

A las anteriores definiciones de contrato administrativo Cassagne incorpora la característica de “régimen exorbitante del Derecho Privado, susceptible de producir efectos, con relación a terceros”.⁹ Escola, por su parte, otorga a los contratos administrativos “una finalidad de interés público” pudiendo en ellos existir “cláusulas exorbitantes del Derecho Privado o que coloquen al contratante de la administración pública en una situación de subordinación

⁷ BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, Tomo I, Valencia, Editorial Vadell, 1989, p.295.

⁸ MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1982, p 350.

⁹ CASSAGNE, Juan C. Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2002, p 174.

respeto de ésta."¹⁰ Como se observa, la doctrina configura la teoría del contrato administrativo bajo la premisa de un acuerdo de voluntades en el cual una de las partes es una entidad de derecho público y su propósito final apunta al cumplimiento de un cometido estatal en procura del bienestar general.

Conforme a lo anterior, los poderes que “se le confieren a la administración para celebrar contratos, deben ser ejercidos conforme al fin propio del servicio, de igual manera como sucede con los actos administrativos”¹¹, en virtud de que buena parte de la doctrina del Derecho Administrativo ha defendido la tesis de que los contratos de la administración son actos administrativos. Esta situación justifica la existencia de una regulación especial de la materia, por parte del ordenamiento jurídico.

1.1. EL CONTRATO ESTATAL

El Estado en su esfera administrativa se expresa fundamentalmente a través de actos administrativos, entendidos éstos como “la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos”¹² teniendo “como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.”¹³

A través del acto administrativo el Estado pone en funcionamiento los instrumentos y herramientas para alcanzar los cometidos estatales, adquiriendo

¹⁰ ESCOLA, Héctor Jorge. “Compendio de Derecho Administrativo”. Desalma. Buenos Aires: 1984. p 62.

¹¹ SAYAGÜES LASO, citado por SOLANO SIERRA, Jairo Enrique en “Contratación Administrativa.” Librería del Profesional. Bogotá: 1994. p. 190.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 de 2000. MP Alfredo Beltrán Sierra.

¹³ *Ibíd.*

especial dimensión los denominados contratos administrativos, los cuales como expresión de la voluntad bilateral de un ente administrativo y un particular se proponen cristalizar una obra o un servicio públicos en beneficio de la comunidad, y tal como lo expresa Escobar Gil, “la Administración Pública para la realización de los fines que el ordenamiento jurídico le asigna al Estado, no solamente adquiere los bienes y servicios que requiere mediante la técnica de los actos administrativos (decisiones unilaterales ejecutorias y ejecutivas), sino que cada vez con mayor frecuencia, interviene en el tráfico jurídico a través de la institución contractual.”¹⁴

La contratación pública se desarrolla a través del contrato estatal, el cual constituye la herramienta jurídica con la que cuentan las entidades públicas para la realización de actos jurídicos destinados al cumplimiento de las finalidades de orden público que la Constitución y la ley les señalan. El Consejo de Estado ha señalado que son contratos estatales “aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la Ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley. Por regla general, adquieren este carácter en razón del ente público contratante, es decir, se definen desde el punto de vista orgánico. Las controversias que se deriven de este tipo de contratos y de los procesos de ejecución o cumplimiento serán de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa.”¹⁵

¹⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo. “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública.” Editorial Legis. Bogotá: 1999. p. 29.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto 1661 de febrero 8 de 2001. M.P. Ricardo Hoyos Duque.

La ley 80 de 1993 a la que alude el Consejo de Estado, Estatuto general de Contratación de la Administración Pública, y define en su artículo 32 los contratos estatales como: “todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo se definen a continuación: 1. Contrato de obra (...). 2. Contrato de consultoría (...). 3. Contrato de prestación de servicios (...). 4. Contrato de Concesión (...).”.

El Estatuto de contratación reitera como uno de los presupuestos básicos del contrato estatal la autonomía de la voluntad, comprendiendo tanto la de las entidades administrativas como la de las personas de derecho privado que allí concurren. De todas maneras se parte de la premisa principal consistente en que los contratos estatales generan obligaciones en cabeza de cada una de las partes, quedando sometidos al imperio de las normas contenidas en los Códigos Civil y de Comercio, las específicas del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, y demás normas especiales.

1.2. MARCO NORMATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.

La contratación estatal en Colombia está regulada por la Ley 80 de 1993 principalmente, que constituye el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, expedido con el propósito de regular dicha figura contractual en un estatuto único, no alcanzando sus cometidos esenciales debido a la gran dispersión normativa que subsiste al respecto, lo cual

constituye un atentado contra la seguridad jurídica que debe regir esta materia. Es importante anotar que el artículo 81 de la ley 80 de 1993 no derogó los artículos 108 a 113 del Decreto Ley 222 de 1983, con lo cual la tarea unificadora se ve afectada por la actitud atomizadora del legislador.

El doctrinante Luis Guillermo Dávila sostiene una posición todavía más crítica frente a este tema particular:

“Es un hecho que la Ley 80 de 1993, expedida como un estatuto de principios con vocación de aplicación universal en que participe una entidad estatal, es hoy una excepción más. Este resultado encuentra su explicación en la evidente falta de una política de regulación sobre la materia, que ofrece como resultado la deshilvanada expedición de estatutos especiales de contratación para sectores de la actividad estatal, la proliferación de decretos reglamentarios de la propia ley sin unidad de criterio y la expedición de normas sobre otros asuntos. El resultado de esta situación es claro: la actividad del gerente público llamado a buscar la realización de los objetivos del Estado a través de la contratación, se enfrenta hoy a una normatividad compleja en donde, a falta de una concepción unívoca, prima el casuismo y la incoherencia.”¹⁶

El Congreso de la República tuvo la oportunidad de poner fin a este fenómeno de dispersión en materia de contratación administrativa cuando debatió el Proyecto que dio lugar a la Ley 1150 de 2007 mediante la cual se “introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”, la cual autoriza en su artículo 30 al gobierno para hacer una compilación normativa de las modificaciones que introduce al Estatuto General de la

¹⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación crítica a la ley 80 de 1993. Editorial Legis. Bogotá, 2003. p. 4-26. Citado en Documento 3186 de 2002 del Conpes.

Contratación en el texto de esa norma, lo cual contribuye a morigerar los efectos nocivos de la dispersión regulatoria.

1.2.1. La Ley 80 de 1993.

La Ley 80, como ya se anotó, fue creada con el objeto primordial de conformar un estatuto único para la contratación pública, reemplazando al Decreto 222 de 1983 que anteriormente se aplicaba a la contratación estatal en forma concurrente con otras normas de diversos niveles. El estatuto general de la contratación pública comporta un catálogo de principios y reglas generales que rigen los contratos de las entidades estatales, según el tenor literal del artículo 1º de la norma en cita.

Los principios contenidos en la Ley 80 son un desarrollo de los preceptos que consagra la Constitución con relación a la función administrativa, y operan de manera concurrente con los principios generales del derecho y del derecho administrativo, conforme lo establece el artículo 23 de esta ley: “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollan con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo”.

Los principios de transparencia (Art. 24), economía (Art. 25), responsabilidad (Art. 26) y selección objetiva (Art. 29, derogado por el artículo 5 de la Ley 1150

que ahora regula la materia) que consagra la Ley 80, ibídem., constituyen un desarrollo legal de los principios constitucionales de igualdad (Art. 13), debido proceso (Art. 29), buena fe (Art. 83), celeridad (Art. 84), responsabilidad (art. 90) e imparcialidad, eficiencia, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad, que se refieren a la función administrativa.

Los Estatutos que precedieron a la ley 80 de 1993 (decretos leyes 150 de 1976 y 222 de 1983) fueron expedidos por el ejecutivo mediante la figura de la ley de autorizaciones consagrada en el artículo 76, numeral 12, de la Carta Política de 1886. Sin embargo, y en virtud de la prohibición expresa, contenida en el inciso 3 del numeral 10 del artículo 150 Superior, de otorgar facultades al Presidente de la República para expedir Códigos, el constituyente del 91 insertó, sin antecedente de debate previo alguno en las Comisiones respectivas, un último inciso al artículo 150 en cita mediante el cual se elevó a rango constitucional la facultad del Congreso de “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”, precepto corroborado en la parte final del artículo 352 de la Carta vigente que señala que la ley orgánica del presupuesto regulará, entre otros asuntos, “la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”.

Al respecto la Corte Constitucional precisó los alcances de la ley 80 de 1993, en los siguientes términos:

“De conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política, al Congreso de la República compete “expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”, cláusula que puede suscitar algunas inquietudes, particularmente en lo que concierne al sentido de la expresión

“estatuto general” que si bien a primera vista parece estar aludiendo a determinada tipología legislativa -las leyes estatutarias o las leyes marco-, realmente no tiene otra connotación que la de reflejar el querer del constituyente de que exista un estatuto que regule toda la actividad contractual del Estado con arreglo a unos principios universales.

(...) en lo que atañe a las normas sobre contratación administrativa, su naturaleza no tiene un rango superior al de las otras leyes de la República, pues de tales preceptos no depende la expedición de otros ni mediante ellos se rige una actividad a la que deba entenderse subordinada la función legislativa ordinaria. Se trata de contemplar normas especiales para la contratación que tiene lugar entre el Estado y los particulares, por oposición a la que se desarrolla con arreglo a las leyes civiles y mercantiles únicamente entre personas privadas, luego no existe motivo alguno para que, únicamente en consideración a los sujetos que intervienen como partes en una y otra clase de contratos, las reglas aplicables pudieran tener jerarquía normativa diferente. (...)

Menos aún del precepto superior puede inferirse la obligación para el legislador de incorporar en un solo cuerpo normativo toda la legislación existente en materia contractual, pues si ésta hubiera sido la voluntad del constituyente, en el artículo 150 Fundamental se habría autorizado al Congreso de la República para expedir un estatuto único de contratación para el Estado y no un estatuto general como finalmente quedó redactada la aludida competencia legislativa. En verdad, la Ley 80 de 1993, fue concebida con arreglo a este criterio”.¹⁷

De lo expresado por la Corte resulta claro que la coexistencia de diversas normas jurídicas en materia de contratación administrativa no está en contravía de lo ordenado por el Constituyente, pero no se puede desconocer que la dispersión de las mismas conduzca a un entramamiento de la propia administración y a la obstaculización de los principios de la función administrativa.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 2001, MP Clara Inés Vargas Hernández, 2001.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que el principio rector de la contratación estatal es la autonomía de la voluntad, un ordenamiento de corte detallista impediría el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, y así se lee en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley que dio lugar a la ley 80 de 1993:

“La nueva ley pretende convertirse en el marco normativo de la actividad estatal en cuanto atañe a la contratación. Por ende, su estructura se caracteriza por definir y consagrar en forma sistematizada y ordenada las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado. No se trata, pues, de un ordenamiento de tendencia reguladora y casuística lo cual entraba la actividad estatal como lo ha demostrado la experiencia. Sólo recoge las normas fundamentales en materia contractual cuyo adecuado acatamiento se erija en la única limitante de la autonomía de la voluntad. Principio que debe guiar la contratación estatal. (...) Por ello, el estatuto proyectado está concebido como un conjunto normativo de aplicación general, es decir, de obligatoria observancia para todos los entes y organismos del Estado de las diferentes ramas del poder público, y en sus diferentes niveles. Incluso la órbita de regulación alcanza también a los particulares que por delegaciones especiales, adscripciones o convenios celebran contratos a nombre del Estado”.¹⁸

1.2.2. Normas excepcionales a la Ley 80 que regulan la contratación pública.

La Ley 80, hoy complementada por la Ley 1150 de 2007, por su propia naturaleza de norma general más no unificadora, no compiló el régimen de contratos estatales de manera que hoy en día subsisten normas especiales que regulan la materia, operando como excepciones al Estatuto General de Contratación, en temas particulares. Tal es el caso de las siguientes disposiciones: Ley 29 de 1990 y Decreto 591 de 1991 (Ciencia y Tecnología); Ley 31 de 1992 (Estatuto de Banco de la República); Decreto Ley 1900 de 1990 (Actividades y Servicios de Telecomunicaciones); Ley 143 de 1994

¹⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Gaceta del Congreso No. 75, septiembre de 1992, p 11.

(Interconexión eléctrica); Decreto 2310 de 1994 (Contratos de Asociación); Ley 30 de 1992 (Educación y Salud); Ley 10 de 1961 (Exploración y explotación de Hidrocarburos); Decreto Ley 1421 de 1993 (Estatuto del Distrito Capital); Ley 94 de 1993 y Decreto 2058 de 1995 (Régimen Radioaficionado, otorgamiento de licencias); Leyes 142 de 1994, 286 de 1996, y 689 de 2001 (Servicios Públicos Domiciliarios); Decreto Ley 222 de 1983 (Servidumbres en inmuebles).

1.3. EL CARÁCTER ESPECIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El contrato estatal es un desarrollo de la teoría clásica del contrato que ha gestado el derecho civil. La dicotomía que existe entre lo que es el contrato privado y el contrato estatal o público se centra en la naturaleza de los intereses que uno y otro pretenden servir: mientras que los contratos privados buscan satisfacer intereses de carácter particular, el contrato estatal atiende a intereses generales.

Adicionalmente al acuerdo de voluntades que debe existir entre las partes para la celebración de cualquier clase de contrato, todo contrato estatal comparte las siguientes características comunes: (i) la presencia de un interés colectivo, (ii) la participación de una entidad estatal o persona jurídica que cuenta con una participación mayoritaria por parte del Estado y (iii) se comprometen dineros de naturaleza pública.

Como es de esperarse, el contrato estatal no difiere completamente de su predecesor, el contrato privado, toda vez que el inciso primero del artículo 13

de la Ley 80 establece, al referirse a los contratos celebrados por las entidades estatales, que “los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley” (Subraya fuera del texto). Adicionalmente, el artículo 32 de esa misma ley, al definir los contratos estatales señala que “son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales (...)” (Subraya fuera de texto).

1.4. LA RELACION DE DESIGUALDAD QUE EXISTE EN EL CONTRATO ESTATAL.

Los contratos privados se caracterizan por plantear una relación de igualdad entre las partes contratantes. Esto no es así en los contratos estatales, ya que la relación contractual no se desarrolla en condiciones de igualdad, puesto que la ley le otorga a las entidades estatales una serie de facultades especiales con las que no cuentan los particulares que contratan con éstas, las cuales se denominan potestades excepcionales.

“La existencia de estas prerrogativas en cabeza de la administración, y ajenas a las que normalmente tienen los particulares en sus relaciones contractuales, resulta necesaria para asegurar la materialización del interés público involucrado en los contratos celebrados por las entidades estatales y en particular para buscar y asegurar el cumplimiento del contrato.”¹⁹ Esas

¹⁹ Documento Compes 3186. Ob. Cit. p. 33.

potestades excepcionales no provienen de un acuerdo entre las partes, ya que su origen es de carácter legal.

Las facultades excepcionales de las que gozan las entidades estatales están consagradas en la Ley 80 de 1993; adicionalmente existen otras facultades, que aunque no están consagradas en dicha ley como tales, son consideradas como potestades excepcionales por la jurisprudencia y/o la doctrina. En resumen, las facultades excepcionales, son las siguientes: interpretación unilateral del contrato, modificación unilateral del contrato, terminación unilateral del contrato, reversión, multas, declaratoria de incumplimiento, cláusula penal pecuniaria y liquidación unilateral.

1.4.1. Interpretación unilateral del contrato.

Es la facultad que tiene la administración de interpretar en forma coercitiva y unilateral aquellas cláusulas que hagan parte de un contrato estatal, cuando por su redacción ambigua, divergente o confusa, amenace con paralizar o afectar la ejecución del mismo²⁰. El Consejo de Estado ha establecido que esta potestad excepcional se encuentra sometida a un límite de carácter temporal: "Aunque la ley no lo diga expresamente ese poder exorbitante de interpretación, con efectos coercitivos, tiene como límite temporal para su ejercicio la vigencia del contrato (...) El poder de interpretación no puede confundirse con el de modificación también contemplado en la ley, porque éste tiene unos alcances y efectos diferentes."²¹

²⁰ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación Crítica a la ley 80 de 1993, Bogotá, Editorial Legis, 2003, p 435.

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de febrero 15 de 1991. M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

1.4.2. Modificación unilateral del contrato.

Esta facultad tiene aplicación en aquellos casos en los cuales el contrato se encuentre paralizado, o cuando se afecte el interés colectivo que éste pretende servir; en dichos casos, la ley faculta a las entidades estatales para modificar de forma unilateral el contrato, a fin de permitir la realización de su objeto. La razón que justifica la existencia de esta facultad es el hecho de que la “Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles, o por estipulaciones contractuales que actualmente resultan inadecuadas para satisfacer las necesidades originariamente tenidas en cuenta.”²²

La modificación de las condiciones del contrato puede generar un desequilibrio en los términos económicos que fueron pactados al momento de la celebración del mismo. Esta situación podría llevar a que el nuevo valor del contrato exceda aquel que el contratista puede cubrir, en razón de su capacidad de contratación.

En el evento de presentarse dicha situación como consecuencia de la modificación, el valor del contrato aumenta en un monto superior al veinte por ciento (20%) con relación al valor inicialmente pactado, el contratista tiene derecho a renunciar a la continuación de la ejecución y a la liquidación del contrato. Sin embargo, si como consecuencia de la modificación, el valor del

²² MARIENHOFF, Miguel. “Tratado de Derecho Administrativo.” Tomo III. A. Abeledo Perrot. Buenos Aires: 1983. p. 397. Citado por DÁVILA, Luis Guillermo. Ob. Cit. p. 397.

contrato aumenta en una cantidad inferior al veinte por ciento (20%) del valor inicial, subsiste la obligación contractual para el contratista (art. 16 L 80/93).

1.4.3. Terminación unilateral del contrato.

Esta es una prerrogativa que se le otorga a las entidades estatales para dar por terminado de manera unilateral un contrato. Los presupuestos dentro de los cuales se le permite a las entidades estatales la utilización de esta facultad son los siguientes: (i) por razones de interés público (art. 17 L 80/93), (ii) en razón de la nulidad del contrato (art. 45 L 80/93), o (iii) por la declaratoria de caducidad (art. 18 L 80/93).

El artículo 17 de la ley en comento establece las causales que dan lugar a la terminación unilateral del contrato por razones de interés público. La filosofía que rige esta facultad excepcional es la misma que acompaña a las de la interpretación y modificación unilateral del contrato; esto significa que la entidad estatal debe realizar un juicio de valor para establecer si en las condiciones en las que se está desarrollando el contrato se corre el riesgo de que la ejecución del mismo quede paralizada, o que no logre satisfacer la necesidad colectiva que debe servir.

Dicha decisión deberá ser debidamente motivada por parte de la entidad estatal, y no podrá basarse en el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, ya que para esa situación particular existe otra forma de terminación unilateral del contrato estatal, cual es la caducidad administrativa.

La Ley 80 de 1993 recogió las causales contempladas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 17 del Decreto Ley 222 de 1983 como motivos para la caducidad del contrato y las trasladó como causantes de terminación unilateral del mismo, atenuando así la situación del contratista particular dado que la muerte o incapacidad física permanente del mismo, su declaratoria de interdicción judicial o declaración de quiebra, hoy conocida como liquidación forzosa, la cesación de pagos, el concurso de acreedores o los embargos judiciales del contratista no podían acarrear una sanción tan extrema que afectara con la sanción de inhabilidad al contratista.

De conformidad con el artículo 45 del Estatuto de Contratación Administrativa “la nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación”. Esta potestad faculta a los jefes o representantes legales de las entidades estatales para dar por terminados de manera unilateral los contratos que adolezcan de nulidad absoluta, siempre y cuando se cumpla alguno de los presupuestos establecidos por el derecho común²³ para tales efectos, o de los consagrados por el artículo 44 de la Ley 80 que establece lo siguiente:

“Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal;

²³ Conforme lo establece el artículo 1741 del Código Civil, las causales de nulidad absoluta son las siguientes: a) el objeto ilícito; b) la causa ilícita; c) la omisión de la forma solemne, y d) la incapacidad absoluta.

3. Se celebren con abuso o desviación de poder;
4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y
5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.”

La declaratoria de oficio de la nulidad absoluta de un contrato administrativo es, en estricto sentido, una terminación unilateral del contrato; así lo prevé el inciso 2 del artículo 45 del Estatuto de Contratación, declaratoria que deberá expresarse mediante acto administrativo debidamente motivado, trayendo aparejada la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.

La caducidad administrativa consagrada en el artículo 18 de la ley 80 de 1993 es la facultad excepcional más importante con la que cuenta la administración pública. En virtud de este poder, las entidades estatales pueden dar por terminado el contrato en forma anticipada por razones atribuibles exclusivamente al contratista. Ese incumplimiento debe afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato. Su finalidad no es la de dar por terminado el contrato, sino que pretende apartar al contratista por cuya culpa no ha sido posible cumplir con el objeto del mismo, facultando a la entidad estatal para buscar a un nuevo contratista que continúe con la ejecución del contrato hasta su terminación.

Los presupuestos para la declaratoria de caducidad son los siguientes: (i) incumplimiento por parte del contratista; (ii) la existencia de un incumplimiento

grave por parte de la entidad; (iii) la afectación grave del contrato; (iv) la amenaza de parálisis de la ejecución del contrato (art. 18 L 80/93).

Las entidades no están obligadas a declarar la caducidad del contrato, aun cuando se verifiquen los presupuestos que la ley contempla para su declaratoria, ya que si lo consideran pertinente, en beneficio del interés público, podrá continuar la ejecución de éste con el mismo contratista, aplicando las medidas coercitivas necesarias para garantizar su debido cumplimiento.

La caducidad es una sanción, y cuando ésta se decreta, la entidad podrá solicitar una indemnización de perjuicios, y cobrar la cláusula penal pecuniaria por parte del contratista. En forma adicional a las sanciones económicas que debe sufrir el contratista incumplido, éste quedará inhabilitado para contratar con cualquier entidad del Estado durante un periodo de cinco años (art. 8 L 80/93).

