

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 1

ARBITRABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS CON OCASIÓN DE  
UN CONTRATO ESTATAL

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Público para la Gestión  
Administrativa

Karina Margarita García Cantillo

Paula Gallo Velásquez  
Abogada

Universidad de los Andes  
Facultad de Derecho  
Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa  
Bogotá D.C.  
16/05/2014

TABLA DE CONTENIDO

Resumen .....	4
Introducción .....	5
Justificación .....	7
Objetivos .....	9
Capítulo I: Los marcos generales	
1.1. Aproximación a las potestades excepcionales contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 .....	10
1.2. Régimen jurídico de la Justicia Arbitral en el marco de la Contratación Estatal Colombiana .....	14
1.2.1. La justicia arbitral a la luz Constitución Política de 1886 .....	15
1.2.2. La justicia arbitral a la luz de la Constitución Política de 1991 .....	17
1.3. Evolución jurisprudencial .....	21
1.3.1. Pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional .....	22
1.3.2. Pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado .....	26
1.3.3. Jurisprudencia arbitral .....	37
1.4. Derecho comparado .....	40
1.4.1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) .....	40

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal	3
1.4.2. Perú .....	41
1.4.3. Francia .....	43
<b>Capítulo II JUSTIFICACIÓN TEÓRICO PRÁCTICA</b>	
2.1. El árbitro como autoridad judicial .....	47
2.2. Inexistencia de restricción alguna de la Justicia Arbitral a la luz de los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política.....	50
2.3. Derogatoria del pronunciamiento jurisprudencial de la <i>Sentencia C-1436 de 2000</i> .....	56
2.4. Interpretación histórica de la competencia de la Justicia Arbitral para conocer de la legalidad de actos administrativos contractuales .....	57
2.5. Conciliación vs. Arbitramento .....	59
2.6. Inescindibilidad de los actos administrativos contractuales y sus efectos .....	61
2.7. El arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos .....	63
<b>Capítulo III PRODUCTO PRÁCTICO</b>	
Conclusiones .....	72
Bibliografía .....	75
<b>Anexos</b>	
Anexo 1: Demanda de inconstitucionalidad .....	81

## Resumen

El artículo 116 de la Carta Política de 1991 facultó transitoriamente a los particulares para ejercer la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, según lo determinara el legislador.

No obstante, han sido las altas cortes (Corte Constitucional y Consejo de Estado), vía jurisprudencia, las que han delimitado el ámbito de competencias de la Justicia Arbitral para afirmar que los árbitros no pueden pronunciarse respecto de la legalidad de actos administrativos contractuales relacionados con el ejercicio de potestades excepcionales, posición que a la luz de los postulados de la norma fundamental referida resultaría discordante, puesto que dicho precepto dotó a los árbitros, de manera transitoria, de la facultad jurisdiccional, cuestión que a todas luces significaría que quedan investidos de todas las potestades y prerrogativas que ostentaría cualquier Juez de la República.

El presente trabajo pretende examinar las diversas posturas jurisprudenciales que se han suscitado en torno a la falta de competencia de los árbitros para avocar el conocimiento de la legalidad de actos administrativos proferidos en virtud de potestades excepcionales al derecho común, para defender la tesis de que la Justicia Arbitral sí está habilitada para pronunciarse respecto de la legalidad de cualquier clase de acto administrativo dictado con ocasión de la actividad contractual.

*Palabras clave:* acto administrativo, potestades excepcionales, justicia arbitral

## Introducción

La norma fundamental, al definir la estructura de la Rama Jurisdiccional del Estado Colombiano, le otorgó a los particulares 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, de conformidad con lo que el legislador regulara para cada uno de estos eventos.

Por esta razón, la *Ley 446 de 1998* –cuerpo normativo derogado por la *Ley 1563 de 2012*– definió el arbitraje como un mecanismo en virtud del cual los sujetos procesales involucrados en un conflicto de carácter transigible defieren su solución a un tribunal de arbitramento, el cual quedaba transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia.

¿Cuáles son las facultades de la justicia arbitral en relación con la legalidad de los actos administrativos dictados en virtud de una relación contractual? La formulación de dicho interrogante reviste gran interés a efectos de determinar con alto grado de certeza la distribución de competencias entre la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales de Arbitramento respecto del análisis de la legalidad de los actos administrativos dictados con fundamento en las potestades excepcionales de que trata el artículo 14 de la *Ley 80 de 1993* – caducidad, interpretación, modificación, terminación unilateral del contrato, sometimiento a las leyes nacionales y reversión–.

A su turno, se pretende analizar si la *sentencia C-1436 de 2000*, mediante la cual la Corte Constitucional declaró exequible condicionadamente los artículos 70 y 71 de la *Ley 80 de 1993*, sigue surtiendo efectos prácticos, teniendo en cuenta que los aludidos preceptos normativos

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 6

fueron derogados por el artículo 118 del reciente Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional – *Ley 1563 de 2012*–.