La caducidad se diferencia de la terminación unilateral del contrato por razones de interés público en los siguientes aspectos: (i) la terminación procede por circunstancias que no tienen que ver con el incumplimiento de obligaciones a cargo del contratista, mientras la caducidad está instituida exclusivamente en razón del incumplimiento de las obligaciones del contratista; (ii) la terminación no es una sanción sino una decisión que se toma por conveniencia pública, mientras que la caducidad es la máxima sanción que el régimen de contratación establece; (iii) en la terminación por regla general, el contratista tiene derecho a que se le indemnice el daño emergente y el lucro cesante,

mientras que en la caducidad el contratista no sólo no tiene derecho a ninguna indemnización, sino que es él quien debe reparar los daños que le ha producido al Estado; (iv) la terminación no da lugar a la exigibilidad de la garantía única de cumplimiento ni de la cláusula penal pecuniaria, mientras que en la caducidad, se realizan estas figuras; (v) la terminación no genera inhabilidad alguna, mientras que de presentarse la caducidad sí se generan.²⁴

1.4.4. Reversión

En razón de la potestad de reversión consagrada en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, cuando el Estado contrata con particulares la concesión o explotación de bienes estatales, se le faculta para pactar que al término del mismo los elementos y bienes que se utilizaron para tales efectos pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que deba efectuar por dicho motivo ningún tipo de compensación al contratista al cumplirse el término previsto para la finalización del contrato.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del citado artículo 19 por considerar que dicha norma “no configura una expropiación sin indemnización de los bienes objeto del contrato de concesión (...), sino que por el contrario, constituye una obligación inherente a esa clase de contratos, como lo es la reversión de los elementos y bienes directamente afectados a la concesión que al término de la explotación o concesión pasan a ser propiedad de la entidad contratante”.²⁵

²⁴ DÁVILA VINUEZA. Ob. Cit. pp. 450-451.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 1996, MP Hernando Herrera Vergara, 1996.

1.4.5. Multas

Las multas en los contratos estatales cumplen una función de apremio orientada a lograr la oportuna y cabal ejecución del objeto de éstos por parte del contratista; por lo tanto, su “objeto primordial es actuar en forma compulsiva sobre éste para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones.”²⁶

La potestad exorbitante de multas no fue incluida por el legislador en la Ley 80 de 1993, a diferencia de lo que ocurría en el Decreto 222 de 1983²⁷, bajo cuya vigencia, la jurisprudencia del Consejo de Estado interpretó que éstas constituían una facultad exorbitante de la Administración.²⁸ El hecho de que las multas no hubieran sido incluidas por el legislador en la ley 80 generó varias posiciones en la doctrina: (i) una primera sugería que la no inclusión de las multas en el estatuto de contratación implicaba que éstas fueron excluidas de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que los artículos del Decreto 222 que regulaban esa materia, fueron derogados, y por tal motivo, no era posible que las entidades estatales las aplicaran en sus contratos; (ii) otra posición argumentaba que aunque las multas no fueron consagradas de manera expresa en la Ley 80, las entidades estatales sí podían pactarlas en los contratos que desarrollaban, en virtud de lo dispuesto por el artículo 40 del Estatuto de Contratación.²⁹ Afortunadamente el artículo 17 de la Ley 1150 de

²⁶ BERCAITZ, Miguel Ángel. Citado en DÁVILA VINUEZA. Ob. cit. p. 453.

²⁷ La cláusula de multas estaba consagrada en los artículos 71, 73 y 289 del Decreto 222 de 1983. La jurisprudencia del Consejo de Estado determinó que las facultades que le conferían dichos artículos a las entidades públicas eran exorbitantes.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 16 de 1994. Expediente 7879. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

²⁹ El inciso 2 del artículo 40 de la Ley 80 establece que “en los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que

2007 entra a subsanar la discusión al consagrar nuevamente de manera expresa la imposición unilateral de multas por parte de las entidades estatales.

1.4.6. Cláusula penal pecuniaria.

En materia de contratación pública, la cláusula penal pecuniaria es un desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con relación a la cláusula penal, consagrada por el artículo 1592 del Código Civil.³⁰

Al respecto Dávila Vinueza sostiene lo siguiente:

“El Decreto-Ley 222 de 1983 establecía como poder exorbitante de la Administración el cobro de la cláusula penal pecuniaria y la efectividad directa por la entidad, bien sea mediante la declaratoria de caducidad o bien mediante la declaratoria de incumplimiento. (...) la Ley 80 no reprodujo la norma que hacía referencia a la cláusula penal pecuniaria. Esto como consecuencia de la postura que el legislador adoptó de eliminar poderes a la administración que no se justificaban para devolverlos al sitio natural de efectividad, cual es el juez del contrato. Si el interés público no se afecta, no había necesidad de mantener la ruptura de la institucionalidad y de privar a los jueces de los juicios de valor acerca de los incumplimientos de los contratistas”³¹

En síntesis, tal como lo anota el tratadista, y con fundamento en la exposición de motivos del Proyecto de Ley que dio lugar a la Ley 80 de 1993, se está frente a una modalidad contractual administrativa donde prima la autonomía de la voluntad, otorgando mayor seguridad jurídica a los particulares evitando el desborde de las facultades por parte de los funcionarios de la entidad contratante que, en la mayoría de los casos, llevaba a claros abusos de poder.

las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”

³⁰ El artículo 1592 del Código Civil define la cláusula penal así: “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar, o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

³¹ DÁVILA VINUEZA. Ob. Cit. p. 464.

Siguiendo esta filosofía, el artículo 17 de la ley 1150 de 2007 incorporó nuevamente la cláusula penal pecuniaria, la cual se pacta por acuerdo de las partes y puede ser ejecutada de manera unilateral por las entidades estatales.

1.4.7. Liquidación unilateral.

Una de las consecuencias lógicas del ejercicio o aplicación de las cláusulas exorbitantes que conllevan la terminación del contrato es la liquidación del mismo en el estado en que se encuentre. Esta figura administrativa contable es de inmediata aplicación, porque tanto administración como contratista deben tener cabal conocimiento del resultado presupuestal alcanzado durante el término del desarrollo del contrato. Sin embargo, la figura de la liquidación como consecuencia lógica de la terminación de los contratos se traslada a la entidad contratante, según las voces del artículo 61 de la Ley 80 de 1993, en aquellos eventos en que las partes contractuales no llegan a un acuerdo sobre el contenido de la misma. Aquí la norma autoriza a la entidad contratante para que practique de manera directa y unilateral la liquidación del contrato, adoptando su valor por acto administrativo, el cual es susceptible del recurso de reposición.

Como quiera que los contratos administrativos se terminan ya por ejecución de la obra o por la aplicación de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, se tendrá que la liquidación unilateral forma parte de estas últimas ya que su aplicación es potestad que le compete únicamente a la entidad administrativa contratante, correspondiendo al contratista su aceptación o impugnación por la vía del recurso de reposición de carácter administrativo.

1.5. EL CONTRATO ESTATAL EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL.

El sistema de libre comercio internacional se basa en la existencia de unas relaciones de comercio exterior entre las personas naturales y jurídicas de los diferentes países, del orden público o privado, constituyéndose en un modelo económico de carácter global. Ante la proliferación de esta clase de relaciones comerciales resultaba apenas necesario adaptar las prácticas contractuales para afrontar esa nueva realidad. Como respuesta a esta necesidad, surgió una forma de contrato que hoy se denomina contrato internacional.

Los contratos internacionales son aquellos que cuentan en su formación o ejecución con la intervención de factores extranjeros o pertenecientes a dos o más países y que, por lo tanto pueden estar sujetos a uno o varios regímenes, tanto del ángulo público como del ángulo privado.³²

Los contratos internacionales requieren de dos elementos: uno subjetivo, que se refiere a las personas naturales o jurídicas que hacen parte del contrato, y otro objetivo, que hace alusión a los bienes o al lugar de la ejecución del contrato, en los cuales debe estar presente el elemento extranjero. Si bien es cierto que la Convención de Nueva York de 1974 regula lo referente con la compraventa internacional de mercaderías, la definición allí dada es aplicable a cualquier contrato en donde esté definida la prestación de servicios o asesorías, siempre y cuando los dos elementos característicos se conjuguen, es decir, las partes extremas contractuales deben ser nacionales de dos Estados distintos y el objeto del contrato debe versar sobre uno de los tópicos

³² LAFONT PIANETTA, Pedro. "Manual de Contratos: panorama de la negociación y contratación contemporánea." Tomo II. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá: 2001. p. 1200.

que tradicionalmente dan origen a la relación contractual. En estos eventos las partes contratantes acuden al arbitramento internacional en caso de controversias negociales, o acuerdan previamente la sujeción a una jurisdicción específica.

1.5.1. El Contrato Público Internacional.

La Ley 80 de 1993 no hace referencia a los contratos públicos internacionales en estricto sentido. A pesar de ello, la norma contempla la posibilidad de que se celebren contratos estatales entre las entidades del Estado y personas naturales y jurídicas de origen extranjero, al no imponer barrera alguna para que a los procesos de selección se inviten proponentes foráneos; en dicho evento, se configura uno de los elementos característicos de los contratos internacionales, cual es la participación de un sujeto extranjero (elemento subjetivo).

Son contratos públicos internacionales aquellos que celebran las entidades estatales en circunstancias en las cuales se presenta alguno de los siguientes elementos: (i) la participación de una persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, de origen extranjero en la calidad de contratista; (ii) que el contrato se deba ejecutar o cumplir en el extranjero; (iii) se contrate la adquisición de bienes o servicios de origen extranjero.

Los contratos públicos internacionales le son útiles al Estado para servir al propósito de participar dentro de la dinámica que plantea la economía de libre mercado. A pesar de que la Ley 80 le permite a las entidades celebrar contratos estatales con personas extranjeras (contratos públicos

internacionales), establece algunas limitaciones para los contratistas extranjeros, diferentes de aquellas que exige para la celebración de contratos estatales con personas nacionales, lo cual evidencia algunos rezagos de la economía proteccionista propia de los países en vía de desarrollo que se aplicó en nuestro país antes de que se adoptara el modelo económico de libre comercio. Sin embargo, es importante resaltar los esfuerzos que se han realizado para mitigar las desigualdades entre los oferentes nacionales y extranjeros en los Tratados de Libre Comercio suscritos por Colombia, donde se garantiza la aplicación del principio de trato nacional a los contratistas foráneos.

Dentro de esta modalidad contractual las partes deben ser de naturaleza pública, preferentemente Estados relacionados diplomáticamente o mediante tratados bilaterales o multilaterales de comercio. Aquí concurren los intereses nacionales por encima de cualquier particularidad de una empresa de carácter privado, de donde se puede inferir que su objeto es la prestación de un servicio público o la adquisición de bienes con el propósito de equilibrar los precios del mercado de los bienes deficitarios dentro de la producción nativa.

1.5.2. Regulación de los Contratos Públicos Internacionales en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

El Estatuto de Contratación Pública no hace una referencia expresa a los contratos públicos internacionales propiamente dichos, toda vez que el legislador, al referirse a los contratos que celebra el Estado sólo alude a los contratos públicos o estatales, como concepto único. Cosa diferente pasa en países como Brasil o Méjico cuyas normas sobre contratación pública sí

contemplan expresamente las licitaciones internacionales. La Ley 80 de 1993 se expide dentro del marco de los principios y valores del Estado Social de Derecho pero bajo la aceptación de una economía de mercado libre³³, por ello, y manteniendo la tradición colombiana del comercio internacional, la normativa deja abierto el campo contractual para que allí concurren tanto personas nacionales como extranjeras, sin distinción alguna. Así las cosas, el artículo 6 de la ley en cita exige que las personas jurídicas nacionales y extranjeras, sin importar la modalidad societaria, deban acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más. Esta previsión tiene por objeto garantizar la permanencia de la persona jurídica que obra como contratista, evitando poner en riesgo las inversiones realizadas y las expectativas sociales de la comunidad.

El artículo 13 define la normatividad aplicable a los contratos públicos, en general, precisando en los incisos 1 y 2 respecto de los contratos públicos internacionales lo siguiente: “Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero podrán someterse a la ley extranjera.”

³³ Así mismo, el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 se inspira en la necesaria protección de una sección del mercado local, teniendo en cuenta que Colombia ha abierto enteramente sus puertas a los mercados extranjeros. Puede verse cómo este artículo 12 de la Ley mencionada responde a la necesidad de hacer armónico el marco legal colombiano con el marco supranacional del TLC con los Estados Unidos, más específicamente su capítulo de contratación pública junto con su umbral de aplicación.

Ese artículo regulaba anteriormente la celebración de contratos estatales con organizaciones multilaterales³⁴, para reconocerles autonomía a la hora de definir el régimen jurídico aplicable, pero el inciso en el que lo hacía fue derogado por la Ley 1150 de 2007, cuyo artículo 20 regula actualmente la contratación con dichas instituciones, permitiendo la aplicación de los reglamentos de aquellas de manera preferente frente a la normatividad nacional existente en materia de contratación pública, en ciertos casos. En efecto, “Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993 (...)

Parágrafo 1. Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.”

Bajo estas previsiones el Estatuto contractual administrativo garantiza a las entidades estatales la adquisición de bienes y servicios mediante la figura del contrato internacional. Vale la pena resaltar la incorporación a la legislación colombiana de reglamentos por fuera del ámbito de la normatividad interna, lo que permite adelantar proyectos con los entes internacionales creados por los organismos multilaterales.

³⁴ El inciso final del artículo 13, derogado por la Ley 1150 de 2007 establecía lo siguiente: Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamento de tales entidades en todo lo relacionado con procedimiento de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pagos y ajustes.”

El párrafo único del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 señala que en los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales. Nótese que en estos casos, se abre una puerta importante para el arbitramento, ya que al no contar con cláusulas exorbitantes se está inhibiendo la causal de falta de competencia argüida por los tribunales, ya que dichos contratos serán expresión plena del *ius gestium* de la persona jurídica Estado, esto es, expresión de mercantilismo y comercio y no de *ius imperium*, es decir, expresión de señoría estatal y manifestación directa de gestión pública.

La Ley 80, artículo 20 *ibídem.*, garantiza a los extranjeros que participen en un proceso de contratación con el Estado colombiano el mismo trato que se le brinde, en su país de origen, a los nacionales colombianos con relación a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación al momento de celebrar contratos con el sector público, de conformidad con los

compromisos adquiridos por Colombia con dicho Estado, mediante acuerdo, tratado, o convenio³⁵.

Uno de los bastiones del comercio exterior, y que constituye uno de los principios fundamentales con base en los cuales se constituyó la Organización Mundial de Comercio, es el de trato nacional. Dicho principio consiste en una obligación que tienen los países en materia de comercio exterior, de brindarle a los bienes y servicios importados, el mismo trato que a los bienes y servicios de origen nacional.

El principio de reciprocidad es un desarrollo de ese principio de trato nacional, y se encuentra consagrado en Colombia a nivel constitucional en los artículos 150, numeral 16, 226 y 227³⁶, donde se denota claramente un mandato de superior jerarquía que compele al Estado a formar parte de la integración económica global, y especialmente, la latinoamericana.

³⁵ Artículo 20. “En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad. Se entiende por principio de reciprocidad, el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados en el sector público...” (subraya fuera del texto).

³⁶ **Artículo 150.** Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

16. Aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar, la integración económica con otros Estados.

Artículo 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

Artículo 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de

El sistema de contratación pública colombiano garantiza, en términos generales, un nivel de igualdad de oportunidades para las personas nacionales y extranjeras que pretendan celebrar contratos con el Estado. Sin embargo, existen todavía algunos rezagos en la legislación, propios de los modelos económicos de tendencia proteccionista a la producción nacional, como la que establece el inciso 3 del artículo 21 de la Ley 80, al determinar que, “en igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional” (Subraya fuera del texto). A renglón seguido la norma en referencia preceptúa que “para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquel que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica”. También debe denotarse la aplicación de la Ley 816 de 2003 que reconoce puntaje adicional al proponente nacional o al proponente extranjero cuando éste último incorpore en su propuesta componente nacional.

La Ley 1150 de 2007 permite a las personas extranjeras participar en los procesos de contratación pública que adelanten las entidades estatales, y el contenido de la norma denota la intención que tuvo el legislador de garantizarles ese derecho de la manera más sencilla posible, excluyendo la posibilidad de que se le demanden a los extranjeros una serie de requisitos o condiciones adicionales a aquellas que se le exigen a las personas colombianas para tal fin, en la mayor medida posible; de esta forma, el numeral

tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones...

4 del artículo 22 de la Ley 80 de 1993, hoy derogado por el artículo 6º de la Ley 1150 de 2007 establecía que “cuando se trate de personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas privadas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia, que pretendan presentar propuestas o celebrar contratos para los cuales se requiera el registro previsto en esta ley, se les exigirá el documento que acredite la inscripción en el registro correspondiente en el país en donde tiene su domicilio principal, así como los documentos que acrediten su existencia y su representación legal, cuando a esto último hubiere lugar. En defecto de dicho documento de inscripción deberán presentar la certificación de inscripción en el registro establecido en esta ley...” La nueva norma, esto es, el artículo 6º de la Ley 1150 de 2007, señala que el proponente extranjero podrá o no inscribirse en el RUP y si decide no hacerlo, aún así puede participar en los procesos de contratación; para ello, deberá atender al lo que un futuro decreto reglamentario prevea al respecto. Lo que allí se disponga le facilitará participar en las contrataciones del Estado desde territorio extranjero, ya que no sólo queda habilitado para acreditar su capacidad a través del envío de documentos a que se refiere el inciso primero del artículo 5º de la ley 1150 de 2007 sino que con la entrada de mecanismos tecnológicos en un futuro, podrá incluso remitirlos vía internet.

El artículo 35 de la Ley 80, por su parte, desarrolla lo consagrado en el artículo 75 de la Constitución y determina quiénes están facultados para ser concesionarios de los servicios de radiodifusión, a la vez que establece una restricción que impide que las personas naturales o jurídicas de origen extranjero puedan hacerlo: “Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora podrán ser personas naturales o jurídicas, cuya selección

se hará por el procedimiento previsto en esta ley, de acuerdo con las prioridades establecidas por el Plan General de Radiodifusión que expida el Gobierno Nacional

El servicio de radiodifusión sonora sólo podrá concederse a nacionales colombianos o a personas jurídicas debidamente constituidas en Colombia”

(Subraya fuera del texto).

Como se observa, las leyes 80 y 1150 desarrollan, en buena medida, principios contenidos en la Carta Política, partiendo de la premisa general de la inserción de los negocios locales en el nuevo orden económico mundial al amparo de los tratados bilaterales y multilaterales a los cuales concurren tanto Estados parte como organizaciones creadas por los mismos. Dentro de esta perspectiva la economía nacional requiere de una adecuación en su proceso productivo interno así como en su infraestructura y desarrollo tecnológico para hacer frente a los retos competitivos de los mercados mundiales.

2. MECANISMOS PARA LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS QUE SE ORIGINAN CON OCASIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.

Uno de los pilares sobre los cuales se cimienta el Estado Social de Derecho es el de garantizar a sus ciudadanos la existencia de una serie de mecanismos idóneos para brindarle solución a los conflictos que se originan como consecuencia de la interacción social, entre ellos lo que emanan del desarrollo y ejecución de los contratos estatales, los cuales gozan de una connotación especial al ser un desarrollo de la función administrativa destinada a satisfacer necesidades colectivas o de interés general.

Históricamente la ley y la jurisprudencia nacional han establecido que el conocimiento de las controversias emanadas del contrato estatal deben ser dirimidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo; con el devenir del tiempo, y con la adopción por parte de nuestra legislación de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos, se admitió la posibilidad de que éstos fueran avocados por otras instancias tales como los amigables componedores, los árbitros y por las mismas partes a través de la figura de la transacción.

La Cámara de Comercio de Bogotá considera que los mecanismos alternativos de solución de conflictos además de ser “una herramienta fundamental dentro de los programas de mejoramiento de la justicia, pueden considerarse como un

instrumento efectivo para lograr un adecuado clima de convivencia social”.³⁷

Por su parte, el hoy Ministerio del Interior y de Justicia considera que estos mecanismos se constituyen en herramientas “diferentes a la vía judicial para resolver nuestros conflictos”.³⁸

En este orden de ideas, y dado que una de las formas mediante las cuales el Estado cumple sus cometidos es la de la contratación, ha hecho carrera la aceptación por vía legal o jurisprudencial de tres figuras de negociación como parte de los MASC (Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos), buscando dar cabal cumplimiento a lo preceptuado en el numeral 9 del artículo 4º del Estatuto Contractual de la administración a fin de que no sobrevengan mayores situaciones de onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y eventuales erogaciones a cargo de la entidad estatal por encima de lo inicialmente presupuestado.

2.1. CONCILIACIÓN, TRANSACCIÓN Y AMIGABLE COMPOSICIÓN.

El Estatuto de Contratación Administrativa faculta a las entidades estatales relacionadas en el artículo 2º de la misma obra para buscar soluciones ágiles, rápidas y directas, a las diferencias y discrepancias surgidas con ocasión y en desarrollo de la actividad contractual; para tal fin el artículo 68 del referido Estatuto dispone que “al surgir las diferencias las entidades estatales y los contratistas acudirán al empleo de los mecanismos de solución de

³⁷ CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Programa de Fortalecimiento de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Bogotá. 2005. p 5.

³⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. “Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos”. Imprenta Nacional. Bogotá: 1998. p. 11.

controversias contractuales tales como la conciliación, la amigable composición y la transacción”.

La conciliación ha sido definida por el artículo 64 de la Ley 446 de 1998 como: “un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”. La misma Ley dispone que “Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley”. (Artículo 65), y que “el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo”. (Artículo 66).

Gil Echeverry entiende la conciliación como “un método alternativo de solución de conflictos judicial o extrajudicial, mediante el cual las partes buscan llegar a un acuerdo, por sí mismos, respecto de sus diferencias de naturaleza contractual o extracontractual, para lo cual se acude al apoyo y la mediación de un tercero denominado conciliador.”³⁹ Para la Corte Constitucional ésta es una “serie de pasos preestablecidos que tiene por objeto -eventual, no necesario- la celebración de un acuerdo entre dos o más personas. No obstante, el término conciliación también se refiere al acuerdo al que se llega mediante la celebración del procedimiento conciliatorio. En este segundo sentido sustancial, la conciliación se materializa en un acta que consigna el acuerdo al que llegan las partes, certificada

³⁹ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición, Bogotá, Editorial Temis, 2003, p 6.

por el conciliador”.⁴⁰

Respecto de asuntos de carácter administrativo, la Ley 446 en cita dispone que las personas jurídicas de derecho público son susceptibles de conciliación, de manera total o parcial, y en las etapas prejudicial o judicial, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, excluyendo de manera categórica los asuntos de carácter tributario.