Así las cosas, a partir del análisis de los interrogantes planteados se demostrará, de manera concreta, que los árbitros sí se encuentran facultados para estudiar y/o analizar la legalidad de actos administrativos contractuales.

Ahora bien, el presente trabajo de grado se desarrollará con fundamento en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los Tribunales de Arbitramento, en la cual se hubiere precisado, de manera expresa, la incompetencia de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse acerca de la legalidad de un acto administrativo dictado con fundamento en una potestad excepcional.

A su turno, se traerán a colación las posturas expuestas por doctrinantes nacionales y extranjeros respecto del problema jurídico formulado así como también, los distintos cuerpos normativos que se han ocupado de regular el arbitramento como un mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC).

Por último, el desarrollo de la pregunta de investigación aludida persigue la elaboración de una demanda de inconstitucionalidad, cuya pretensión principal está encaminada a obtener la declaratoria de inexecutable parcial del último inciso del artículo 1 de la *Ley 1563 de 2012*, comoquiera que el Legislador está restringiendo la facultad de los árbitros al conocimiento, único y exclusivo, de las consecuencias económicas derivadas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, limitación que, no está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 116 de la norma fundamental, tal como se desarrollará en el presente trabajo de grado.

### **Justificación**

La importancia de desarrollar el problema jurídico planteado consiste en: *i*) reivindicar las facultades que la Constitución Política de 1991 le confirió a los árbitros, esto es, reafirmar que aquellos cuentan con los mismos derechos y prerrogativas que tendría cualquier Juez de la República; así como *ii*) evitar que la congestión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa siga en ascenso, comoquiera que el conocimiento de los asuntos relacionados con la legalidad de actos administrativos dictados con fundamento en potestades excepcionales le correspondería a la Justicia Arbitral.

En lo atinente a la congestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, conviene destacar que el retardo que sufre la Administración de Justicia en Colombia se ha convertido en un problema de políticas públicas que requiere con extrema urgencia el emprendimiento de acciones que garanticen el derecho a una justicia pronta y al cumplimiento del derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas.

En efecto, la Corte Constitucional, mediante *Sentencia C-334 de 2012*, señaló que los tiempos procesales comprometidos en la realización de una justicia pronta guardan relación directa con la carga procesal de los diferentes despachos judiciales, por lo tanto, en aquella oportunidad, sostuvo que la provisión de una justicia pronta dependía, en gran medida, de un número razonable de asuntos por resolver a cargo de una autoridad judicial y de la existencia de mecanismos eficaces de carácter normativo, administrativo y presupuestal para la remoción de factores de descongestión en los juzgados y corporaciones.

## Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 8

Finalmente, se resalta la importancia que tiene el arbitraje en el mundo de los negocios, comoquiera que hoy día los inversionistas prefieren acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos para solucionar sus controversias a través de un sistema, que a diferencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como ya se anotó, resulta más ágil y práctico.



## **Objetivos**

### **Objetivo general**

Demostrar concretamente que la Justicia Arbitral se encuentra facultada para estudiar y/o analizar la legalidad de cualquier acto administrativo dictado durante la ejecución de un contrato estatal, inclusive, de aquellos referidos a potestades excepcionales de que trata el artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*.

### **Objetivos específicos**

Revisar la naturaleza de las potestades excepcionales contenidas en el artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*.

Destacar la importancia de la figura del arbitramento como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

Examinar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Consejo de Estado y Tribunales de Arbitramento, en la cual se haya planteado la incompetencia de los árbitros para pronunciarse de la legalidad de actos administrativos contractuales.

Explorar el derecho comparado a efectos de tener una visión acerca del tratamiento otorgado por otros países a las facultades de los árbitros para estudiar la legalidad de actos administrativos relacionados con potestades excepcionales al derecho común.

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 10

Elaborar un proyecto de demanda de inconstitucionalidad a efectos de que se declare inexecutable el último inciso del artículo 1 de la *Ley 1563 de 2012*.

## Capítulo I. Marcos generales

### 1.1. Aproximación a las potestades excepcionales contenidas en el artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*

Teniendo en cuenta que el propósito del presente trabajo de grado está encaminado a defender las facultades que tiene la justicia arbitral para pronunciarse acerca de la legalidad de actos administrativos dictados con fundamento en potestades excepcionales, a continuación, resulta menester efectuar una breve referencia a tales potestades contenidas en el artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*.

En primer lugar, Dávila precisó que dichas potestades se denominan excepcionales al derecho común, por cuanto en un contrato entre particulares no es habitual sino excepcionalísimo que una parte posea prerrogativas que afectan la igualdad, que caracteriza el contrato (Dávila, 2003, p. 25).