En el contexto internacional, los artículos 95 a 99 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con la ley 267 de 1996, establecen el procedimiento que debe seguir cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que desee incoar un procedimiento de conciliación, iniciando con la presentación de una solicitud escrita dirigida al Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, quien enviará copia de la misma a la otra parte. La solicitud deberá contener, conforme al artículo 95, *ibídem*, los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas a la conciliación, de donde se desprende que el mecanismo de conciliación requiere de un elemento objetivo (punto central de la controversia), un elemento subjetivo (las partes en conflicto), y un elemento procedimental (el desarrollo del mecanismo empleado).

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195 de 2001. MP Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá. 2001.

Una vez registrada la solicitud, se conforma la Comisión de Conciliación que podrá integrarse por un conciliador único o por un número impar de conciliadores, según lo estipulen las partes, o en su defecto, en caso de desacuerdo entre éstas, por tres conciliadores designados uno por cada parte y uno por el Centro. Los acuerdos logrados mediante conciliación deberán constar en acta, lo mismo que el hecho de dar por terminado el procedimiento por desavenencia de las partes.

Otro mecanismo de solución de conflictos en materia de Derecho Administrativo es el de la transacción, el cual remonta sus orígenes normativos al artículo 218 del Decreto Ley 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo. Allí el legislador extraordinario consignó que: “Cuando el demandado sea persona de derecho privado, sociedad de economía mixta o empresa industrial y comercial del Estado, podrá allanarse a la demanda, en los términos de los artículos 93 y 94 del Código de Procedimiento Civil”. Para efectos de la transacción administrativa la misma norma, inciso 2, establece que: “La Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional; las demás entidades públicas sólo podrán allanarse previa autorización expresa y escrita del ministro, jefe de departamento administrativo, gobernador o alcalde que las represente o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas”. Añade la disposición que en tal evento en donde procede la figura del allanamiento a la demanda el juez procederá a dictar sentencia de manera inmediata. Como colofón, el inciso 4 de la norma referida estipula que “con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción”.

El derecho administrativo no define la transacción, por lo que la doctrina y la jurisprudencia deben remitirse a lo preceptuado por el artículo 2469 del Código Civil que señala lo siguiente: “La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”. Esta normativa ha sido complementada vía jurisprudencial por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en reiterados fallos, dentro de los cuales vale la pena traer a colación el siguiente:

“En la transacción resuelven las partes por sí mismas sus propias diferencias; (...) Lo que en realidad define y delimita esta figura jurídica es que pone fin a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes, sin que en forma alguna signifique que cada sacrificio sea conmutativo y equivalente, sino que cada contendor renuncia voluntariamente una parte de lo cree ser su derecho. De manera que para que exista efectivamente este contrato se requieren en especial estos tres requisitos: 1. Existencia de una diferencia litigiosa, aún cuando no se halle sub judice; 2. Voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla, y 3. Concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin”.⁴¹

El Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil ha precisado los alcances de la definición de transacción dada por la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“La Corte Suprema de Justicia, admite que la definición legal de la transacción es inexacta y deficiente, porque considera que por sí sola no es creadora de obligaciones y porque no alude a las prestaciones recíprocas de las partes, ni la distingue de otras figuras afines. Por ello, esa Corporación ha señalado los siguientes tres elementos como específicos de la transacción: la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio, es decir, la existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho; la voluntad e intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme y la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones

⁴¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de junio de 1939, Tomo XLVIII, p 268.

recíprocas. Con los elementos anteriores, la define como la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven uno eventual”⁴².

El devenir histórico del contrato de transacción encuentra una postura moderna a partir del momento en que el Estado irrumpe con un amplio predominio en las relaciones económicas de los asociados, más aún cuando las fronteras se convierten en simbólicas en virtud de la globalización de la economía. Bajo estos supuestos la Corte Constitucional en Sala Plena limitó el objeto susceptible de transacción, así:

“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”⁴³.

En síntesis, y luego de analizadas las jurisprudencias antes transcritas, y la normativa respectiva, se puede colegir que la transacción es un contrato bilateral, consensual, oneroso e intuitu personae que no requiere de un tercero para arribar al arreglo directo, a menos que la controversia haya alcanzado la instancia judicial y se deba contemplar la intervención del juez, de conformidad con las normas procedimentales.

⁴² CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 16 de marzo de 2000, MP Luis Camilo Osorio Isaza, Radicación 1246, Bogotá, 2000.

⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 de 2000. Ob. Cit.

Como la transacción es un acto o declaración de voluntad su materialización está sometida a los principios del artículo 1502 del Código Civil, debiendo cumplir los siguientes requisitos: a) Capacidad de las partes. b) Objeto Lícito. c) Causa Lícita y d) Consentimiento no viciado. Debe también precisarse que según el mandato del artículo 2483 Civil, produce el efecto de cosa juzgada en última instancia, lo que significa que su contenido es inmodificable y no puede proseguirse juicio sobre el mismo objeto, tal como ha señalado la Corte Suprema de Justicia; sin embargo el artículo 2483 prevé la posibilidad de impetrar la declaración de nulidad o rescisión del contrato de transacción, o su rescisión, siempre y cuando el convenio se encuentre viciado en su consentimiento, o por objeto y causa ilícitas.

Otra alternativa para la solución de conflictos derivados de la contratación administrativa es la amigable composición definida en el artículo 223 del Decreto 1818 de 1998 como un mecanismo por medio del cual “dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural”. La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales relativos a la transacción, según las voces del artículo 224 de la misma normativa. El amigable componedor podrá ser designado directamente por las partes en controversia, o por un tercero elegido por las partes para tal fin, pudiendo éste ser una persona natural o jurídica (art. 225 D.1818 de 1998).

La amigable composición como mecanismo alternativo para la solución de conflictos entre las partes contratantes ha sido considerada por la Corte Constitucional, junto con la transacción, el desistimiento, la conciliación y el arbitramento, como un instrumento que además de servir de medio de descongestión de los despachos judiciales, propende por materializar los principios y valores inspiradores del Estado Social de Derecho tales como la paz, la tranquilidad y el orden justo, lo cual se sintetiza en la convivencia pacífica de los asociados.⁴⁴

2.2. ARBITRAJE.

La figura del árbitro como solucionador de las controversias entre particulares hunde sus raíces en las negociaciones de las culturas antiguas, tales como la griega y la romana. La concentración del poder en los antiguos monarcas determinó que éstos fungieran como jueces y administradores, eliminándose la función de los árbitros como mediadores entre los particulares. Sin embargo, su introducción solemne dentro de cuerpos jurídicos se da con la instauración de las primeras Ligas de Comerciantes en Europa, los cuales deciden diferir en terceros la solución de los conflictos que surgían en el tráfico mercantil, figura que fue eliminada por los nacientes Estados Nacionales europeos al ser reemplazado el arbitraje doméstico por los jueces señoriales designados por los señores feudales. Posteriormente, y con ocasión de la Revolución Francesa de 1789 se retoma la figura del árbitro siendo incorporado en la nueva Constitución como un derecho de los ciudadanos para someter a la

⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996, MP Vladimiro Naranjo Mesa, 1996.

decisión de terceros, de manera libre y voluntaria, la solución de las controversias surgidas entre las partes.

Pese al influjo del ideal revolucionario francés en las instituciones colombianas, la Constitución de 1886 no consagró el arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de conflictos, y sólo fue aceptado como tal mediante la ley 105 de 1890, que modificó el Código Judicial vigente en el momento. El devenir histórico del arbitraje en Colombia hace su tránsito por las leyes 103 de 1923 y 106 de 1931, hasta que expresamente se reconoce la validez de la cláusula compromisoria en los contratos celebrados por personas capaces de transigir en el artículo 1º de la Ley 2ª de 1938.⁴⁵

Los Códigos de Procedimiento Civil de 1970 y de Comercio de 1971 regularon de manera simultánea el arbitramento, provocando un caos tanto en su aplicación como en los fallos judiciales, hasta el punto que la dicotomía tuvo que ser resuelta vía por interpretación para precisar los alcances de las normas en comento. Al respecto, López Blanco sostuvo lo siguiente:

“Al ser expedido el Código de Comercio por medio del Decreto 410 de 1971 y considerarse por quienes lo elaboraron que el arbitramento era una institución mercantil, nuevamente lo repitieron en los artículos 2011 a 2025 que transcribieron textualmente las normas del procedimiento civil, lo que originó en no pocos tribunales la bizantina discusión acerca de si se debían citar los artículos del Código de Procedimiento Civil o los del Código de Comercio, optándose por la salomónica solución de hacerlo simultáneamente. (...) Al redactarse el Proyecto de Código de Comercio estaba en tela de juicio constitucional el estatuto procesal civil, motivo por el que, previniendo que pudiera ser declarado inexecutable en su totalidad, se repitió en el Código de Comercio el proceso arbitral para salvarlo de la eventual ineficacia que podría generar la declaratoria de

⁴⁵ MONROY CABRA, Marco Gerardo, Consideraciones sobre el arbitraje comercial en Colombia. Citado en: Arbitraje, Conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1988, p 38.

inconstitucionalidad referida, lo que tampoco justifica el error histórico que ojalá no se vuelva a repetir en ningún campo jurídico”.⁴⁶

El decreto 2279 de 1989 unifica el procedimiento arbitral en Colombia, siendo la primera norma que regula de manera íntegra la materia. Por su parte, la ley 23 de 1991 modificó veinticinco (25) de los cincuenta y cinco (55) artículos del decreto 2279, y posteriormente el decreto 2651 de 1991, expedido por un término inicial de doce (12) meses, mantuvo la filosofía de las normas anteriores a la expedición del decreto 2279 en el sentido de colaborar con la descongestión de la rama judicial; la vigencia de este decreto fue prorrogada por las leyes 192 de 1995, 287 de 1996 y 377 de 1997 por un año sucesivo.

En Colombia se elevó el arbitraje a un rango constitucional por primera vez en el inciso 4 del artículo 116 de la Carta de 1991, que se refiere a la administración de justicia: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

En 1998 se expidió la Ley 446 de 1998 que amplió la regulación existente sobre el arbitraje en Colombia. El artículo 162 de dicha ley acogió como legislación permanente algunos de los artículos del Decreto 2651, y

⁴⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte Especial, Bogotá, Dupré Editores, 1999, ps 795 y 796.

adicionalmente facultó al gobierno para compilar la normatividad vigente en el estatuto de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos (artículo 166), plasmado éste en el decreto 1818 de 1998 a través de un acto administrativo de compilación. Desafortunadamente este decreto no fue elaborado de la mejor manera, ya que incluyó algunas normas que se encontraban derogadas y excluyó otras que seguían vigentes para el momento de su expedición. La jurisprudencia ha enderezado sus esfuerzos hacia la enmienda del error que se menciona, a la vez que el Consejo de Estado declaró nulas las disposiciones derogadas que se incluyeron en el citado Decreto 1818.

2.2.1. Definición.

El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible lo someten al conocimiento de un tribunal arbitral, que investido transitoriamente de facultades jurisdiccionales, profiere una decisión denominada laudo arbitral⁴⁷.

Esta definición ha encontrado apoyo en la doctrina jurisprudencial, que sobre el tema ha precisado lo siguiente: “La Constitución de 1991, facultó expresamente a los particulares para administrar justicia en forma transitoria en calidad de árbitros o conciliadores, con la capacidad de dictar fallos en derecho o equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispongan y según las prescripciones señaladas por la ley, como una forma no

⁴⁷ El arbitraje se encuentra definido en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 como “...un mecanismo por medio del cual la 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, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral...”

sólo de descongestionar los despachos judiciales sino de lograr que en forma pacífica las partes pongan fin a sus controversias.”⁴⁸ En igual forma, la Corte Constitucional ha definido el arbitramento 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”.⁴⁹

En Sentencias C-1436 de 2000 y C-098 de 2001, la Corte señaló, respectivamente, que: “El arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que, en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o precavido uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión –fallo arbitral- que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada”,⁵⁰ y que el arbitramento debe entenderse como “la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precavido su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y a favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos”.⁵¹

Todo lo anterior permite concluir que el arbitramento es un mecanismo establecido por la ley para que las partes en conflicto y con capacidad de

⁴⁸ Sentencia C-1436 de 2000. Ob. Cit.

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 1997. MP Hernando Herrera Vergara,

⁵⁰ Sentencia C-1436 de 2000, Ob. Cit.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-098 de 2001. MP Martha Victoria SÁCHICA Méndez. 2001.

transigir, mediando la autonomía de la voluntad, revistan a un tercero de la facultad de administrar justicia, sometiéndose a su decisión de manera obligatoria y definitiva por la vía del laudo arbitral.

2.2.2. Características Especiales.

El arbitramento es una alternativa de solución de conflictos diferente a la de acudir a la vía judicial ordinaria a la cual pueden acceder las partes dentro de un conflicto para efectos de decidir sobre las controversias susceptibles de transacción que sean objeto del mismo; dentro de esas controversias se cuentan las que se originan con ocasión de las relaciones contractuales, de carácter privado o público, especialmente, como se verá más adelante. Al ser el arbitraje un sistema para la administración de justicia, diferente de la rama judicial, goza de una serie de características que lo diferencian de ésta, tales como: Autonomía de la voluntad; transitoriedad; función jurisdiccional sin pertenecer a la rama judicial y sometimiento a la ley y transigibilidad exclusiva sobre derechos y deberes patrimoniales.

2.2.2.1. Autonomía de la Voluntad.

Los artículos 115 y 117 del Decreto 1818 de 1998 establecen que el pacto arbitral es un acuerdo de voluntades, en virtud del cual las partes con capacidad para transigir, someten a la justicia arbitral sus controversias actuales o potenciales, susceptibles de transacción. Al respecto la Corte Constitucional señaló que: "El sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, como quiera que "el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes

en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar". Por consiguiente, la habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral. La justicia arbitral sólo está permitida constitucionalmente si está habilitada por las partes."⁵²

El acuerdo al que llegan las partes para acudir a un tribunal de arbitramento para solucionar determinado conflicto implica que para tales efectos, omiten la posibilidad de acudir a la rama judicial para dirimir su disputa. Este acuerdo de voluntades al que llegan las partes tiene un nombre específico en materia de arbitraje: pacto arbitral. Vale aclarar, que si bien la adopción de un procedimiento arbitral por las partes entre las cuales se suscita una controversia depende de la voluntad de éstas, la decisión de someter un determinado conflicto al conocimiento del juez arbitral no constituye una limitación al derecho de acceso a la administración de justicia que consagra el artículo 229 de la Constitución. Con relación a este tema la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

“El desarrollo legal de la institución arbitral tiene un claro fundamento constitucional, que permite la atribución de funciones judiciales a los particulares. Dicha autorización no puede concebirse como una forma de limitar el derecho fundamental de acceso a la justicia que el propio ordenamiento superior reconoce a todos los ciudadanos; en primer lugar hay que recordar que cualquier regulación en materia de arbitraje debe fundarse en el respeto estricto de derechos fundamentales como el debido proceso y la igualdad entre todas las personas; por otro lado, en razón de que los árbitros - como los jueces ordinarios- deben (i) cumplir con términos perentorios y (ii) que sus pronunciamientos están sometidos a la revisión eventual por parte de otras autoridades además de contar con el poder vinculante de cualquier sentencia, y, por

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 163 de 1999 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

tanto, no puede decirse que la utilización del arbitramento constituye un atentado al principio que asegura pronta y cumplida justicia para todos los ciudadanos.”⁵³

Es tal la primacía del poder habilitante de las partes como desarrollo de su facultad autónoma, que la Corte Constitucional ha enfatizado en el tema cuando expresa: “Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser **“habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.** Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tiene que partir de la base de que es **la voluntad de las partes en conflicto**, potencial o actual, la que **habilita** a los árbitros para actuar” (negrilla fuera de texto).⁵⁴

La materialización de la autonomía de la voluntad se expresa en el pacto arbitral, que puede ser incorporado dentro del cuerpo del contrato inicialmente celebrado (cláusula compromisoria), o surgir con posterioridad a la iniciación del mismo, denominándose compromiso arbitral (artículo 117 y siguientes del Decreto 1818 de 1998).

Existe una cláusula compromisoria cuando las partes acuerdan acudir a la justicia arbitral para solucionar las controversias potenciales o futuras que se puedan presentar en razón del desarrollo de un contrato. La cláusula compromisoria puede estipularse para someter a la decisión arbitral todas o

⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 330 de 2000 de marzo 22 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 1999. Ob. Cit.

algunas de las diferencias que se originen con ocasión del desarrollo del contrato. En el evento de que éstas no se especifiquen, se entenderá que el tribunal deberá pronunciarse sobre todas ellas.

Dicha cláusula es un acuerdo que forma parte del contrato que une a las partes de manera inicial (artículo 118 del Decreto 1818); sin embargo, no es necesario que ésta, a pesar de formar parte del contrato, sea pactada en el mismo documento, sino que puede hacer parte de un documento separado (artículo de la 118 del Decreto 1818).

A diferencia de lo que acontece con la cláusula compromisoria, que previene controversias potenciales o futuras, el compromiso es un acuerdo al que llegan las partes de un contrato para solucionar las controversias presentes y determinadas que acontecen durante la ejecución del mismo (artículo 119 del Decreto 1818 de 1998).

Son susceptibles de ser sometidas al conocimiento de un tribunal de arbitramento las controversias presentes, sin importar que éstas estén siendo conocidas por la justicia ordinaria, siempre y cuando dicho proceso no haya concluido a través de sentencia que preste mérito de cosa juzgada para el momento en el que las partes pacten el compromiso, ya que al pactar las partes un compromiso arbitral, se suspende el proceso judicial y su conocimiento pasa a manos del tribunal de arbitramento. Sin embargo, el proceso judicial se reanudará en caso de que la actuación arbitral no concluya con un laudo ejecutoriado (artículo 24 del decreto 2279 de 1989).

2.2.2.2. Transitoriedad.

La facultad que se les atribuye a los particulares para administrar justicia como jueces arbitrales es transitoria. El tribunal de arbitramento se conforma por voluntad de las partes y por un periodo de tiempo específico, y la facultad jurisdiccional que se le otorga desaparece al momento de emitir el laudo arbitral con el que se resuelve el conflicto que se puso bajo su conocimiento. La Corte Constitucional señaló que “al resolverse el conflicto para el cual estaban siendo llamados los árbitros, desaparece automáticamente la razón de ser de la función arbitral.”⁵⁵

Esta medida tiene sentido en el entendido de que tanto el arbitraje como los demás mecanismos alternativos para la solución de conflictos no han sido adoptados para reemplazar a la jurisdicción del Estado, sino que debe funcionar como una opción frente a ésta, en aquéllos casos establecidos por la ley, ya que “la facultad del legislador para establecer los contenidos y procedimientos propios de los mecanismos alternativos no implica renuncia o rompimiento de la unidad de la jurisdicción, ni delegación de la función de administrar justicia sino, una opción que se le ofrece al propio Estado y a los integrantes de la comunidad, para que puedan escoger entre la solución negociada del conflicto o la vía judicial.”⁵⁶

El término de duración del procedimiento arbitral puede ser pactado por las partes sin que el legislador haya impuesto alguna clase de limitación al respecto. Sin embargo, en el evento de que las partes no determinen

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía.

⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-160 de 1999. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

expresamente el término de duración del arbitraje, el artículo 103 de la ley 23 de 1991 establece un término supletorio de seis (6) meses. El tema del término de duración del proceso arbitral es particularmente importante, ya que si el tribunal de arbitramento profiere el laudo arbitral por fuera de éste, o del término estipulado para su prórroga, se da lugar a la causal de nulidad que establece el numeral 5 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998⁵⁷.

2.2.2.3. Función jurisdiccional sin pertenecer a la rama judicial.

Dentro del Título V de la Carta Política, y en armonía con el Título VIII de la misma obra, se estableció la clara distinción entre las diferentes ramas del poder público, sin que ello sea óbice para su colaboración armónica. El artículo 116, inciso 4 de la Carta establece que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de (...), conciliadores o en la árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996, ha manifestado que:

“Conviene recordar que el artículo 116 de la Carta hace una enunciación de los órganos y personas encargados de administrar justicia, sin que ello signifique, de una parte, que todos ellos integren la rama judicial ni, de la otra, que cualquier otra autoridad o particular, con base en las atribuciones respectivas, no pueda dirimir o componer determinados conflictos de orden jurídico, según los postulados que fijen la Carta Política y la ley. En cuanto al primer aspecto, el Título VIII de la Carta Política enumera y regula las funciones de las jurisdicciones y los órganos pertenecientes a la rama judicial, esto es, la jurisdicción constitucional (Arts. 239 a 245), la jurisdicción contencioso-

⁵⁷ Art. 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes:

5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.

administrativa (Arts. 236 a 238), la jurisdicción ordinaria (Arts. 234 y 235), la Fiscalía General de la Nación (Arts. 249 a 253), las jurisdicciones especiales (Arts. 246 y 247) y el Consejo Superior de la Judicatura (Arts. 254 a 257). Como puede apreciarse, el artículo 116 faculta a otras instituciones del Estado (Congreso, Tribunales Militares) o a otras personas (autoridades administrativas, particulares) para administrar justicia, sin que ellas hagan parte de la rama judicial. Respecto al segundo argumento, se tiene que la Constitución misma permite a ciertas autoridades, instituciones o personas administrar justicia, las cuales no hacen parte del listado contenido en el 116 superior. Tal es el caso, por ejemplo, de las autoridades indígenas o de los jueces de paz. En igual forma, puede decirse que determinados particulares pueden cumplir con esas funciones, en los términos que señala el citado artículo 116 superior.

En conclusión, las formas alternativas de resolver conflictos pueden ser reguladas por la ley, de acuerdo con los lineamientos constitucionales. A través de ellas, no sólo no se desconoce el artículo 116 superior sino que se interpretan y se desarrollan los principios y valores que regulan a toda la Constitución, como es la búsqueda de la paz, la convivencia y el orden justo”.⁵⁸

2.2.2.4. Sometimiento a la Ley y Transigibilidad exclusiva sobre derechos y deberes patrimoniales.

La autonomía de la voluntad es un principio que permite a las partes contratantes celebrar el pacto arbitral sin que ello signifique que opere ilimitadamente, esto es, los particulares y las autoridades estatales sólo pueden poner en conocimiento de los árbitros aquellos asuntos o materias sobre los cuales la ley previamente haya establecido la posibilidad de ser materia de su conocimiento. En efecto, el inciso 2 del artículo 115 del Decreto compilador 1818 de 1998 establece que el juez arbitral sólo puede conocer y decidir controversias que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, vale decir, la norma se remite de manera directa a un instituto desarrollado por

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037 de 1996. Ob. Cit..

la ley y por la jurisprudencia, el cual se constituye en el núcleo esencial del arbitramento.

Vale la pena precisar que el arbitraje, además de encontrar una limitante en las normas legales, está encauzado a versar únicamente sobre derechos y deberes patrimoniales quedando, por lo tanto, excluido de su órbita lo referente con la transacción del estado civil de las personas (art. 2473 CC), derechos ajenos o inexistentes (art. 2475 CC), o sobre bienes públicos que no están incorporados de manera expresa en un contrato estatal; es decir, los representantes legales deberán autorizar a los mandatarios en cada negocio en particular para transigir sobre valores específicos que sobrepasen el precio inicialmente pactado o presupongan una merma patrimonial para la nación o sus entidades territoriales (art. 218 CCA y 341 CPC).

2.2.3. Clases de arbitraje.

No existe una clasificación única e inmodificable del arbitramento en los ámbitos nacional e internacional, pero de lo preceptuado en las normas y de lo incorporado a la costumbre jurídica por el devenir de los negocios jurídicos se pueden inferir clasificaciones que atienden ya al fundamento del laudo o fallo arbitral, al procedimiento escogido por las partes y al lugar donde ha de dirimirse la controversia.

Según el inciso 2 del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, “el arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En

este evento el Árbitro deberá ser Abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico”.

El párrafo del artículo sub examine establece que “En la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje. Si nada se estipula, el fallo será en derecho,” con lo que se concede una preeminencia especial al laudo arbitral en derecho frente a las otras dos modalidades.

Respecto del procedimiento escogido por las partes, el arbitraje puede ser independiente, institucional o legal, según las voces del artículo 116 del Decreto 1818 de 1998. Es independiente cuando las partes acuerdan de manera autónoma las reglas del procedimiento que se han de aplicar para la solución del conflicto; se habla de arbitraje institucional cuando las partes se someten a un procedimiento especial determinado por el centro de arbitraje. Debe decirse que hasta la fecha ningún centro de arbitraje se ha aventurado a crear un procedimiento diferente al que disponen las normas actualmente en Colombia; el arbitraje será legal cuando las partes se someten a la normatividad vigente para efectos de solucionar sus conflictos. Se entiende que el arbitraje es legal cuando las partes no determinan las reglas de procedimiento que se han de aplicar para la solución de su conflicto (artículo 118 del decreto 1818 de 1998).

Con relación al lugar donde ha de dirimirse la controversia, la ley 446 de 1998 y el decreto compilador 1818 del mismo año establecen que el arbitramento puede ser nacional o internacional. En el primer caso las partes contractuales pertenecen a una misma nacionalidad y se someten a la jurisdicción de ese mismo Estado, y las causas del litigio versan sobre bienes o personas incorporados al territorio del mismo país. En el arbitraje internacional intervienen personas y bienes de distintos Estados y sujetas a las normas de sus respectivos Estados, relacionadas contractualmente, que deben someter sus diferencias a normas internacionales.

2.2.4. El Laudo Arbitral.

El laudo arbitral es la decisión final a la que llega el tribunal arbitral para dar solución a la controversia que se ha sometido a su conocimiento. Los efectos del laudo arbitral son equiparables a los de una sentencia proferida por un juez de la República, en razón de la facultad jurisdiccional con la cual se encuentran investidos los árbitros. Al respecto la Corte Constitucional señaló, en Sentencia C-242 de 1997, que: “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 la equidad.”⁵⁹

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 1997. Ob. Cit..

Es pertinente aclarar que el concepto de arbitraje, bien sea en derecho, en equidad o en conciencia, a los cuales se ha hecho referencia, se predica del laudo que profiere el tribunal de arbitramento, y no del procedimiento por el que se rige el proceso arbitral, ya que el proceso arbitral está regulado por el artículo 116 del Decreto 1818, como se explicó anteriormente. Por esta razón se considera que en lugar de hacerse referencia al arbitraje en derecho, en equidad o en conciencia, resulta más acertado hacer alusión a un fallo o decisión en derecho, en equidad o en conciencia.

La decisión en derecho se dicta con fundamento en la normatividad positiva vigente, y los árbitros que la profieran deben ser abogados inscritos, en los términos de los artículos 115 del Decreto 1818 y el 111 de la Ley 446. El fallo en equidad es el que profieren los árbitros según el sentido común y la equidad (artículo 111 de la Ley 446). La decisión en sentido técnico se basa en principios, fórmulas y definiciones ajenas al derecho positivo; cuando las partes envueltas en un conflicto se inclinan por un procedimiento arbitral que profiera una decisión técnica, ello obedece a que el objeto de la litis es de una naturaleza específica y técnica, y por tal motivo, escogen a profesionales especializados en dichas materias como árbitros para estos casos, para que decidan según sus conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio (artículo 111 de la Ley 446).

2.2.5. Recursos procedentes contra el laudo arbitral.

El arbitraje está concebido como un trámite de única instancia y la ley no contempla la existencia de acciones o recursos ordinarios que procedan contra

los laudos arbitrales para someterlos al examen de un juzgador de segunda instancia. El contenido material de un laudo no es susceptible de ningún recurso. Sin embargo, los errores de forma que se cometan con ocasión de su expedición sí son susceptibles de los recursos de anulación, revisión y la acción de tutela por la vía de hecho, que se explicarán a continuación.

2.2.5.1. El recurso de anulación de los laudos arbitrales.

El artículo 161 del Decreto 1818 de 1998⁶⁰ consagra el recurso de anulación que procede contra los laudos arbitrales, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente, y se surte ante el tribunal superior del distrito judicial que sea sede del arbitramento en los conflictos sometidos a un tribunal de arbitramento. Tratándose de las controversias relacionadas con contratos estatales esa competencia varía, ya que está radicada en cabeza del Consejo de Estado, a quien se le encomienda la aplicación de la regulación que existe sobre la materia⁶¹.

El artículo 72 de la Ley 80, modificado por el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007⁶² regula la procedencia del recurso de anulación contra los laudos

⁶⁰**Artículo 161.** *Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Presidente del Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El recurso se surtirá ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda a la sede del Tribunal de Arbitramento, para lo cual el secretario enviará el escrito junto con el expediente. (Artículo 37 Decreto 2279 de 1989).*

⁶¹ **C.C.A. art. 128.** *“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 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.”*

⁶² **Art. 72. Del recurso de anulación contra el laudo arbitral.** *Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Éste deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.*

arbitrales. La modificación introducida por aquella ley versa sobre las causales⁶³ taxativas previstas en la ley para la procedencia de dicho recurso que establecía el Decreto 2279 de 1989, actualmente recopilados en el Decreto 1818 de 1998.

La modificación introducida por la Ley 1150 de 2007 rompió la diferenciación que la anterior redacción del artículo 72 establecía entre las causales para la procedencia del recurso de anulación en materia de contratación estatal, y las que se establecían para tales efectos en el régimen privado. Homologó la aplicación de las causales que establece el Decreto 1818 tanto para el arbitraje en materia de contratación estatal, como para las situaciones entre particulares, toda vez que el artículo 72 de la Ley 80 sólo contemplaba cinco causales para la contratación estatal.

De la interpretación de estas causales se puede concluir que el Consejo de Estado no se encuentra facultado para pronunciarse sobre los aspectos

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera del Consejo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo las previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 o las normas que lo modifiquen, deroguen o sustituyan.

⁶³**Decreto 1818 de 1998. Art. 163.** *Son causales de anulación del laudo:*

- 1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.*
- 2. No haberse constituirlo el tribunal de arbitramento en forma legal siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.*
- 3. Numeral derogado por el artículo 167 de la Ley 446 de 1998.*
- 4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar 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 la forma y tiempo debidos.*
- 5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.*
- 6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*
- 7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.*
- 8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido, y*
- 9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”*

sustanciales que componen el laudo arbitral al cual se le impetre el recurso de anulación, salvo en el evento contemplado por la causal novena, que se refiere al hecho de que el tribunal no se haya pronunciado sobre las cuestiones sujetas al arbitramento. Dicho tribunal ha afirmado lo siguiente con relación a ese tema:

“De acuerdo con la jurisprudencia que esta Corporación ha desarrollado, se puede afirmar que el recurso extraordinario de anulación contra laudos presenta, entre otras, las siguientes generalidades: El recurso extraordinario de anulación ante la jurisdicción contencioso administrativa, no constituye un control judicial que comporte una instancia, como la que surge a propósito del recurso ordinario de apelación para las sentencias de primera instancia de los Tribunales Administrativos. El objeto y finalidad del recurso es atacar la decisión arbitral por errores in procedendo en que haya podido incurrir el Tribunal de Arbitramento, y no por errores *in iudicando*, lo cual implica que no puede impugnarse el laudo por cuestiones de fondo; por regla general no es posible examinar aspectos de mérito o sustanciales, a menos que prospere la causal de incongruencia por no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al arbitramento (No. 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 o No. 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998); ni cuestionar, plantear o revivir un nuevo debate probatorio, o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones jurídicas a las que arribó el Tribunal. En suma, al juez de anulación no le está autorizado adentrarse a juzgar eventuales errores sustanciales, para modificar las determinaciones tomadas por el Tribunal de Arbitramento, por no estar de acuerdo con los razonamientos, conceptos o alcances emitidos sobre los hechos controvertidos y sus consecuencias jurídicas; excepto, como se señaló cuando se deja de decidir asuntos sometidos al arbitramento, en virtud de la causal establecida en el numeral 5 del artículo 72 de la Ley 80 de 1993 o la del No. 9 del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, que son normas equivalentes”⁶⁴

Es indispensable que al interponer el recurso de anulación se exprese con claridad y precisión las causales que se invocan para su procedencia, ya que en el evento de no hacerse lo anterior deberá rechazarse de plano el recurso.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de junio 8 de 2006. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

Ello obedece al hecho de que el análisis que debe realizar el Tribunal Superior o el Consejo de Estado, según el caso del que se trate, debe referirse a las causales expresamente señaladas en la ley. Con relación a este tema se expresó el Tribunal Superior de Bogotá, de la siguiente manera: “La tarea encomendada al Tribunal en cuanto al cotejo de las causales invocadas por el recurrente con aquellas consagradas de manera taxativa por la ley, no puede asumirse cuando se halla ausente la indicación de las causales que conducirían a la anulación del laudo proferido...”⁶⁵.

2.2.5.2. Procedencia del recurso extraordinario de revisión contra los laudos arbitrales.

El recurso de revisión procede contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado y por los tribunales administrativos, en única o segunda instancia, dentro de un término de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su ejecutoria. El objeto de dicho recurso es el de evitar la comisión de atropellos contra los sujetos en la administración de justicia, cuando los mismos provienen de los yerros cometidos por los jueces en el desarrollo de su función. Se encuentra consagrado en los artículos 185 a 193 del Código Contencioso Administrativo.

Son objeto del recurso extraordinario de revisión las sentencias dictadas por los tribunales administrativos, y las secciones o subsecciones de la sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en única o segunda instancia.

⁶⁵ Tribunal Superior de Bogotá. M.P. Ariel Salazar. Auto del 19 de abril de 2004.

La autoridad competente para conocer del recurso de revisión es la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con excepción de los consejeros de la sección que profirió la decisión objeto del recurso, cuando la sentencia susceptible del recurso ha sido proferida por aquella autoridad. Las causales por las cuales procede el recurso extraordinario de revisión se encuentran establecidas de manera taxativa por el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo⁶⁶. La revisión se constituye en el único recurso que procede contra las sentencias que dicte el Consejo de Estado con relación al recurso de anulación que procede contra los laudos arbitrales según lo establece el numeral 5 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo.

2.2.5.3. Procedencia de la acción de tutela contra los laudos arbitrales.

La acción de tutela es “un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales constitucionales de una persona, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares... resultando vulnerados sin que exista otro medio de defensa judicial o, aun existiendo, si la

⁶⁶ **C.C.A. art. 188.** Son causales de revisión:

1. *Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.*
2. *Haberse recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*
3. *Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar.*
4. *No reunir la persona en cuyo favor se decretó una pensión periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida.*
5. *Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia.*
6. *Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación.*
7. *Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición.*
8. *Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquella fue dictada. Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada.”*

tutela es usada como medio transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable.”⁶⁷

Uno de los aportes más importantes de la Constitución de 1991 fue la consagración de los derechos fundamentales, a los que les da un trato preferente y de primera categoría. Su protección y la garantía de los mismos fueron especialmente encomendadas a todos los jueces al momento de administrar justicia. Adicionalmente consagró la acción de tutela, un mecanismo judicial, concebido para la protección de los derechos fundamentales en aquellos eventos en los cuales no se cuente con otros medios judiciales para hacerlo, la cual se encuentra consagrada en el artículo 86 constitucional⁶⁸, y regulada por el Decreto Ley 2591 de 1991.

La acción de tutela ha generado una revolución en el ámbito jurídico colombiano, constituyéndose en una herramienta para la protección de los derechos fundamentales que procede incluso contra decisiones judiciales que han hecho el tránsito a cosa juzgada, contándose entre éstas los laudos arbitrales.

⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. T-001 de abril 3 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶⁸ **Constitución Política, art. 86.** *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...

2.2.5.4. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Dentro de las acciones u omisiones de las autoridades que pueden representar una amenaza para los derechos fundamentales se encuentran las decisiones judiciales. De hecho, uno de los hechos que más revuelo ha causado dentro de las instituciones jurídicas colombianas ha sido la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones judiciales que han hecho tránsito a cosa juzgada.

La procedencia de la acción de tutela contra las providencias judiciales ha sido aceptada bajo el presupuesto de que se trata de un mecanismo excepcional que busca evitar la comisión de atropellos en la administración de justicia. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional lo siguiente:

“La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene un carácter excepcional en atención a la intangibilidad de la cosa juzgada y al respeto de la autonomía judicial¹. Así las cosas, la acción puede intentarse cuando sea necesaria la intervención del juez constitucional para atenuar los efectos de una decisión que aunque en apariencia reviste la forma de sentencia judicial, objetivamente no lo es en cuanto ha ocasionado una violación o perjuicio grave de los derechos fundamentales de una persona.

En efecto, la jurisprudencia ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra aquellas decisiones judiciales que por corresponder a actuaciones o interpretaciones groseras, arbitrarias y burdas del juez no hacen otra cosa que quebrantar valores, principios y garantías constitucionales. En estos casos se está ante una verdadera vía de hecho que debe ser objeto de estudio por el juez constitucional.

Sin embargo, para que la acción de tutela sea viable es necesario que se verifiquen los presupuestos de procedibilidad ya señalados por la jurisprudencia, es decir, que la conducta del agente carezca de fundamento legal; que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien ostenta la autoridad; que como consecuencia de ello se violen de manera grave e inminente derechos fundamentales, y que no exista otro mecanismo de defensa para obtener la protección, salvo que exista un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción procede como mecanismo transitorio, o que el juez constitucional verifique que ese otro mecanismo de defensa no es eficaz para la protección de los derechos.

De manera, pues, que no toda irregularidad o anomalía dentro del proceso o inclusive cualquier desacierto judicial abre la posibilidad de que por la vía de la acción de tutela se cuestione, reproche o se revoque una determinada decisión. Sólo cuando se compruebe que la decisión judicial de que se trate, dada su gravedad e ilicitud, puede estructuralmente ser calificada como una clara vía de hecho, puede el juez de tutela entrar a pronunciarse sobre la misma. En ese evento la acción de tutela se erige como el mecanismo idóneo y eficaz para contrarrestar los efectos dañinos y nocivos de la decisión. Por ello la Corporación ha admitido que de manera excepcional pueden ser tutelados los derechos fundamentales desconocidos por decisiones judiciales cuando en realidad éstas, dada su abrupta y franca incompatibilidad con las normas constitucionales o legales aplicables al caso, constituyen actuaciones de hecho.”⁶⁹

2.2.5.5. Presupuestos para la procedencia de la acción de tutela por la vía de hecho.

La jurisprudencia ha establecido claramente la procedencia de la acción de tutela contra las providencias judiciales cuando éstas, por la vía de hecho, generan la violación o el detrimento de un derecho fundamental, siendo cuatro los presupuestos que la validan: (i) el defecto sustantivo, que se da cuando la decisión se basa en una norma que resulta inaplicable para el caso concreto; (ii) el defecto fáctico, que se presenta cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (iii) por defecto orgánico, que ocurre cuando el funcionario judicial que adopta una decisión carece por completo de la competencia para hacerlo; (iv) el defecto procedimental, que se da cuando el juez obra por fuera del procedimiento establecido.⁷⁰

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-144 de 2006. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

⁷⁰ Para el estudio de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales se pueden estudiar, entre otros, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: C-543 de 1992, T-320 de 2004, T-336 de 1995, T-094 de 1997, T-188 de 2002, T-1220 de 2005, y T-922 de 2003.

2.2.5.6. La acción de tutela por la vía de hecho contra los laudos arbitrales.

Al decir de Zuleta Londoño, “Una de las características de la justicia arbitral es la de ser de única instancia. El mérito de la controversia solamente puede ser decidido por los árbitros mismos. En consecuencia, en Colombia solamente proceden recursos de naturaleza extraordinaria contra el laudo arbitral. Sin embargo, el hecho de considerar que los laudos arbitrales son sentencias judiciales abrió la puerta para que se pudieran cuestionar las decisiones arbitrales por vía de la acción de tutela.”⁷¹

El Consejo de Estado sentó un importante precedente jurisprudencial al admitir la procedencia de la acción de tutela por la vía de hecho contra los laudos arbitrales al decidir acerca del recurso de anulación que se instauró contra el laudo proferido en el sonado caso de Termorío:

“Como bien se sabe, desde el punto de vista sustancial, el proceso arbitral es de única instancia, por cuanto el laudo que pone fin al proceso no es susceptible de recurso ordinario o extraordinario distinto al de anulación que consagran por vía general, el artículo 37 y 38 del Decreto 2279 de 1989, y en tratándose de contratos estatales, el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, compilados en los artículos 161,163 y 230 del Decreto 1818 de 1998...

De tal manera que, ante el eventual desacierto o equivocación de los árbitros respecto de las normas sustanciales atinentes al caso, bien por falta de aplicación de la ley, ya por interpretación errónea, o por indebida aplicación, o por falta o indebida valoración probatoria, el ordenamiento jurídico no prevé ningún otro mecanismo de defensa judicial de esa naturaleza; acaso y por esa misma circunstancia, dado que los laudos arbitrales comportan la naturaleza de decisiones judiciales, podría ser precedente la acción de tutela, bajo el cumplimiento de las exigencias establecidas en el artículo 86 constitucional y el

⁷¹ ZULETA LONDOÑO, Alberto. “La protección constitucional del arbitraje.” Artículo publicado en: MANTILLA SERRANO, Fernando. “Arbitraje Internacional: tensiones actuales.” Editorial Legis. Bogotá: 2007. p. 75.

Decreto Ley 2591 de 1991, y la interpretación que de esa normatividad ha hecho la jurisprudencia constitucional, en especial, que se trate de una vía de hecho que viole o amenace un derecho constitucional fundamenta, como ya lo ha puesto de presente la Sala en oportunidades anteriores.”⁷²

2.3. ARBITRAJE INTERNACIONAL

El arbitraje internacional es “un mecanismo extrajudicial y alternativo de resolución de conflictos contractuales, pactado por las partes, en el que está presente al menos un elemento que rebasa las fronteras de un país, que consiste en la definición de la controversia por parte de uno o varios árbitros, que profieren una sentencia denominada laudo.”⁷³

El arbitramento internacional es un verdadero proceso: se trata la litis entre dos partes para ser resuelta por un tercero neutral llamado árbitro, revestido con poderes jurisdiccionales para proferir una providencia denominada laudo. “Como proceso que es, un arbitramento internacional se rige por el derecho al debido proceso. Específicamente, dada su singularidad, el arbitraje internacional se desarrolla conforme con los siguientes principios: de contradicción, de impulso oficioso, de libertad de pruebas, inquisitivo, de verdad material, de oralidad y escritura.”⁷⁴ Si bien la administración de justicia es una prerrogativa del Estado, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes la autoriza para encomendar a un tercero la solución de sus conflictos.

⁷² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 1 de 2002, Electrificación del Atlántico S.A. E.S.P. contra Termorío.

⁷³ MONROY CABRA, Marco Gerardo. “Arbitraje Comercial Nacional e Internacional.” Editorial Legis. Bogotá: 1998. p. 23.

⁷⁴ BOTERO SANCLEMENTE, Ana María y CORREA HENAO, Néstor Raúl. “Arbitramento Internacional.” Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá: 2002

2.3.1. El Arbitraje Internacional en la Legislación Colombiana.

Colombia ratificó 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 en Nueva York (en adelante, Convenio de Nueva York). “En desarrollo de este convenio internacional Colombia expidió la Ley 315 de 1996 que permite a la comunidad empresarial llevar sus disputas para ser resueltas por parte de tribunales arbitrales fuera de Colombia.”⁷⁵

2.3.2. Criterios para determinar cuándo se está en presencia de un Arbitraje Internacional.

El arbitramento internacional en Colombia está regulado por la Ley 315 de 1996. Hay un criterio formal y un criterio material para determinar que un arbitraje es internacional. El elemento formal es el pacto de las partes, mientras que el elemento material es la existencia de un elemento extranjero, como se explicará a continuación.

2.3.2.1. El Pacto o Compromiso Arbitral.

El artículo 1 de la ley 315 establece que “*Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado.*” De igual manera a como sucede con el arbitraje nacional, el convenio o pacto arbitral debe constar siempre por escrito, sin que se especifique de manera expresa de qué clase de escrito se trata, razón por la cual opera la liberalidad y la informalidad. Por tal motivo, el pacto arbitral puede inferirse de un cruce de cartas, un fax, un telegrama, o cualquier

⁷⁵ MANCERO, Gabriela. “Extranjeros que contraten con el Estado Colombiano pueden someter su diferencias a arbitraje internacional.” Junio de 2004. Artículo consultado en: www.cavelier.com/articulos/arbitramento/extranjeros, 5 de febrero de 2008.

clase de escrito, sin que para ello se exija ninguna clase de documento en particular.

El pacto arbitral puede ser derogado por las partes que lo pactan de manera informal, o tácita. “Por ejemplo, si el demandante omite invocarla y recurre ante la justicia ordinaria, y el demandado por su parte también omite proponer el pacto arbitral como excepción, se entiende que hay renuncia implícita a este mecanismo, según la jurisprudencia.”⁷⁶

El convenio o pacto arbitral puede estar contenido en una cláusula compromisoria, o en un compromiso, al igual que lo que acontece con el arbitraje nacional, como se explicó anteriormente. El pacto o acuerdo arbitral es autónomo del contrato dentro del cual está contenido, lo cual tiene los siguientes alcances: (i) La nulidad del contrato no acarrea la nulidad del pacto, ya que éste puede sobrevivir sin aquél; (ii) puede ocurrir que el contrato se rija por una ley, y el pacto por otra ley diferente; (iii) “Se aplica el principio denominado *kompetenz kompetenz*, según el cual el árbitro es el juez de su propia competencia, de suerte que él, y no un tercero, es quien define si es, o no, competente. Desde luego, si el árbitro decide que el pacto arbitral es nulo, se abstiene de asumir la competencia. Y si el árbitro encuentra que el contrato es nulo pero el pacto arbitral es válido, asume competencia.”⁷⁷

⁷⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Providencia de abril 22 de 1991, Relacionado en BOTERO SANCLEMENTE y CORREA HENAO, Ob. Cit. p 26.

⁷⁷ BOTERO SANCLEMENTE y CORREA HENAO. Ob. cit. p. 26.

2.3.2.2. Presencia de un Elemento Extranjero.

El otro criterio que existe, para determinar cuándo un arbitramento es internacional, es la presencia de un elemento extranjero. De conformidad con el artículo 1 de la ley 315, el arbitraje será internacional, cuando, además del acuerdo entre las partes, “se cumpla 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 directamente e inequívocamente los intereses del comercio internacional.”

2.3.2.3. Ley aplicable en materia de Arbitraje Internacional.

“Para efectos de un arbitramento internacional se necesita distinguir la ley material de la ley procesal. La primera regula las relaciones entre las partes, el contrato, el convenio arbitral y demás aspectos sustanciales. La segunda regula el trámite que se sigue con ocasión del funcionamiento del tribunal internacional de arbitramento.”⁷⁸

⁷⁸ BOTERO SANCLEMENTE y CORREA HENAO, Ob. Cit. p. 28.

Con respecto a la ley que se debe aplicar en materia de arbitraje internacional, para un caso particular, existen dos posiciones: la primera es de naturaleza contractualista, y establece que al ser el arbitraje un contrato, debe regirse por la ley que escojan las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada; una segunda posición, de carácter jurisdiccionalista, señala que la ley aplicable debe ser la del foro arbitral, es decir, la del Estado donde se asiente el tribunal arbitral, de conformidad con el criterio territorial.

El artículo 2 de la ley 315, incorporado en el Decreto 1818 de 1998, establece con relación a la ley que se debe aplicar en materia de arbitramento internacional, lo siguiente: “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.”

2.3.2.4. El exequátur.

En desarrollo de la soberanía de los Estados, la función de administrar justicia en su territorio les corresponde a sus jueces. Sin embargo, este principio de

soberanía tiene una excepción, el exequátur, una figura jurídica que pretende colaborar con la eficiencia y la internacionalización de la administración de justicia. Este mecanismo permite que las decisiones tomadas por jueces de otros países surtan efectos en Colombia, siempre y cuando ello se haga de la manera que establecen los artículos 693 a 697 del código de procedimiento civil.

Las sentencias y otras providencias que revistan de tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia (artículo 693 del código de procedimiento civil).

2.3.2.5. Posición de las organizaciones multilaterales con relación a la procedencia del arbitraje para la solución de los conflictos en el sistema de libre comercio internacional.

Los desastrosos efectos que causó la Segunda Guerra Mundial propiciaron las condiciones para generar una integración internacional en beneficio de la humanidad. El liderazgo de ese ideal fue asumido por las potencias internacionales, especialmente los Estados Unidos, que se colocó a la cabeza de aquellas tras la devastación que dejó una guerra que se peleó en suelo europeo.

Esta situación llevó a la implementación de un sistema económico internacional basado en la apertura de mercados y el libre comercio que busca la integración de las naciones sobre una base de liberalización y desregulación para permitir

el flujo de capitales, todo ello a través de la incorporación de un conjunto de principios en que se informa este nuevo esquema de comercio, esto es: el principio de Nación Más Favorecida, Transparencia y Trato Nacional⁷⁹.

En 1944, tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, se efectuó una célebre reunión internacional en Bretton Woods (New Hampshire, Estados Unidos) con el objetivo de promover la constitución de un conjunto de instituciones que promovieran la nueva etapa del desarrollo internacional que se fundamentaría en las relaciones de libre comercio⁸⁰. Fue allí donde se acordó la creación de una serie de instituciones multilaterales como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (conocido hoy como Banco Mundial), y se sentaron las bases para la creación de una Organización Internacional de Comercio (la cual se convirtió posteriormente en lo que hoy conocemos como la Organización Mundial de Comercio). Dichas instituciones han sido pioneras en el desarrollo del sistema de libre comercio internacional, propiciando espacios y destinando recursos económicos y técnicos para tales efectos.

A la constitución de estas instituciones multilaterales prosiguió el surgimiento de otras entidades de la misma naturaleza tales como la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, en inglés), las cuales se han preocupado de igual manera por

⁷⁹ OMC. WT/WGTCP/W/114. Principios Fundamentales de la OMC de Trato Nacional, Trato de la Nación más Favorecida y Transparencia. 14 de Abril de 1999.

⁸⁰ STIGLITZ, Joseph. "El Malestar en la Globalización." Taurus. Bogotá: 2002. pp. 35-38.

contribuir con el desarrollo del libre comercio internacional, generar buenas prácticas, regulaciones modelo, políticas y reglas de aplicación transfronteriza para mejorar la gestión pública y facilitar las transacciones comerciales.

Las instituciones multilaterales mantienen relaciones con sus Estados miembro, y les brindan cooperación económica y/o técnica para promover su inserción en el sistema de libre comercio internacional. Dichas instituciones se han encargado de promover el libre comercio para mejorar el nivel de vida de las personas a nivel internacional.

Para lograrlo han invertido recursos económicos y técnicos para la promoción de las políticas que han trazado en materia de comercio internacional, fomentando la creación de foros que sirvan para la resolución de las controversias que se originen con ocasión del mismo. Así lo confirman los esfuerzos realizados por el Banco Mundial al crear el Centro para el Arreglo de Diferencias relacionadas con la Inversión (CIADI), la Cámara de Comercio Internacional que creó la Corte Internacional de Arbitraje y la creación de un Órgano para la Solución de Diferencias por parte de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

El papel que desempeñan las instituciones multilaterales ha venido tomando mayor fuerza y seguirá creciendo en importancia en la medida que lo haga la economía de libre comercio internacional. Las relaciones multilaterales que estas instituciones mantienen con diferentes Estados alrededor del mundo han llevado a que la ascendencia que éstas tienen sobre aquellos sea cada vez

mayor; especialmente cuando se trata de los países pobres o en vías de desarrollo que requieran de su cooperación de manera especial, y quienes frecuentemente se ven compelidos a seguir sus recomendaciones y adoptar las políticas trazadas por aquéllas en materia económica y de comercio internacional para efectos de recibir préstamos o cooperación técnica por parte de aquellas.

De manera similar al surgimiento de las instituciones multilaterales, el sistema de libre comercio internacional ha potenciado el desarrollo de la empresa privada. Algunas de ellas han crecido de manera tal que se han convertido en verdaderas corporaciones multinacionales que cuentan con inmensos recursos económicos y una presencia en gran cantidad de países alrededor del mundo. Su participación se hace importante en la medida en la que se constituye en inversión extranjera para las economías nacionales, con lo cual se generan empleos y se adquiere una serie de bienes, obras y servicios fundamentales para su desarrollo.

Existen numerosos estudios económicos que establecen que en la gran mayoría de los casos un adecuado sistema jurídico y judicial es un componente fundamental para la captación de inversiones privadas⁸¹. Al margen del sistema político-económico-social que se trate, está comprobado que sin inversión no hay forma de lograr un crecimiento económico sostenido y significativo.

⁸¹ Banco Mundial. "Doing Business 2008." Washington: 2007.

La decisión de invertir en un país suele estar basada en múltiples factores, siendo de los más importantes la existencia de negocios rentables y la percepción general de riesgo de un país. Por lo general, el inversionista internacional maneja el riesgo natural de toda actividad económica y rehúye el riesgo jurídico, retrayéndose cuando observa un cuadro de inestabilidad en las reglas de juego o de arbitrariedad en su aplicación. Los inversionistas que aceptan convivir con dicha inestabilidad lo hacen a riesgo de la eficiencia de sus negocios al tener que incorporar en sus modelos y proyecciones un factor de riesgo adicional que normalmente se traduce en costos de capital más altos.⁸²

En la práctica resulta irrealizable la posibilidad de acomodar la dinámica del libre comercio internacional a las necesidades individuales de cada Estado y de manera acorde con sus ordenamientos. En razón de ello las instituciones multilaterales han propendido por la expedición de una serie de convenciones, acuerdos, reglamentos y demás disposiciones, sometiéndolas a la aceptación de los Estados que requieran de su cooperación⁸³, con lo cual se han erigido como las directoras de orquesta de un sistema económico internacional de carácter supranacional creadores de buenas prácticas, normativas uniformes, documentos modelo e incluso, en materia de contratación pública, de códigos

⁸² DAÑINO, Roberto. “¿Es la seguridad jurídica un factor limitativo del crecimiento?” I Encuentro Empresarial Iberoamericano “Un impulso a la integración económica. Salamanca, España. 13 y 14 de octubre de 2005.

Consultada en:

<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/214576->

[1139604306966/20817271/JuridicalSecuritySpanishSalamanca101305.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/214576-1139604306966/20817271/JuridicalSecuritySpanishSalamanca101305.pdf), el 12 de febrero de 2008.

⁸³ Un ejemplo de esta situación en Colombia se encuentra en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 que regula la contratación estatal con organismos internacionales, citado en el presente trabajo (pp. 36-37), que permite su sometimiento a los reglamentos propios de aquellas instituciones.

detallados con reglas sobre procesos de selección y principios para las adquisiciones públicas.

Uno de los bastiones del libre comercio internacional es la existencia de mecanismos eficientes para la solución de las controversias que se puedan originar con ocasión del mismo. Esta labor resulta especialmente compleja si se tiene en cuenta que el libre comercio internacional se desenvuelve dentro de un marco de respeto del derecho nacional y la soberanía de los Estados, en virtud de la cual éstos determinan sus sistemas jurídicos libremente, lo que conlleva a que materias o asuntos comunes sean regulados de manera asimétrica en los diferentes ordenamientos, lo cual genera incertidumbre en el inversionista extranjero.

Con el objeto de promover la inversión extranjera y la apertura de mercados, las instituciones multilaterales han realizado esfuerzos para promover la implementación del arbitraje internacional como una herramienta para la solución de las controversias dentro del libre comercio. La Organización Mundial de Comercio (OMC) resalta la importancia de los mecanismos de solución de conflictos para tales efectos:

“El mejor acuerdo internacional valdrá poco si uno de los firmantes no cumple las obligaciones en él prescritas, y no se puede hacer nada al respecto. En consecuencia, un mecanismo eficaz para resolver las diferencias aumenta el valor práctico de los compromisos contraídos por los signatarios en un acuerdo internacional. El hecho de que los miembros de la OMC establecieron el actual sistema de solución de diferencias durante la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales subraya la considerable importancia que atribuyen al cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Acuerdo sobre la OMC.

Es importante que las diferencias se resuelvan a tiempo y de un modo estructurado. De esta manera se pueden evitar los efectos perjudiciales de los conflictos no resueltos de comercio internacional y se atenúan los desequilibrios existentes entre los actores fuertes y los más débiles, haciendo que sus diferencias se resuelvan de conformidad con las normas, y no se dejen al arbitrio de la fuerza. Es creencia común que el sistema de solución de diferencias de la OMC es uno de los principales resultados de la Ronda Uruguay.”⁸⁴

El desarrollo del arbitraje internacional ha sido significativo en materia comercial para la solución de conflictos entre particulares. No ha sido así cuando una de las partes involucradas en la relación jurídica es de naturaleza pública⁸⁵.

“El hecho de que la parte estatal de una relación comercial promueva la aplicación de su régimen especial de contratación para negar la validez de un pacto arbitral o un laudo arbitral, obstaculiza su aplicación... la noción de lo comercial en materia de arbitraje internacional se asocia generalmente con el derecho privado, y por lo tanto, con intereses de carácter particular que se oponen a los intereses generales o colectivos que defienden las entidades estatales. Es un principio rector, en la mayoría de los sistemas jurídicos, que el interés particular debe ceder ante el general.”⁸⁶

Algunos tratadistas internacionales sostienen que a pesar de la presencia de una entidad estatal, el arbitraje comercial procede para solucionar las

⁸⁴ Consultado en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/clslpl_s.htm el 12 de abril de 2008.

⁸⁵ Colombia no ha sido ajena a esta problemática, y las dificultades que existen para la aplicación del arbitraje y la conciliación en aquellos contratos ha sido objeto de crítica por parte de algunas instituciones multilaterales que han estudiado su caso.

⁸⁶ Guevara Bernal. Ob. Cit. p. 3.

controversias que se originen en las relaciones de comercio que aquellas emprendan por dos razones: (i) una de las partes contratantes es de origen extranjero; (ii) la aplicación del arbitraje se establece a través de un pacto arbitral.⁸⁷

Se considera que aquellos argumentos no son suficientes para catalogar como comerciales a aquellos procedimientos arbitrales. Sin embargo, sí lo puede ser el hecho de que lo comercial haga referencia a las transacciones económicas, situación que también se presenta en los contratos estatales, y en virtud de tales negocios las partes puedan pactar someter la solución de sus diferencias al arbitraje. La presencia de una entidad estatal en dichas relaciones puede conllevar a la aplicación de los principios especiales que rigen su actividad contractual para proteger los intereses colectivos que defiende, pero ello no obsta para negar la procedencia del arbitraje como mecanismo para la solución de tales controversias.⁸⁸

Las relaciones de comercio internacional no deben ser analizadas únicamente desde el aspecto jurídico, sino que se debe tomar en cuenta también su naturaleza de carácter económico. Si se toma desde esa perspectiva, se debe reconocer el hecho de que el Estado es uno más de los participantes del sistema de libre comercio, donde actúa como un agente económico más a pesar de contar con una serie de prerrogativas especiales en razón de la naturaleza de los intereses que defiende, tales como el régimen de cláusulas

⁸⁷ FOUCHARD, GAILLARD and GOLDMAN. "International Commercial Arbitration" Citado en Guevara Bernal.

⁸⁸ GUEVARA BERNAL. Ob. Cit. p. 3.

exorbitantes del Estatuto General de Contratación. En ese orden de ideas, sus actuaciones deben ser susceptibles de ser conocidas por la justicia arbitral a nivel nacional e internacional, evitándose así que su actividad se constituya en un elemento entorpecedor de la economía de mercado.

A continuación se relacionarán los esfuerzos que han adelantado las instituciones multilaterales para fortalecer la implementación de mecanismos para la solución de controversias en el libre comercio internacional. Para tales efectos se presentan los casos del Banco Mundial, OMC, Cámara de Comercio Internacional, así como las recomendaciones de la OCDE y el BID al respecto.

2.3.2.5.1. La promoción de la implementación del arbitraje internacional por parte de las instituciones multilaterales.

Como se ha venido diciendo, las instituciones multilaterales han destinado sus esfuerzos a promover la solución de los conflictos internacionales a través del arbitraje y la conciliación, para facilitar el desarrollo del libre comercio.

Los esfuerzos realizados se han encaminado principalmente hacia el tema del arbitraje mercantil, pero también se han realizado importantes esfuerzos por fomentar su implementación en materia de contratación pública, resultando importantes los aportes realizados para tales efectos por el Banco Mundial y la OMC, especialmente.

2.3.2.5.2. Principales escenarios establecidos para el arbitraje comercial internacional.

El arbitraje comercial internacional se ha asociado normalmente con las relaciones mercantiles entre particulares. Su desarrollo ha sido mayor que el del arbitraje en materia de contratación pública, ya que la solución de conflictos

entre los particulares, quienes actúan en condiciones de igualdad, resultan menos controvertidas que aquellas en las que está presente un interés de carácter colectivo del lado de la parte estatal, conforme se explicó anteriormente.

Debido a la gran cantidad de escenarios que existen en el contexto internacional para la solución de controversias, y por no ser su enunciación el tema central del presente trabajo, se hará referencia a algunos de los que se consideran más importantes y tradicionales para tales efectos. Entre estos se cuentan: la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), en el panorama latinoamericano.

También destacan el Centro para el Arreglo de Diferencias relacionadas con la Inversión (CIADI), y el Órgano para la Solución de Diferencias de la OMC, a los cuales se hará referencia al tratar el tema de los escenarios arbitrales previstos para la contratación estatal.

- **La Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional.**

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha sido una promotora importante de la implementación del arbitraje internacional en el ámbito del libre comercio. En 1923 se creó la Corte de Arbitraje de la CCI, cuyo objetivo es el de “proveer un mecanismo neutral, fiable y expedito para la solución de conflictos originados en el comercio internacional. La Corte, contra lo que su nombre

sugiere, no resuelve las desavenencias que se le someten, sólo nombra o confirma los árbitros o colabora con su designación en los casos de falta de acuerdo de las partes.”⁸⁹ Sus funciones son de administración, organización y supervisión, estando facultada para revisar los aspectos formales del procedimiento arbitral y expresar opiniones de carácter no vinculante para los árbitros acerca de asuntos que interesen el fondo del litigio; las facultades jurisdiccionales están radicadas de manera exclusiva en cabeza de los árbitros.

- La Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional de la CNUDMI o UNCITRAL.

La UNCITRAL expidió en 1985 la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional, “formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional.”⁹⁰

La Ley Modelo regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

⁸⁹ BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. “Principales Sistemas de Arbitraje Internacional Institucional.” Artículo publicado en: “El arbitraje en los Conflictos Económicos Internacionales.” Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá: 1995. p. 26.

⁹⁰ Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la UNCITRAL. Consultada en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html el 2 de marzo de 2008.

La Ley Modelo ha servido como ejemplo para la regulación del arbitraje internacional en las legislaciones nacionales, y es ampliamente adoptada por los tribunales de arbitramento internacionales.

- La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

La CIAC establece un sistema para la resolución de controversias comerciales internacionales a través del arbitraje o la conciliación. Cuenta con un reglamento de procedimientos arbitrales que rige desde 1988, inspirado en el aspecto sustancial en la Ley Modelo de UNCITRAL, adaptando algunas disposiciones a sus necesidades especiales.

2.3.2.5.3. Principales escenarios establecidos para el arbitraje internacional en materia de contratación pública.

Conforme se ha resaltado, son bastantes las complicaciones que se le han presentado al arbitraje internacional en materia de contratación estatal. Sin embargo, las instituciones multilaterales son conscientes de la necesidad de buscarle una solución a este problema. Prueba de ello son los esfuerzos realizados para tales efectos por la OMC y el Banco Mundial, a través del CIADI.

Ya en el contexto colombiano vale la pena recordar que durante los años 2005 a 2007 el Gobierno a través de la constitución de la Comisión Intersectorial de Contratación Pública (Decreto 3620 de 2004) –CINCO- concertó con los bancos Mundial e Interamericano de Desarrollo los pliegos de condiciones estándar de contratación de obras, de bienes y de servicios de consultoría, en sus versiones de licitación internacional como nacional, en los que ha incluido

como mecanismos alternativo de solución de controversias no sólo a la intervención de un mediador sino también la posibilidad de acudir al arbitraje con foros y reglamentos tales como el Reglamento de Arbitraje de 1976 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, o el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo⁹¹.

- El entendimiento para la solución de diferencias y el acuerdo sobre contratación pública de la OMC.

Para garantizar una eficiente solución de las discrepancias surgidas con ocasión de los diferentes negocios internacionales, la OMC cuenta con un Entendimiento para la Solución de Diferencias⁹² (ESD) y con un Órgano para la Solución de Diferencias (OSD), que facilita la implementación de procedimientos de conciliación y arbitraje para resolver las disputas entre sus Estados miembros.

Aunque inicialmente la OMC omitió la inclusión de la contratación pública en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) de 1947; con el paso del tiempo se dio reconocimiento de los efectos restrictivos para el comercio de las políticas de contratación pública discriminatorias, lo cual llevó a incluir esta modalidad de contratación en la normatividad de comercio internacional de dicha institución, conduciendo a la suscripción del Acuerdo Plurilateral sobre

⁹¹ Véanse los documentos estándar de licitación: LPI Obras Menores, LPI Bienes, SEP Consultores y LPN Obras Menores, todos ellos armonizados por el BID, el Banco Mundial y la CINCO.

⁹² El Entendimiento para la Solución de Diferencias de la OMC puede ser consultado en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm#1_1

Contratación Pública (ACP)⁹³, que una vez negociado durante la Ronda Uruguay entró en vigor el 1º de enero de 1996, teniendo como propósito promover la aplicación de los principios de trato nacional y de no discriminación inherentes al sistema de comercio internacional que auspicia la OMC en la contratación estatal. Al respecto, en el citado documento se lee lo siguiente:

“El Acuerdo sobre Contratación Pública establece un marco convenido de derechos y obligaciones entre sus Partes con respecto a sus respectivas leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera de dicha contratación. Un principio fundamental a este respecto es la no discriminación. En lo que respecta a los contratos comprendidos en el Acuerdo, las Partes tienen que conceder a los productos, servicios y proveedores de las demás Partes en el Acuerdo un trato “no menos favorable” que el otorgado a sus productos, servicios y proveedores nacionales (párrafo 1(a) del artículo III). Además, las Partes no pueden discriminar entre los productos, servicios y proveedores de otras Partes (párrafo 1 b) del artículo III). Asimismo, cada Parte tiene que garantizar que sus entidades no den a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio, por razón del grado en que se trate de una filial o sea propiedad de extranjeros, y que sus entidades no ejerzan discriminación, por razón del país de producción del producto o servicio suministrado, contra proveedores establecidos en su territorio (párrafo 2 del artículo III).”⁹⁴

Adicionalmente, el ACP hace especial énfasis en la implementación de mecanismos que garanticen la transparencia de las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas, así como a la publicidad en materia de contratación pública. Vale la pena advertir que las controversias que se originan con ocasión

⁹³ En la actualidad, Colombia no se ha adherido al ACP. Se encuentra en la calidad de observador de dicho acuerdo. El Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo conforman un equipo de gobierno que empezará a analizar el acceso del país a este acuerdo plurilateral. Debe mencionarse que desde el 2005 el ACP se encuentra en revisión. Su versión en revisión ha sido parámetro conceptual en las actuales negociaciones de los TLC`s con los países EFTA, Unión Europea y el Canadá a través de las diferentes rondas de negociación cursadas entre 2005 y la actualidad. El texto completo del ACP puede ser consultado en:
http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94_01_s.htm.

⁹⁴ Organización Mundial de Comercio. “Panorama General del Acuerdo sobre Contratación Pública. Consultado en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gpa_overview_s.htm el 22 de abril de 2008

del ACP se resuelven ante el Órgano para la Solución de Diferencias y conforme el Entendimiento previsto para tales efectos por la OMC, a los cuales se hizo referencia anteriormente.

- El Centro para el Arreglo de Diferencias Relacionadas con la Inversión.

El Banco Mundial fomenta la aplicación del arbitraje internacional. Consciente de la necesidad de ampliar su aplicación al marco de la contratación estatal, ha realizado esfuerzos adicionales para lograr el sometimiento de las controversias de comercio internacional en las que se encuentre involucrado un Estado a ese sistema de solución de diferencias.

Consciente de que sus propios recursos no resultarían suficientes para garantizar el éxito del sistema de libre comercio internacional, ha procurado generar un ambiente de mayor seguridad y confianza para la inversión extranjera. Para efectos de lograrlo, el Banco creó en 1966 el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI). El artículo 25 del Convenio CIADI establece la jurisdicción del Centro y permite someter a su conocimiento los conflictos en los cuales forme parte un Estado al establecer lo siguiente:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado

Contratante y que las partes hayan consentido por escrito someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”

Aunque la mayoría de las directrices señaladas por estas instituciones han estado dirigidos a propiciar escenarios para la solución de los conflictos que se originen con ocasión de las relaciones de comercio que realizan los particulares, como se dijo anteriormente, también se han realizado esfuerzos por extender la aplicación del arbitraje internacional a las relaciones entre los Estados y los particulares.

Por su parte, la Organización para la Cooperación en el Desarrollo Económico (OCDE) se ha pronunciado a favor de la conveniencia de la aplicación del arbitraje internacional en las controversias que se originen en materia de inversión extranjera en la contratación estatal, ya que en su opinión el sistema de solución de controversias relacionadas con la inversión internacional comparte elementos comunes con el sistema de arbitraje comercial internacional, a pesar del hecho de que las relaciones contractuales entre los particulares y el Estado involucren un elemento de interés colectivo que no se encuentra presente en las relaciones entre los particulares.⁹⁵

Sin embargo, llama la atención la rigurosidad con la que se debe abarcar la materia para evitar que se genere un clima de inestabilidad, ya que el acceso al arbitraje internacional para las controversias que se originan entre los Estados y los particulares con ocasión de la inversión extranjera ha ido en aumento

⁹⁵ Organización para la Cooperación en el Desarrollo Económico. “Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: an overview.” Working Papers on International Investment. Febrero de 2006. p. 3. Traducción del autor.

debido, principalmente, al constante incremento en la suscripción de tratados o acuerdos bilaterales de inversión extranjera entre los gobiernos de los diferentes países. La proliferación de esta clase de acuerdos puede conllevar a una situación en la cual cada uno de éstos establezca un sistema de solución de conflictos diferente, lo cual podría generar una situación de inestabilidad jurídica donde una misma situación deba ser sometida al conocimiento de diferentes tribunales arbitrales, conforme lo establezcan los acuerdos celebrados.⁹⁶

Colombia no se escapará de esta situación una vez entren en vigor los capítulos de contratación pública incluidos en los diferentes TLC's. Hoy en día, existen reglas supranacionales –unas aprobadas, otras en construcción- con los Estados Unidos, Chile, países de Centro América, Canadá, Europa en donde se yuxtapondrán ordenamientos locales, supranacionales y bilaterales con normas sobre el uso del arbitramento en la contratación pública cubierta por tales tratados.

2.3.2.5.4. Análisis de la situación del arbitraje internacional en Colombia por parte de las instituciones multilaterales.

Conforme se ha expresado en el presente capítulo, los organismos de derecho internacional han apoyado de manera decidida la implementación de los mecanismos para la solución de conflictos en el contexto de la economía de mercado. En Colombia, conforme se estudiará en detalle en el siguiente capítulo del presente trabajo, a pesar del hecho de que la legislación prevé la procedencia del arbitraje para la solución de conflictos en materia de

⁹⁶ *Ibíd.* p. 3.

contratación estatal, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han pronunciado en contra de su procedencia en razón de que, en su opinión, el juez arbitral: (i) no está habilitado para juzgar la legalidad de los actos administrativos; (ii) no puede pronunciarse sobre asuntos no transigibles, como el orden público.

Esta situación no ha pasado desapercibida por los estudios que han realizado las instituciones multilaterales al momento de analizar la situación de la contratación estatal colombiana. En opinión del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, quienes resaltan la dificultad que existe para la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia, ya que a pesar de los esfuerzos que se han realizado para permitir la inclusión de disposiciones tendientes a resolver las disputas de manera eficiente y justa en materia contractual, subsisten múltiples controversias respecto a la admisibilidad de la procedencia de la conciliación y el arbitraje.”⁹⁷

⁹⁷ Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo. “COLOMBIA: Informe del Diagnóstico de Adquisiciones del País.” CPAR Updated Report. Julio 28 de 2005. p. 64.

3. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LA PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ESTATAL.

A diferencia de lo que aconteció con los anteriores estatutos de contratación estatal, la Ley 80 de 1993 en su artículo 70 reguló de manera amplia la procedencia del arbitraje en materia de contratación pública. Según lo establecido por dicho artículo, a los árbitros se los faculta para pronunciarse sobre las controversias que se originen con ocasión de la celebración del contrato, la ejecución o desarrollo, la terminación y la liquidación del contrato estatal.

La jurisprudencia nacional ha sido reticente con respecto a la posibilidad de permitir que la justicia arbitral se pronuncie sobre las controversias que se originan con ocasión del contrato estatal, particularmente, cuando dichos conflictos nacen con ocasión del ejercicio de las potestades exorbitantes que la ley le confiere a la Administración. Sobre este particular se han pronunciado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, argumentando su posición en contra frente al tema, por las siguientes razones: 1. Los contratos estatales persiguen satisfacer necesidades de carácter colectivo y de interés social, invirtiendo dineros públicos para tal fin, y 2. El contrato estatal, a diferencia de lo acontecido en los contratos que celebran los particulares, es un desarrollo de la prerrogativa de autotutela con la que cuenta la Administración, la cual es ejercida a través de actos administrativos cuya legalidad, según estos

tribunales, no puede ser juzgada por los particulares, en este caso los árbitros.⁹⁸

La interpretación jurisprudencial que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional le han dado a la procedencia del arbitraje en materia de contratación estatal es el punto central en torno al cual gira el presente trabajo de investigación. La utilización del arbitraje en materia de contratación estatal es frecuente e importante en nuestro país; sin embargo, se considera que los criterios expuestos por estas Corporaciones con respecto a la revisión de actos administrativos constituyen una significativa limitación a la aplicación del arbitraje en materia de contratación pública en Colombia, muy a pesar de que ni la Constitución ni la ley lo hayan dispuesto así de manera expresa.

La piedra angular sobre la cual han cimentado sus posiciones el Consejo de Estado y la Corte Constitucional son las finalidades de carácter general o público que deben guiar a los contratos estatales y a los actos administrativos proferidos en desarrollo de las cláusulas exorbitantes, las cuales no son transigibles pero se constituyen para los contratistas privados, tanto nacionales como extranjeros, en uno de los presupuestos básicos para incluir la cláusula compromisoria en los contratos con la Administración.

A continuación se expondrán las posiciones que han establecido tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional para efectos de negarles a los árbitros la posibilidad de revisar los actos administrativos en materia de

⁹⁸ HOYOS DUQUE, Ricardo. Las vicisitudes jurisprudenciales del arbitraje en la contratación estatal.: Apuntes Jurídicos. Consultado en <http://asociaciondeabogados.udea.co/Apuntes1.pdf>

contratación pública, en desmedro de la facultad jurisdiccional que la Constitución y la ley les confieren.

3.1. POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO.

La jurisprudencia de la Sección Tercera⁹⁹ del Consejo de Estado ha considerado que los árbitros carecen de la competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos por las siguientes razones: (i) la innegociabilidad del ejercicio de las potestades públicas y la indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, y (ii) el carácter privativo de la jurisdicción contencioso administrativa para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.¹⁰⁰ Esta posición es aplicable en materia de contratación estatal, donde la actuación de las entidades públicas se canaliza a través de la realización de actos administrativos.

Sin embargo, a pesar de la tendencia nugatoria que ha manejado el Consejo de Estado con relación a la procedencia del arbitraje en materia de contratación pública, esta corporación admitió que el juez arbitral está facultado para decidir acerca de las controversias suscitadas con ocasión de la liquidación unilateral del contrato estatal por parte de la administración, cuando dentro del acto administrativo se incorporan elementos predicables de los negocios de los particulares.

⁹⁹ El artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, mediante el cual se expidió el reglamento del Consejo de Estado, establece como una de las funciones de la Sección Tercera de dicha corporación, conocer de las controversias de naturaleza contractual de la Administración Pública.

¹⁰⁰ HOYOS DUQUE, Ricardo. Ob. Cit.

3.1.1. La Innegociabilidad del Ejercicio de las Potestades Públicas.

El Consejo de Estado ha sostenido que ““las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado. En su ejercicio se encuentran comprometidos la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, que constituyen elementos integradores del orden público.”¹⁰¹ Esta tesis tiene su basamento en los artículos 14 a 18 de la ley 80 de 1993 dado que allí, de manera imperativa, se faculta a las entidades estatales, como emanación del poder soberano del Estado, para proteger los intereses de la sociedad en general, tanto desde el punto de vista patrimonial como del servicio público dado que este último es uno de los fines esenciales del Estado (art. 365 CPC).

El Consejo de Estado considera que cuando una entidad estatal actúa en ejercicio del poder público conferido por la Constitución y la ley (*ius imperium*), sólo la jurisdicción de lo contencioso administrativo está facultada para conocer de las controversias suscitadas en relación con los actos administrativos proferidos por dichas entidades en razón de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato estatal, y así ¹⁰², y así lo sustenta:

“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

¹⁰¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 16973 de junio 8 de 2000. C. P. Alier Hernández Enriquez.

¹⁰² Recuérdese que, conforme se explicó anteriormente en el capítulo de arbitraje, uno de los presupuestos necesarios para su procedencia, es la existencia de un conflicto de carácter transigible.

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.”¹⁰³

En otro pronunciamiento relacionado con este mismo tema, dicha corporación hace extensivo a los actos administrativos proferidos con fundamento en las cláusulas exorbitantes, el carácter de intransigible que le atribuye a las potestades públicas: “es cuestión incontrovertible que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos originados en un contrato cuyo juzgamiento radica en sede arbitral, no puede ser materia sometida a juzgamiento de árbitros, desde luego que tal juicio de valor no constituye objeto de transacción, dicho de otra manera, solamente el Juez Contencioso Administrativo resulta ser el competente para juzgar la legalidad o ilegalidad de tales actos emanados de las potestades exorbitantes de la administración.”¹⁰⁴

Dentro del ejercicio de las potestades públicas se incluye el ejercicio de las facultades exorbitantes que la ley le confiere a las entidades estatales en materia de contratación pública. Los conflictos que se originan en materia de contratación estatal con ocasión del ejercicio de éstas por parte de las entidades estatales también han sido excluidos de la competencia de la justicia arbitral por la jurisprudencia del Consejo de Estado. En opinión de esta corporación, el juzgamiento de estas controversias es de su exclusiva competencia en razón del fin al cual están destinados a servir esta clase de

¹⁰³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 16394 de febrero 23 de 2000. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁰⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de noviembre 11 de 1993. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

actos: el orden público. Con relación a este tema, estableció que, “queda a salvo de la competencia del arbitramento, todo cuanto concierna al orden público, que mal podría quedar en manos y a voluntad de los particulares, como sí ocurre, en cambio, con lo referente al orden privado. Se evidencian, entonces, temas que no son negociables y que son de carácter unilateral, más exactamente, que tienen origen en la administración y en el ejercicio de sus poderes exorbitantes, los cuales por su naturaleza no son de la órbita del arbitramento.”¹⁰⁵

Con fundamento en lo anterior se puede afirmar que el contrato administrativo deslinda la autonomía de la voluntad privada en los aspectos contenidos en las denominadas cláusulas exorbitantes. Allí la voluntad del contratista se constituye en la voluntad del administrado u obligado, y en tal sentido nunca adquiere la calidad de par o igual frente a la administración. Por ello, negar la posibilidad de atribuir al conocimiento de los tribunales de arbitramento la legalidad de los actos administrativos emitidos en desarrollo del acto contractual es tanto como abolir los apartes pertinentes del Estatuto Contractual que facultan a los contratistas para interponer el recurso de reposición ante la entidad contratante respecto de la interpretación, modificación y terminación unilaterales de dichos contratos. Más aún, se estaría ante una expresa derogatoria por parte del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional de lo previsto en el artículo 70, inciso 2, del Estatuto de Contratación Administrativa, y de contera se llevaría por la borda el inciso 4 del artículo 116 de la Carta Política.

¹⁰⁵ CONSEJO DE ESTADO, Expediente 16394, Ob. Cit.

3.1.2. El carácter privativo de la jurisdicción contencioso administrativa para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

El Consejo de Estado ha sostenido en reiteradas oportunidades que el juzgamiento de la legalidad o la ilegalidad de los actos administrativos le corresponde de manera exclusiva a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. El planteamiento de esta tesis incluye, por supuesto, aquéllos actos administrativos que realizan las entidades estatales con ocasión de los contratos estatales.

El análisis efectuado por el Consejo de Estado para llegar a esta conclusión es análogo al que se planteó en materia del ejercicio de las potestades públicas por parte de las entidades estatales, y arroja como conclusión que el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos es un asunto de orden público, que por lo tanto es intransigible. Al respecto ha señalado esta corporación lo siguiente:

“Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la

administración para revocar sus propios actos.”¹⁰⁶ (subraya fuera del texto).

La posición del Consejo de Estado con relación al carácter privativo de la jurisdicción contencioso administrativa para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos que se profieren con ocasión del contrato estatal fue argumentado claramente en sentencia de junio 8 de 2000¹⁰⁷, cuyos puntos centrales con relación a este tema, se sintetizan a continuación:

1. Una primera lectura de los artículos 70 y 71 de la ley 80 conduciría a pensar que el legislador de 1993 excluyó cualquier limitación con relación a la competencia de los árbitros para conocer de las controversias que se originen con ocasión de los actos administrativos contractuales, permitiéndoles conocer y decidir sobre su legalidad.

2. Dicha apreciación resulta equivocada, por cuanto ningún funcionario público, ni los particulares en ejercicio de una función pública, pueden atribuirse funciones no otorgadas de manera expresa por la ley: la ley 80 en ningún momento dotó expresamente a los tribunales de arbitramento con la facultad de pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

3. El artículo 77 de la ley 80¹⁰⁸, establece que los actos administrativos proferidos con ocasión del contrato estatal solo son susceptibles del recurso de

¹⁰⁶ Expediente 16394. Ob. Cit.

¹⁰⁷ Expediente 16973. Ob. Cit.

¹⁰⁸ El artículo 77 de la ley 80 establece que “*Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de la acción contractual de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.*”

reposición y la acción contractual. El Consejo de Estado establece que “*la acción contractual de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo, como lo pregona la exigencia legal, sólo se puede ejercer ante la jurisdicción contencioso administrativa, de acuerdo con las estrictas reglas de competencia que están previstas en los arts. 128, num. 6, 132, num. 5, 134B, num. 5 y 134 D, lit. d) del mismo código.*”

4. Esta disposición, en opinión del Consejo de Estado es un desarrollo del precepto que establece el artículo 238 constitucional¹⁰⁹, “*a cuyo imperio la suspensión de los actos administrativos, en sede judicial, ha sido atribuida exclusivamente al juez administrativo. Es por esto que el solo silencio de la ley 80 de 1993 en cuanto a las limitaciones de los árbitros, no puede concluir que los tribunales de arbitramento pueden ejercer dicha competencia.*”¹¹⁰ (subraya fuera del texto).

5. La ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, señala con precisión los órganos que integran la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Consejo de Estado, tribunales y jueces administrativos), y dentro de estos no se encuentran los tribunales de arbitramento.

El Consejo de Estado asume una posición interpretativa orgánica o funcional para abrogarse de manera exclusiva y excluyente la competencia para conocer acerca de las acciones en contra de los actos administrativos que se produzcan

¹⁰⁹ El artículo 238 de la Constitución establece lo siguiente: “*La jurisdicción contencioso administrativa 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.*”

¹¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Expediente 16973, Ob. Cit.

con motivo u ocasión de la actividad contractual estatal. La fuente normativa la dirige a los artículos 236 y 238 de la Carta, en los cuales el Constituyente del 91 determinó las atribuciones del Consejo de Estado, y por ende, de la jurisdicción contencioso administrativa, preceptiva superior desarrollada por la ley 270 de 1996.

Igualmente, se considera que no debe perderse de vista que la interpretación de la Constitución Política debe efectuarse de manera integral partiendo de los valores incorporados tanto en el preámbulo como en el Título I denominado “De los Principios Fundamentales”, primando la prevalencia del interés general, concomitante con uno de los fines esenciales del Estado cual es de “Facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación”.

En este sentido, y como quiera que el arbitramento que pacten las entidades administrativas será en derecho, no puede aducirse que el fallo proferido desborda la esfera de la función jurisdiccional por cuanto se haría nugatoria la filosofía del inciso 4 del artículo 116 Superior en donde se describen los órganos y entidades que administran justicia, y así debe interpretarse el precepto específico de la Ley Estatutaria 270 de 1996. Una interpretación teleológica de dichas disposiciones permite establecer que el ejercicio de la función jurisdiccional no es predicable de manera exclusiva y excluyente de los órganos que integran la estructura judicial, y por el contrario se extiende a los árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho, y en tal virtud

administran justicia según se desprende de la interpretación hermenéutica de los incisos 1 y 4 del artículo en estudio.

El Consejo de Estado reafirma su postura respecto de la innegociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, de la indisponibilidad de los actos administrativos, de la naturaleza jurídica de la justicia arbitral y de los alcances de la misma, argumentando lo siguiente:

“1° La jurisdicción contencioso administrativa se encuentra establecida por la Constitución y la ley para resolver, de manera exclusiva y excluyente, los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos y los efectos que sean consecuencia directa de ella.

“2° La cláusula general de competencia atribuida por la Constitución Política y la ley al juez administrativo, respecto del juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos, es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, porque es un regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado. Un acuerdo en contrario estaría viciado de nulidad absoluta por existir objeto ilícito.

“3° La justicia arbitral puede ser habilitada por las partes para conocer y resolver controversias en materia de contratación estatal, en todos aquellos asuntos de carácter transigible que surjan entre personas capaces de transigir (art. 111, ley 446 de 1998).

“4° Cuando la administración hace uso de sus poderes exorbitantes, produciendo una decisión, que se materializa en un acto administrativo, aquella solamente puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa, y no puede ser sometida al conocimiento de la justicia arbitral, porque la regla de competencia establecida por la Constitución y la ley para dilucidar su legalidad es de orden público y, por ende, intransigible.”¹¹¹

Concluye el Consejo de Estado que “las anteriores consideraciones tienen vigencia y aplicación dentro del régimen establecido en la ley 80 de 1993, el

¹¹¹ *Ibídem.*

cual, si bien no consagró expresamente la limitación de la competencia del juez arbitral sobre esa materia, no por esa circunstancia puede deducirse que dicha limitación desapareció del ordenamiento jurídico”.¹¹²

Contrario sensu, es válido afirmar que si el legislador no consagró la limitación de la competencia del juez arbitral, no le es dable al funcionario jurisdiccional por vía de sentencia crear una excepción legal, ya que estaría invadiendo la esfera funcional de la Rama Legislativa, que establecen los artículos 114 y 150 constitucionales.

3.1.3. Procedencia del arbitraje en el evento de la liquidación unilateral del contrato por parte de las entidades estatales.

La tendencia de la jurisprudencia del Consejo de Estado ha limitado la procedencia del arbitraje para efectos de ejercer un control de legalidad de los actos administrativos en materia de contratación estatal, conforme se expuso anteriormente. Sin embargo, la jurisprudencia de dicha corporación ha avalado el conocimiento por parte de los árbitros del acto administrativo contentivo de una liquidación unilateral del contrato por parte de las entidades estatales, en los términos que se explican a continuación.

La tesis que había sostenido tradicionalmente el Consejo de Estado con relación a la liquidación unilateral de los contratos es la siguiente:

“La liquidación unilateral de los contratos estatales, en tanto decisión de la administración proferida en ejercicio de potestad estatal expresa que le confiere la ley (artículo 61 de la ley 80 de 1993) para finiquitar el contrato, es un acto administrativo, en cuanto constituye expresión de voluntad unilateral de la entidad

¹¹² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 19333 de 2004. MP Germán Rodríguez Villamizar.

estatal contratante en uso de función administrativa, que comporta al propio tiempo la utilización de una prerrogativa propia y exclusiva del Estado, dirigida a poner término a una determinada relación contractual, que escapa a las posibilidades, facultades o derechos que los particulares tienen en este tipo de negocios jurídicos, y cuyo juzgamiento de legalidad, dada su naturaleza jurídica de acto administrativo, como ya se indicó, es competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción contencioso administrativa, de la cual no son parte los jueces arbitrales.”¹¹³

El Consejo de Estado, mediante sentencia de julio 4 de 2002, aclaró su posición con relación a la liquidación unilateral de los contratos estatales, ya que en su criterio, esta clase de actos incluyen aspectos donde se presenta un acuerdo de voluntades entre las entidades estatales actuando como un particular y los contratistas, que bien pueden ser objeto de conocimiento por parte del juez contencioso administrativo, o el juez arbitral. Al respecto, precisó lo siguiente:

“El acto de liquidación de los contratos, aún en los eventos en que ésta se hace en forma unilateral por parte de la administración pública, tiene una composición o contenido diverso o plural, y no exclusivamente unilateral o fruto del ejercicio de autoridad, porque, bien puede suceder, y es lo más usual o más frecuente, que contenga puntos o aspectos producto del acuerdo de las partes contratantes, u otros que expresen la decisión de la administración de reconocer o negar la existencia de las obligaciones jurídicas como consecuencia de peticiones o reclamos del particular contratista, pero, que no entrañan ni constituyen el ejercicio de una prerrogativa o autoridad propia y exclusiva del poder público en uso de función administrativa, sino, simplemente, la voluntad de la entidad estatal contratante de reconocer, asumir o negar una determinada prestación frente al particular contratista, en la misma forma en que se desarrollan las relaciones contractuales entre particulares, respecto de las cuales, frente al disenso o inconformidad que pudiera tener la parte afectada con tal decisión, bien puede ésta acudir al juez contencioso o al arbitral para que dirima la controversia existente sobre dicho aspecto.”¹¹⁴

¹¹³ Ibídem.

¹¹⁴ Ibídem.

Parte el Consejo de Estado de la premisa de la mixtura de los actos de liquidación de los contratos, en el entendido que en dichos textos se incorporan contenidos emanados tanto de las cláusulas exorbitantes como propios de los particulares, asunto que no es buen recibo porque los actos administrativos no admiten dualidades dado que de su naturaleza jurídica se desprende la creación, modificación o extinción de derechos y deberes de manera general, impersonal o abstracta, o con carácter individual, personal y concreto. Pareciera que este criterio jurisprudencial se remite al Decreto Ley 222 de 1983, que en su oportunidad se ocupaba de los contratos privados de la administración, norma que fue totalmente derogada en su filosofía y en su contenido por la ley 80 de 1993.

3.2. POSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

De manera similar al enfoque adoptado por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional se ha negado a admitir la procedencia del arbitraje en materia de contratación estatal; esa reticencia se acentúa especialmente con relación a aquellos conflictos que se originan con ocasión del ejercicio de las potestades exorbitantes por parte de las entidades estatales.

Las características básicas constitucionales de la actuación arbitral han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación:

1. Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o árbitros.
2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional con carácter de función pública y se concreta en la expedición de los fallos en derecho o en equidad.
3. En la función de administrar justicia, los árbitros deben estar habilitados por las partes en conflicto, en cada caso concreto.
4. El ejercicio arbitral de la función pública de administrar justicia se hace en forma transitoria y excepcional, dado el propósito y finalidad consistente en la solución en forma amigable de un determinado conflicto, por lo que las funciones de los árbitros terminan una vez proferido el laudo arbitral.
5. Corresponde a la Ley definir los términos en los cuales se ejercerá dicha función pública, lo cual implica que el legislador adopte las formas propias del proceso arbitral.
6. Las materias susceptibles de arbitramento son aquéllas que pueden ser objeto de transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto a los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición.¹¹⁵

La Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 70 de la Ley 80 y estableció que en los contratos estatales se puede pactar la cláusula compromisoria, "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

¹¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 1997. Ob. Cit.

administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales".¹¹⁶ Este fallo se fundamenta en reiteradas jurisprudencias del Consejo de Estado proferidas con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991 y de la ley 80 de 1993 y en otras emanadas de la misma Corporación luego de la expedición de los dos textos jurídicos antes mencionados. Se está, entonces, frente a un fallo en el cual la Corte Constitucional acepta de manera contundente los criterios jurisprudenciales del acervo doctrinal del Consejo de Estado y reitera lo expresado en la Sentencia C-294 de 1995 en la cual la Corte sostuvo la imposibilidad de que los árbitros pudiesen conocer de la legalidad de los actos administrativos proferidos por las entidades estatales en desarrollo de los procesos ejecutivos.

Respecto de los conflictos que se originan con ocasión del ejercicio de las potestades exorbitantes por parte de la Administración, la Corte Constitucional ha sido tajante al establecer que el conocimiento de dichas controversias sólo puede ser examinada por la jurisdicción contencioso administrativa, de manera privativa, mostrándose opuesta al hecho de que tales asuntos puedan ser del conocimiento de particulares investidos con funciones jurisdiccionales, de manera transitoria. Al respecto ha señalado lo siguiente: "las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que toma 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."¹¹⁷

¹¹⁶ Sentencia C-1436 de 2000. Ob. Cit.

¹¹⁷ Sentencia C-1436 de 2000. Ob. Cit.

La Corte, siguiendo los lineamientos del Consejo de Estado, ha determinado que la expedición de actos administrativos por parte de las entidades públicas es una manifestación del orden público, y que en tal razón las partes del contrato estatal no pueden disponer o transigir acerca de ellas, lo cual conlleva a que la justicia arbitral no pueda conocer acerca de los conflictos que se originan con ocasión de los mismos. En efecto, el Alto Tribunal ha sostenido lo siguiente en Sentencia C-1436 de 2000:

“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... esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así estos 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 ese 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.”

Otro de los argumentos esgrimidos por la jurisprudencia constitucional para negarle a la justicia arbitral el conocimiento acerca de los conflictos originados en el contrato estatal es la de garantizar el respeto del campo de acción de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: “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 aquélla resulte privilegiada frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que

ésta puede verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción.”¹¹⁸

Se considera que esta posición resulta especialmente reprochable, en razón de que demuestra matices de cierto recelo por parte de la rama judicial, hacia la justicia arbitral; el hecho de que los árbitros sólo sean investidos de funciones jurisdiccionales de manera transitoria no menoscaba la condición de jueces que les atribuyen la Constitución y la ley, especialmente, si se tiene en cuenta que la finalidad principal a la cual debe servir la función jurisdiccional es la de administrar justicia de una manera pronta y eficiente, lo cual se sobrepone, desde cualquier punto de vista, al campo de acción de las autoridades judiciales.

La cláusula compromisoria encuentra una seria limitación bajo el entendido absoluto y pleno del fallo contenido en la Sentencia C-1436 de 2000, dado que los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, que regulan la materia pertinente, superaron el control de constitucionalidad bajo la precisión de que los árbitros “no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”. Frente a esta precisión jurisprudencial la doctrina, tanto al interior de la misma Corte como la de la academia, ha expresado que esta limitante a los árbitros es violatoria de la filosofía que acompañó al Constituyente de 1991 en lo pertinente con el contenido del inciso 4 del artículo 116, que si bien fue el resultado de múltiples discusiones al interior de dicha Asamblea no puede dejarse de lado que uno de los primeros textos aprobados por la Comisión

¹¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-672 de 1999. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Cuarta de dicho ente incorporaba a “los organismos de conciliación y arbitraje” como una de las entidades o instituciones administradoras de justicia.¹¹⁹

Los Magistrados Álvaro Tafur Galvis y Cristina Pardo Schlesinger salvaron su voto a la Sentencia C-1436 de 2000 argumentando el primero de ellos lo siguiente:

“Si bien es cierto que la competencia para el juzgamiento y decisión de actos administrativos corresponde a la jurisdicción en lo contencioso administrativo y que esta misma puede, por los motivos y con los requisitos que “establezca la ley” suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, nada se opone a que la ley pueda habilitar a los árbitros de litigios surgidos de un contrato para que realicen, de manera más o menos amplia, y en ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, el conocimiento y juzgamiento del contrato, en su conjunto y atendidas las particularidades que le son propias conforme a la ley.

Es sabido que el contrato estatal tiene una finalidad de interés general y que, en los términos de la ley, en sus estipulaciones deben considerarse comprendidas las potestades inherentes al Estado, necesarias para la consecución cabal del objeto contractual. En esa medida, la materia contractual estatal puede llegar a constituir una unidad que no siempre es fácil de escindir y que muy seguramente la escisión que se pretendiera atentaría contra los principios constitucionales y legales propios de la administración de justicia.

Este razonamiento, bien es cierto, puede conducir tanto a negar como a afirmar la posibilidad de confiar el juicio por árbitros de la contratación estatal, pero resulta que la ley dentro de su libertad de configuración ha optado por la posibilidad de que se confié el juicio a particulares, previamente investidos de la jurisdicción estatal, que actúan en cada caso específico, con la sola limitación consistente en que la materia contractual sometida a decisión sea susceptible de transacción. De allí ha de seguirse que el legislador bien podría modificar el mandato estatutario y abarcar otros aspectos”.¹²⁰

¹¹⁹ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Gaceta Constitucional No. 66, p 15.

¹²⁰ TAFUR GALVIS, Álvaro, Salvamento de Voto, Sentencia C-1436 de 2000.

Si bien el Magistrado Tafur, que disiente de la posición mayoritaria, no ahonda en el punto neurálgico del problema, permite introducir un tema que es propio de la rama jurisdiccional, dado que a partir del momento en que los particulares y la entidad pública contratante incorporan en el contrato administrativo la cláusula compromisoria derogan parcialmente la jurisdicción administrativa en su parte orgánica, más no en la funcional, porque el fallo proferido por el tribunal de arbitramento, conocido como laudo arbitral, es susceptible del recurso de anulación previsto en el Decreto Ley 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo. Además el acuerdo 58 de la sala plena del Consejo de Estado establece en el numeral 9 de la sección tercera del artículo 13 como función de la sala tercera conocer de “los procesos de nulidad de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales”.

Por su parte, y respecto de la Sentencia C-1436 de 2000, la Magistrada Pardo Schlesinger fundamentó su inconformidad con la decisión mayoritaria con los siguientes argumentos:

“En el caso de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de las llamadas cláusulas exorbitantes, resulta evidente que la administración no puede renunciar al ejercicio de las facultades excepcionales para proferirlos, pues ellas las ostenta por razones que tocan con el interés general. Pero los derechos que adquiere en virtud del ejercicio de dichos poderes, son cosa distinta de los poderes mismos, y ellos si pueden ser renunciados. Tan es así, que la misma Administración, por fuera del supuesto arbitral, podría revocar unilateralmente dichos actos, y así renunciar a los derechos que en virtud de ellos hubiera podido adquirir la Administración.

Luego la posibilidad de pactar arbitramento sobre el contenido de los actos administrativos de carácter particular que se expiden en ejercicio de las facultades exorbitantes reconocidas a la Administración en materia contractual, no desconoce per se la reserva de materia transigible señalada por disposiciones de

naturaleza estatutaria, ni tampoco se opone a la Constitución que expresamente o menciona ninguna limitante al respecto”.¹²¹

Precisa la Magistrada que en virtud de la relación contractual por parte de la administración estatal surgen unos actos administrativos singulares, subjetivos y concretos, es decir, los denominados actos administrativos de carácter particular, llamados así porque van dirigidos a una determinada persona, en este caso el contratista particular. De allí se puede deducir que si en la cláusula compromisoria se pactó como objeto de los árbitros que han de decidir en derecho el conocimiento de la legalidad de los actos administrativos proferidos con ocasión de la aplicación de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, los árbitros podrán decidir en derecho, dado que su función es jurisdiccional, así ésta tenga límites temporales y materiales.

Retomando los Salvamentos de Voto ya anotados, y siguiendo una postura académica, la doctrinante Mónica Liliana Ibagón sostiene que si el artículo 71 de la ley 446 de 1998 dispone que “cuando medie un acto administrativo de carácter particular podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo, y si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual se entenderá revocado el Acto y sustituido por el acuerdo logrado”, se pueden formular los siguientes interrogantes:

- “a) ¿Por qué se admite que el acto se entiende revocado como resultado de una conciliación de una entidad estatal y se prohíbe a los árbitros que se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, expedido en virtud de las potestades exorbitantes de la administración?
- b) Dicho en otras palabras: ¿Por qué el Estado puede transigir sobre la legalidad de estos actos administrativos y se prohíbe que la justicia arbitral se pronuncie sobre esta materia?

¹²¹ PARDO SCHLESINGER, Cristina. Salvamento de Voto, Sentencia C-1436 de 2000.

c) Si el legislador limitó la competencia de los árbitros a aquellas materias susceptibles de transacción y la legalidad de estos actos administrativos es susceptible de transacción ¿por qué se niega la competencia de la justicia arbitral para conocer de esta cuestión?”.¹²²

Los reparos anotados por la doctrina a las decisiones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en el sentido de desconocer la competencia de los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos en virtud de las potestades excepcionales encuentran asidero en el principio constitucional que le asiste a todo ciudadano de acudir a la administración de justicia a fin de obtener un fallo pronto y eficaz. Igualmente existe un basamento constitucional en los principios que enseñorean a la función administrativa, tales como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, todos dirigidos al servicio de los intereses generales.

De otra parte, con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, y con fundamento en el artículo 9 Superior, Colombia ha suscrito un buen número de tratados internacionales en los cuales se aplican los principios de la libre empresa y de la internacionalización de la economía, más aún, las disposiciones tributarias internas facilitan el acceso de bienes, servicios y capitales foráneos por intermedio de empresas internacionales, las cuales, en la mayoría de los casos, acuden a los entes estatales para suscribir contratos administrativos cuyo objeto es la ampliación del mercado. De prosperar la tesis del Consejo de Estado, acogida por la Corte Constitucional, y de no precisarse

¹²² IBAGON, Mónica Liliana. Competencia de la justicia arbitral para conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales, proferidos en uso de facultades exorbitantes de la administración pública. Artículo publicado en: Revista de Jurisprudencia Administrativa No. 3, Nov. De 2002, Universidad Externado de Colombia, p 57.

por vía legal las funciones de los árbitros, se estaría colocando un obstáculo a la inversión extranjera, en detrimento del desarrollo económico del país.

Se comparte la tesis de la doctrina opositora a los fallos antes señalados en el sentido de que la actuación de los árbitros investidos transitoriamente de la función de administrar justicia sólo puede ser determinada por la ley. Así lo expresa la última frase del inciso 4 del artículo 116 Constitucional, y por ende las interpretaciones prolijas y sesudas de los Altos Tribunales de Administración de Justicia irrumpen en el fuero de la Rama Legislativa del Poder Público, única competente para expedir las leyes, tal como lo expresa el artículo 150 de la Constitución Política, reiterado además por la lineal jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3.3. CRÍTICA A LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.

A pesar de la consagración constitucional del arbitraje (artículo, 116 literal 4), el desarrollo normativo (artículos 70 y 77 de la Ley 80 de 1993) de dicho precepto ha generado un debate jurídico del cual han surgido posiciones a favor y en contra de la posibilidad de la procedencia del arbitraje en materia de contratación estatal para efectos de la revisión de los actos administrativos que profiere la Administración en dicho escenario, especialmente, cuando lo hace en ejercicio de facultades excepcionales.

Conforme se explicó anteriormente, la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en contravía de la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre la legalidad del acto administrativo, especialmente cuando se trata del ejercicio de potestades excepcionales. Aunque el Consejo de Estado admitió la

posibilidad de someter al conocimiento de la justicia arbitral los actos de liquidación del contrato administrativo por parte de la entidad contratante¹²³, la posibilidad de hacerlo con respecto a otros actos administrativos sigue vedada.

Lo cierto es que conforme pasan los años y según ha cambiado la composición de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, algunos actos administrativos de la actividad contractual han “mutado” para convertirse a veces en exorbitantes (caso de las multas¹²⁴) y a veces para salvarse del juez natural y poder ser conocido por el arbitro (caso de la liquidación). El abanico de conflictos contractuales susceptibles de ser conocidos por el juez arbitral se abre o cierra según la composición de las Cortes.

La tesis defendida en el presente trabajo de grado se opone a la posición que han adoptado las altas cortes, por cuanto se considera que existe una serie de razones jurídicas que permitirían ampliar la procedencia del arbitraje para efectos de revisar los actos administrativos en materia de contratación estatal, que se exponen a continuación:

1. El artículo inciso 4 del artículo 116 de la Constitución le atribuye la posibilidad de ejercer función jurisdiccional a los particulares en la calidad de árbitros o conciliadores de manera transitoria, en los términos establecidos por la ley.

¹²³ Consejo de Estado. Expediente 19333. Ob. Cit.

¹²⁴ Consejo de Estado. Expediente 21574 de 30 de julio de 2008. En efecto, esta sentencia contribuye a mostrar lo antitécnico de la posición jurisprudencial cuando en algunos casos indica que ciertos actos administrativos –exorbitantes o no según la Ley - son susceptibles de ser conocidos por los tribunales arbitrales. Con los años ya van dos actos que han presentado conflictos: la liquidación y las multas.

El arbitraje ha sido tradicionalmente considerado como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, pero se considera que dicha apreciación resulta equivocada, ya que a dicha institución se le atribuye el ejercicio de la función jurisdiccional, situación que no se presenta en los demás mecanismos con los cuales se le pretende comparar¹²⁵. El árbitro ejerce una función netamente jurisdiccional, sujeta a unos límites de carácter material y temporal, pero los laudos que profieren constituyen decisiones judiciales que producen efectos de cosa juzgada de igual manera a lo que sucede con las decisiones de los jueces.

El desarrollo legislativo que se le ha dado al inciso 4 del artículo 116 de la Constitución ha generado los problemas a los que se ha hecho referencia respecto a la aplicación práctica del arbitraje, al establecer que sus pronunciamientos solo pueden versar sobre asuntos de carácter transigible (artículos 13 de la Ley 270 de 1993 y 111 de la Ley 446 de 1998).

El artículo 70 de la Ley 80 establece la posibilidad de someter al conocimiento de los árbitros las diferencias que surjan con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato; la interpretación de dicha norma da a entender que los tribunales de arbitramento podrían

¹²⁵ Se considera que el constituyente erró al equiparar las calidades de los árbitros con la de los conciliadores al establecer que ambos ejercen la función jurisdiccional debido a que en la conciliación son las partes mismas quienes gestionan la solución de sus diferencias, y el conciliador obra como un mero ayudante para tales efectos (artículo 64 de la Ley 446 de 1998), mientras que el árbitro sí ejerce una función jurisdiccional propiamente dicha, y sus decisiones tienen efecto de cosa juzgada, tal y como ocurre con las sentencias de un Juez de la República.

pronunciarse respecto a la totalidad de las diferencias que se originen con ocasión del control estatal.

Por otra parte, el artículo 77 establece que los actos administrativos que se produzcan con ocasión de la actividad contractual solo podrán ser sometidos al conocimiento del juez contencioso administrativo a través de la acción de controversias contractuales, razón por la cual esta disposición se ha erigido como la premisa principal para que la jurisprudencia nacional haya negado la posibilidad de que el juez arbitral se pronuncie acerca de la legalidad de los actos administrativos en materia de contratación estatal.

Con posterioridad a la expedición de la Ley 80 se promulgó la Ley 446 de 1998, que en el párrafo de su artículo 116¹²⁶ establece que a los árbitros se les permite conocer acerca de la existencia y la validez del contrato, estipulación que se considera necesaria por ser esencial para el arbitraje. Dicha disposición reviste una especial importancia porque de no existir, podría formularse la siguiente pregunta: ¿qué sentido tiene la consagración de una justicia arbitral cuyos fallos versan sobre asuntos originados en un contrato afectado de una nulidad o invalidez acerca de las cuales se podría pronunciar con posterioridad el juez administrativo? De no existir esta disposición legal, los laudos arbitrales se verían enfrentados a un serio problema de prejudicialidad.

¹²⁶ El párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998 establece lo siguiente: “*La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al proceso arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.*”

Resulta apenas lógico permitirle al juez arbitral realizar un análisis previo que verse acerca de la existencia y la validez del contrato del cual se derivan las controversias que se someten a su conocimiento para efectos de brindarle una mayor seguridad jurídica a las decisiones que profiere.

El hecho de que se le permita al juez arbitral pronunciarse sobre la existencia y la validez del contrato debería permitirle hacerlo acerca de la totalidad de las controversias que se originen con ocasión del mismo en desarrollo del principio legal que establece que quien puede lo más, puede lo menos.

2. Los artículos 15 y 16 de la Ley 80 prevén la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo acerca de la interpretación y la modificación del contrato estatal, y sólo en el evento de que las partes no se pongan de acuerdo respecto a estos asuntos podrá la Administración pronunciarse de manera unilateral sobre los mismos.

El hecho de que la interpretación y la modificación de las condiciones de un contrato estatal puedan someterse al acuerdo de las partes denota su carácter transigible; la disposición unilateral de las autoridades administrativas respecto a esos asuntos es una manifestación de su posición especial en una relación que plantea la desigualdad entre las partes, pero ello no desnaturaliza el carácter transigible de dichos asuntos, los cuales, de manera posterior al acuerdo deberán reflejarse en un cambio del contenido del contrato.

Respecto al ejercicio de la potestad excepcional de caducidad, la ley le permite a las autoridades administrativas la posibilidad de abstenerse de declararla¹²⁷, situación que implica una capacidad de disposición por parte de la Administración acerca de los efectos que genera el ejercicio de dicha potestad excepcional; debido a que se trata de una materia de la cual pueden disponer las autoridades administrativas, se trata de un asunto sobre el cual pueden transigir, y por ende, someter al conocimiento del juez arbitral.

En últimas, los asuntos que son objeto del ejercicio de las potestades excepcionales por parte de la Administración son susceptibles de disposición por parte de aquellas según lo establece la ley misma quien permite establecer acuerdos sobre los mismos. Por tal motivo se considera que se equivocan el Consejo de Estado y la Corte Constitucional al establecer de manera tan tajante su intransigibilidad.

3. Aún en el evento de que se aceptara la posición adoptada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, de negar la posibilidad de que el juez arbitral revise la legalidad de los actos administrativos de la entidades estatales en materia de contratación estatal, se considera atinado el planteamiento realizado por la magistrada Pardo Schlesinger en su salvamento de voto de la Sentencia C-1436 de 2000 al que se hizo referencia anteriormente.

Se considera que los pronunciamientos arbitrales no se circunscriben estrictamente a la decisión acerca de la posibilidad de ejercer la función

¹²⁷ El inciso 1 del artículo 18 de la Ley 80 establece lo siguiente: “*En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado...*”

administrativa por parte de las autoridades administrativas, ni acerca de los intereses de carácter colectivo a los que ésta atiende.

Sus pronunciamientos hacen referencia a los efectos que se generan a partir de la actuación, incluso cuando lo hacen en ejercicio de potestades excepcionales, de las autoridades administrativas en materia de la contratación estatal. Se debe escindir la causa de los efectos que la misma produce: en este caso la causa es el ejercicio de una función administrativa en servicio de unos intereses colectivos por parte de las entidades estatales, mientras que los efectos de esos actos se dan dentro de una relación contractual y generan repercusiones directas en la persona del contratista. Los asuntos que se someten a conocimiento del juez arbitral son los efectos que genera su actuación, no el fundamento legal con base en el cual actúan: no se puede confundir la causa con los efectos.

Bajo ese entendido, no se está de acuerdo con la posición adoptada por la jurisprudencia nacional al negarle al juez arbitral la posibilidad de pronunciarse respecto a los efectos que producen los actos de las autoridades en materia de contratación estatal.

4. El ejercicio de la función jurisdiccional por los particulares en la calidad de árbitros está previsto en la Constitución (artículo 116, literal 4). El hecho de que la ley prevea un procedimiento de arbitraje en derecho, conforme se explicó anteriormente, donde el desarrollo de la función jurisdiccional se le encomiende a unos profesionales instruidos y competentes, diferentes de los jueces de lo

contencioso administrativo, no es óbice para que dicha función se ejerza correctamente. Su actuación debe guiarse en todo caso por lo previsto en la Constitución y la ley, y goza de la presunción de buena fe que consagra el artículo 29 Constitucional y se acompaña por el principio de legalidad.

Se considera que la institución arbitral, más que un rival de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se constituye en una herramienta importante que puede contribuir de manera significativa para solucionar los problemas de congestión que entorpecen la celeridad y eficiencia en la administración de justicia por parte de aquella.

Por esa razón se considera que resulta apremiante que el legislador especifique con mayor claridad el tema de los asuntos transigibles que pueden someterse al conocimiento del juez arbitral en materia de contratación estatal, toda vez que se considera que a falta de una jurisdicción contencioso administrativa que resuelva de manera pronta los asuntos que se someten a su conocimiento resulta importante potenciar la institución arbitral que ha probado ser un mecanismo eficiente para servir a ese propósito.

5. El contrato estatal es un acuerdo de voluntades entre una entidad estatal y un particular que pretende satisfacer una serie de necesidades de carácter general, y cuya salvaguarda se garantiza a través de la atribución de unas facultades excepcionales a la Administración que se ostentan en razón del interés general y que, de acuerdo con la jurisprudencia nacional no son por lo tanto transigibles.

El desarrollo de los contratos estatales requiere de la ejecución de una serie de actos jurídicos por las partes que lo conforman; debido al hecho de que una de éstas es una autoridad administrativa, ésta actúa a través de la expedición de actos administrativos en ejercicio de facultades regladas, entendidos como la manifestación unilateral de la voluntad de la Administración encaminada a producir efectos jurídicos, en ejercicio de la función administrativa.

Los actos que expiden las autoridades en razón del desarrollo del contrato estatal tienen un contenido individual, y cuentan con un alcance particular y concreto, dirigidos a un sujeto determinado: el contratista. Dichos actos son diferentes de los actos administrativos que expide la Administración en un escenario diferente del contractual, donde se hace más evidente el poder de imperio que tienen las autoridades administrativas frente a los administrados, mientras que aquellos se dictan dentro de un escenario contractual de carácter bilateral .

El hecho de que los contratos estatales se desenvuelvan en el marco de una relación contractual, en cuyo desarrollo surgen obligaciones bilaterales, distorsiona el concepto de acto administrativo entendido como una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración¹²⁸, ya que se profieren dentro de una relación contractual cuyos efectos repercuten en la dinámica que debe existir entre las partes para su desarrollo. Por esta razón se considera que deben ser concebidos más como actos contractuales que como actos administrativos en estricto sentido.

¹²⁸ ESCOLA, Héctor, citado en SANTOFIMIO GAMBOA. Ob. cit. p. 141.

Sobre esta apreciación resulta importante hacer uso de las modernas y recientes corrientes del derecho internacional público en materia de inmunidades jurisdiccionales de los Estados¹²⁹, que al paso han venido constituyendo nuevas posiciones de las alta cortes colombianas que exaltan la necesaria distinción entre *acta jure imperium* y *acta jure gestionis*, conductas y expresiones bajo las cuales puede actuar un Estado. En efecto, la distinción entre los conceptos apunta a evidenciar que el Estado ejerce en veces pura gestión pública (*acta jure imperium*) y en otras, desarrolla actuaciones de Estado enmarcadas en relaciones comerciales y transacciones internacionales. La distinción doctrinaria ha sido construida y hoy reflejada en tratados internacionales para responder al hecho de que en ocasiones un Estado extranjero es llamado a juicio ante los tribunales de otro Estado, normalmente por un ciudadano que es nacional de dicho Estado. Ante dicha circunstancia ha surgido el siguiente cuestionamiento: ¿es este Estado llamado a juicio inmune jurisdiccionalmente? Las modernas tesis a la que se hace referencia y se pretende sintetizar para hacerlas extensivas al discurso que ahora plantea en materia de contratación estatal distinguen entonces al Estado como ejecutor puro de gestión administrativa (*acta jure imperium*), pero también como sujeto de transacciones comerciales u operaciones mercantiles (*acta jure gestionis*).

Esta distinción ha convergido en la incorporación del artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidad Jurisdiccional de los Estado y de sus Bienes aprobada por la Asamblea General el 2 de diciembre

¹²⁹ QUINTANA, Juan José; GUZMAN, Gonzalo. De espaldas al derecho internacional: Colombia y la inmunidad de jurisdicción de los Estados. Revista Internacional Law. Num. 08 de 2006. Pág. 53.

de 2004¹³⁰, en donde se plantea como excepción a la inmunidad estatal las transacciones mercantiles y operaciones comerciales, entendidas como las que celebra un ente Estatal para la “compraventa de bienes o prestación de servicios; préstamos o transacciones de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o transacción” y en general “cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios con exclusión de los contratos individuales de trabajo”.

Se considera que es claro que el procedimiento administrativo contractual con el que se selecciona al contratista, esto es, la licitación, la selección abreviada, la subasta o el concurso de méritos, es clara expresión de función pública reglada, pero que deviene en la celebración de un contrato cuyo marco jurídico no es otro que el de las transacciones comerciales (o civiles), según lo que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 enseña cuando establece que “los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”.

Por lo tanto resulta pertinente señalar que aún en la contratación administrativa el Estado se viste de comerciante, sin perjuicio de que persiga intereses ulteriores de orden público y para la satisfacción de la colectividad, lo que desdobra su gestión en actuaciones de imperio, y también en actuaciones de comercio, para que según la corriente del derecho internacional pública

¹³⁰ También otras normas e intentos regulatorios han tratado de abordar el problema: Proyecto de Codificación de la Asociación de Derecho Internacional de 1972, Proyecto del Comité Jurídico Interamericano de 1983, Comisión de Derecho Internacional (trabajos entre los años 1978 y 1991)

podamos ver al Estado como pasible del procedimiento arbitral con ocasión de un contrato estatal, sin que esta corriente moderna distinga si en el contrato hay o no de por medio expresión de voluntad administrativa –léanse cláusulas exorbitantes- , ya que lo único que esta normativa supranacional sugiere es que allá donde el Estado haga negocios, debe desligarse su rol de la gestión administrativa, para llevarlo ante tribunales y jueces, o cuerpos arbitrales, sin gozar de corazas jurídicas que poco a poco pierden fundamento en entornos de operaciones y transacciones internacionales.

CONCLUSIONES

Con la incorporación del Estado colombiano dentro del concierto de naciones que se rigen por los principios y valores del Estado Social y Democrático de Derecho se entronizaron los postulados del Estado interventor y la libre empresa, con lo cual se dio paso a una acelerada apertura económica sin el soporte previo del desarrollo de una economía de mercado interno y de infraestructura vial y tecnológica que permitieran la diseminación de los bienes y servicios a los más recónditos lugares de la geografía nacional. Dentro de este panorama, y con el marco universal de la globalización de la economía y de los medios de comunicación, se expide la ley 80 de 1993 a través de la cual se busca incorporar la economía colombiana a los mercados mundiales. Para tal fin se permea la contratación administrativa, eliminando los contratos privados de la administración al tiempo que se permite la designación de jueces arbitrales por las partes contratantes con el propósito de agilizar los negocios, tanto al interior como allende las fronteras.

Por antonomasia se ha entendido al contrato estatal como un desarrollo de la teoría clásica del contrato, el cual se gestó dentro de las relaciones civiles y mercantiles de las personas, dando paso a la dicotomía actualmente existente entre los negocios privados y los negocios públicos, atendidos a su vez por el contrato privado y el contrato estatal o público. Esta bisección comienza a diluirse en la medida en que se hace el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, dado que una y otra forma contractuales buscan

satisfacer intereses públicos en desarrollo del principio de la función social que comprende áreas tales como el trabajo, la empresa y la propiedad.

La consolidación del Estado nacional y el desarrollo de la teoría del Acto y Contrato Administrativo en el derecho francés prohicieron el principio mediante el cual el Estado debe estar al servicio de los intereses generales, por lo que uno y otro debían dirigirse al cumplimiento cabal de los cometidos estatales. De allí que desde los primigenios textos de la contratación administrativa se incorporó la noción de las potestades exorbitantes descritas como la facultad que tiene la administración de interpretar en forma coercitiva y unilateral aquellas cláusulas que hagan parte de un contrato estatal, así como de darlo por terminado o proceder a su modificación, también de manera unilateral.

La capacidad negociadora del Estado le concedió tal empoderamiento frente a los proveedores nacionales de bienes y servicios que éstos dependían totalmente de las decisiones de los funcionarios estatales, dentro del marco de una economía local de fronteras cerradas; a partir del momento en que los límites se diluyen dando paso a la globalización de la economía, el Estado se constituye en un agente económico que interactúa en el escenario internacional con otros agentes económicos de peso como los particulares (léase corporaciones multinacionales) y las instituciones multilaterales, quienes en razón del poder que detentan en el contexto global cuentan con la posibilidad de contrarrestar la soberanía del Estado, lo cual ha conllevado al surgimiento de un orden supranacional en el sistema de libre comercio.

Una de las expresiones de mayor significación de las facultades exorbitantes de la administración en materia contractual es la caducidad administrativa incorporada desde los primeros textos normativos que regularon la contratación administrativa. A través de ella la entidad estatal aplica la sanción más relevante al contratista incumplido o que no se aviene a los términos contractuales. En desarrollo de este principio la legislación colombiana ha entendido que su correcta aplicación procede a fin de evitar un daño grave no sólo a la relación contractual sino a los intereses generales de la comunidad que espera la terminación de una obra o la prestación de un servicio vital para la vida digna de los asociados.

Los contratos públicos internacionales son útiles al Estado para servir al propósito de participar dentro de la dinámica que plantea la economía de libre mercado. A pesar de que el Estatuto General de Contratación le permite a las entidades celebrar contratos estatales con personas extranjeras (contratos públicos internacionales), establece algunas limitaciones para los contratistas extranjeros, diferentes de aquellas que exige para la celebración de contratos estatales con personas nacionales, lo cual evidencia un rezago de la economía proteccionista propia de los países en vía de desarrollo que se aplicó en Colombia antes de que se adoptara el modelo económico de libre comercio. El predominio de los contratos internacionales frente a los de carácter nacional obligó al Estado colombiano a incorporar el arbitraje no sólo como un mecanismo de solución pacífica de los conflictos sino como una herramienta expedita para atraer a los inversionistas y productores foráneos.

En Colombia el arbitraje se elevó a rango constitucional por primera vez mediante el inciso 4 del artículo 116 de la Carta Política de 1991, que enviste transitoriamente a los particulares de la función jurisdiccional en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, defiriendo en la ley su regulación, aspecto desarrollado mediante las leyes 80 de 1993 y 446 de 1998 a través de las cuales se facultó a las entidades estatales para incorporar en la cláusula compromisoria el arbitraje en derecho, sin que se hubiese regulado lo referente con la prohibición de transar respecto de los actos administrativos proferidos por las entidades contratantes en desarrollo de las facultades exorbitantes, lo que permite concluir que en ausencia de una prohibición expresa, y más bien ante la existencia de una autorización tácita, es totalmente válido facultar a los árbitros para que decidan sobre la legalidad de dichos actos.

Pese al imperio de la Constitución y de la ley, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han fijado sus posiciones jurisprudenciales en el sentido de desconocer la competencia de los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos en virtud de las cláusulas exorbitantes, y en tal sentido han reiterado sus posiciones contrariando el espíritu mismo de las normas y el giro acelerado de los negocios que requiere de mecanismos ágiles de solución de las controversias que se originan con ocasión o en desarrollo de los contratos estatales.

Del análisis de la preceptiva contenida en el artículo 70 de la ley 80 de 1993 no se desprende prohibición alguna respecto de la capacidad de los jueces

arbitrales para conocer de los actos administrativos proferidos por la entidad contratante, aún en desarrollo de las cláusulas exorbitantes, como sí lo expresa abiertamente la vía jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado. Esta postura doctrinal ha abierto el debate sobre la inconveniencia para la economía nacional de colocar dicha limitante a la actuación arbitral, más aún si se tiene en cuenta que la potestad unilateral de interpretación, modificación, terminación o caducidad del contrato que acompaña de manera exclusiva a la administración coloca al contratista en una condición desigual frente a las entidades estatales, poniendo en riesgo cualquier tipo de negociación con empresas nacionales o extranjeras que ven en el largo camino de los procesos contencioso-administrativos la única solución a las posibles controversias que puedan surgir en desarrollo de los contratos estatales.

Con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991 Colombia ha suscrito un buen número de tratados internacionales en los cuales se aplican los principios de la libre empresa y de la internacionalización de la economía; más aún, las disposiciones tributarias internas facilitan el acceso de bienes, servicios y capitales foráneos por intermedio de empresas internacionales, las cuales, en la mayoría de los casos, acuden a los entes estatales para suscribir contratos administrativos cuyo objeto es la ampliación del mercado. De prosperar la tesis del Consejo de Estado, acogida por la Corte Constitucional, y de no precisarse por vía legal las funciones de los árbitros, se estaría colocando un obstáculo a la inversión extranjera, en detrimento del desarrollo económico del país.

La actuación de los árbitros investidos transitoriamente de la función de administrar justicia sólo puede ser determinada por la ley. Así lo expresa la última frase del inciso 4 del artículo 116 Constitucional, y por ende las interpretaciones prolijas y sesudas de los Altos Tribunales de Administración de Justicia irrumpen en el fuero de la Rama Legislativa del Poder Público, única competente para expedir las leyes, tal como lo expresa el artículo 150 de la Constitución Política, reiterado además por la lineal jurisprudencia de la propia Corte Constitucional. De mantenerse esta postura doctrinal, pese a la expedición de la ley de seguridad jurídica para los inversionistas extranjeros, Colombia se vería avocada a un aislamiento económico dentro de los mercados internacionales, dado que el sometimiento a la respectiva ley nacional es una cláusula ajena en la actualidad a los contratos internacionales, los cuales tienen como instancia principal para resolver los conflictos pactar el establecimiento de tribunales internacionales de arbitramento.

La globalización de la economía impone unas relaciones de mercado entre los Estados y las empresas multinacionales en donde éstas, fundamentadas en su posición dominante, direccionan la solución de las controversias surgidas en desarrollo de los contratos administrativos al imperio del arbitraje internacional, debiendo entonces los Estados renunciar en lo pertinente a la aplicación de las normas sustantivas y procedimentales de sus respectivas jurisdicciones. Esta situación ha encontrado eco en un buen número de instituciones multilaterales que promueven el desarrollo económico internacional fundamentado en las relaciones de libre comercio y en la solución expedita de los conflictos

emanados de las relaciones negociales por fuera del ámbito jurisdiccional de cada Estado, sobresaliendo entre ellas el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio, el Banco Interamericano de Desarrollo, la Cámara de Comercio Internacional y la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico, entre otras. Colombia participa de la filosofía de estos organismos multilaterales, trasladando los fundamentos esenciales a la ley de contratación administrativa, sin que haya recibido respaldo pertinente por los Altos Tribunales de Administración de Justicia que deberán, en un futuro próximo, reevaluar sus posiciones jurisprudenciales a fin de hacer más expedito el camino de la contratación administrativa con entidades de carácter internacional, otorgando, de paso, seguridad jurídica a la inversión y contratación internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

ARTUCH IRIBERRI, Elena. El Convenio Arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional, Madrid, Eurolex, 1997.

BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, Tomo I, Valencia, Editorial Vadell, 1989.

BOTERO SANCLEMENTE, Ana María y CORREA HENAO, Nestor Raul. Arbitramento Internacional." Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá: 2002

CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Curso de Contratación Internacional, Madrid, Editorial Constitución y Leyes, 2003.

CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, Programa de Fortalecimiento de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Bogotá, 2005.

CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, Alternativas a la justicia institucional. Arbitraje Conciliación. Bogotá, Servicopias Impresores Ltda, 1988.

CASSAGNE, Juan C. Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2002.

DAÑINO, Roberto. "¿Es la seguridad jurídica un factor limitativo del crecimiento?" I Encuentro Empresarial Iberoamericano "Un impulso a la integración económica." Salamanca, España.

Consultada en:

<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/214576->

[1139604306966/20817271/JuridicalSecuritySpanishSalamanca101305.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/214576-1139604306966/20817271/JuridicalSecuritySpanishSalamanca101305.pdf)

DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Aproximación Crítica a la ley 80 de 1993, Bogotá, Editorial Legis, 2003.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, "Misión de Contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública." Tomo II. 2002.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION, "Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP" Documento Conpes 3186 de julio de 2002.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. "Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Editorial Legis. Bogotá: 1999.

ESCOLA, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1984.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición, Bogotá, Editorial Temis, 2003.

GUEVARA BERNAL, Iván. "Validity of State contracts arbitration: A law and economics perspective." Revista de la Maestría en Derecho Económico no. 2. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: 2004.

HERRERA MERCADO, Hernando y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Temas Estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007.

HOYOS DUQUE, Ricardo. "Las vicisitudes jurisprudenciales del arbitraje en la contratación estatal." Apuntes Jurídicos. Edición de septiembre-octubre de 2005.

IBAGON, Mónica Liliana. Competencia de la justicia arbitral para conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en uso de facultades exorbitantes de la administración pública. EN: Revista de Jurisprudencia Administrativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

LAFONT PIANETTA, Pedro. "Manual de Contratos: panorama de la negociación y contratación contemporánea." Tomo II. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá: 2001.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte Especial, Bogotá, Dupré Editores, 1999.

LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y TANGARIFE TORRES, Marcel. Constitución Política de Colombia, Origen, Evolución y Vigencia, Bogotá, Ediciones Rosaristas, Tomo II, 1996.

MANCERO, Gabriela. "Extranjeros que contraten con el Estado Colombiano pueden someter su diferencias a arbitraje internacional." Junio de 2004. Artículo consultado en:
www.cavelier.com/articulos/arbitramento/extranjeros, 5 de febrero de 2008.

MANTILLA SERRANO, Fernando. "La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI". Revista Universitas No. 83. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: 1992. .

MANTILLA SERRANO, Fernando, Arbitraje Internacional Tensiones Actuales, Bogotá, Editorial Legis, 2007.

MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1982.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, año 1998, Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Bogotá, Imprenta Nacional.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, Consideraciones sobre el arbitraje comercial en Colombia. EN: Arbitraje, Conciliación. Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1988.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. Editorial Legis. Bogotá: 1998.

MORALES RESTREPO, Didier. Estatuto de Contratación Administrativa, Bogotá, Editorial Leyer, 2003.

OCDE. "Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: an overview." Working Papers on International Investment. Febrero de 2006.

OMC. WT/WGTCP/W/114. Principios Fundamentales de la OMC de Trato Nacional, Trato de la Nación más Favorecida y Transparencia. 14 de Abril de 1999.

OMC. "Panorama General del Acuerdo sobre Contratación Pública. Consultado en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gpa_overview_s.htm el 22 de abril de 2008

OPPETIT, Bruno. Teoría del Arbitraje. Traducido por Eduardo Silva Romero y Otros, Bogotá, Editorial Legis, 2006.

PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1980.

RICARDO, David. "Principios de Economía Política y Tributación." Fondo de Cultura Económica. México D.F.: 1973.

ROCA AYMAR, José Luis. El Arbitraje en la Contratación Internacional, Madrid, ESIC Editorial.

SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. "Economía" Mc Graw Hill. Madrid: 1999.

SALCEDO CASTRO Myriam. El arbitraje en los contratos concluidos por la administración –Estudio de Derecho Comparado francés y colombiano-, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2006.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

SAYAGÜES LASO, citado por SOLANO SIERRA, Jairo Enrique en “Contratación Administrativa.” Librería del Profesional. Bogotá: 1994.

VALDÉS SANCHEZ, Roberto. La Transacción, solución alternativa de conflictos, Bogotá, Legis Editores, 1997.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-144 de 2006. Magistrado Ponente:

Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195 de 2001. MP Manuel José

Cepeda Espinosa, Bogotá. 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-949 de 2001, MP Clara Inés Vargas Hernández,

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-098 de 2001. MP Martha Victoria

Sáchica Méndez. 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1436 de 2000. MP Alfredo Beltrán

Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 330 de 2000 de marzo 22 de 2000.

Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-160 de 1999. M.P. Antonio Barrera

Carbonell.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-163 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-672 de 1999. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-242 de 1997. MP Hernando Herrera Vergara,

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 1996 MP Hernando Herrera Vergara.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-294 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 169 de 1993 de marzo 17 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. T-001 de abril 3 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de junio 8 de 2006. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia 19333 de 2004. MP Germán Rodríguez Villamizar.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de agosto 1 de 2002, Electricadota del Atlántico S.A. E.S.P. contra Termorío.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Auto 1661 de febrero 8 de 2001.

M.P. Ricardo Hoyos Duque.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 16394 de febrero 23 de 2000. M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Expediente 16973 de junio 8 de

2000. C. P. Alier Hernández Enriquez.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 16 de 1994.

Expediente 7879. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia de noviembre 11 de

1993. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Sentencia de febrero 15 de 1991.

M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

RECURSOS DE INTERNET

www.cavelier.com/articulos/arbitramento/extranjeros

http://www.unfpa.org/swp/2005/images/e_indicator2.pdf

<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/214576-1139604306966/20817271/JuridicalSecuritySpanishSalamanca101305.pdf>

http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/clspl_s.htm

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gpr-94_01_s.htm