Por su parte, Hadad señaló que la Teoría General del Derecho Contractual Público ha identificado a las llamadas cláusulas exorbitantes, hoy denominadas por virtud de la *Ley 80 de 1993* como excepcionales, como la manifestación más pura y tangible del poder del *imperium* del Estado que persigue con su aplicación lograr los fines y propósitos que justifican la existencia misma de esta forma de organización política (Hadad, 2012, p. 46).

Asimismo, la doctrina nacional ha señalado que:

Las llamadas cláusulas exorbitantes no derivan su fuerza vinculante de la *Lex Contractus*, sino que tienen su fundamento en el derecho positivo, como

expresión de la supremacía jurídica que ostenta la Administración Pública en las relaciones jurídicas en que interviene. Así las facultades de modificación del objeto del contrato, de interpretación de sus cláusulas dudosas o ambiguas, etc., son otorgadas en forma expresa por la ley. (...). Por consiguiente, esas facultades son auténticas potestades públicas y no estipulaciones contractuales, que como instituciones de orden público son irrenunciables (Betancurt, 1994, p. 152).

A su turno, el profesor Escobar Gil ha indicado que las referidas facultades son auténticas potestades públicas y no estipulaciones contractuales y, en consecuencia, instituciones de orden público que revisten los características de inalienables, irrenunciables e imprescriptibles (1999, p. 43).

Ahora bien, con ocasión de la expedición de la *Ley 80 de 1993* -Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública-, se consagraron una serie de instrumentos con que cuentan las Entidades Estatales para el cumplimiento de los fines de la contratación, razón por la cual, el Legislador dispuso que con el propósito de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, dichas entidades estatales podrán *i)* interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellas contenidas, *ii)* introducir modificaciones a lo contratado, *iii)* terminar unilateralmente el contrato.

En igual sentido, el mencionado precepto normativo estableció que en los contratos que tuvieren por objeto el ejercicio de una actividad que constituyera monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra, se deberían pactar las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación,

interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Al respecto, conviene destacar que en la Exposición de Motivos de la aludida Ley se precisó que los fines especiales que enmarcan la actividad estatal condicionan y limitan, de alguna manera, su actuar contractual, por lo tanto, debía dotarse a la Administración Pública de instrumentos jurídicos eficaces pero excepcionales que contribuyan a la adecuada realización de la finalidad contractual y de los cometidos estatales.

Aunado a ello, se indicó que

Sigue siendo el acuerdo voluntario de las partes la ley reguladora máxima: las estipulaciones hechas en los contratos deben obligar por igual a la Administración Pública como al particular contratista. Pero “la diferencia entre unos y otros, en este aspecto, reside en que mientras las convenciones hechas en un contrato de derecho privado son inmutables y sus términos inflexibles, las que conforman el contrato administrativo no gozan de esa inmutabilidad e inflexibilidad rigurosa, sino que admiten cierto grado de mutabilidad cuando lo impone el interés público que constituye la finalidad del contrato, mutabilidad que queda restringida a límites reducidos ya que lo estipulado por las partes en el contrato administrativo debe respetarse en su esencia, de modo tal que no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención celebrada (Exposición de Motivos. *Ley 80 de 1993*).

## Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 14

En línea con lo anterior, resulta claro que el espíritu del legislador, al contemplar la inclusión de las mencionadas facultades excepcionales al derecho común, estuvo enfocado, básicamente, a que la Administración Pública tuviere una serie de herramientas jurídicas en virtud de las cuales se garantizara la concreción de los objetivos de la actividad contractual.

En igual sentido, Palacio (2004) afirmó que la finalidad de estas potestades de excepción “no es la de facultar a quien las tiene para sancionar al contratista. Este no es su propósito, no obstante, en algunos casos, sea una de sus consecuencias, pero definitivamente no la principal, que es sin duda la de buscar el idóneo desarrollo de la finalidad perseguida en el contrato” (p. 101).

Por su parte, la Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, se ha referido a las potestades excepcionales de la Administración Pública en materia contractual como las prerrogativas que le permiten llevar a cabo el objeto del contrato celebrado, la dirección general del mismo, así como el control y la vigilancia de su ejecución, con el fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y así asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación de los mismos (CConst, T-1341/2000, A, Tafur).

Ahora bien, resulta de gran relevancia destacar que los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para sustentar la incompetencia de los árbitros para avocar el conocimiento de la legalidad de actos administrativos contractuales adoptados con fundamento en cláusulas de excepción, consisten en que las referidas estipulaciones, al ser las manifestaciones de poder de la Administración Pública, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que la determinación adoptada en

esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales (CConst, C-1436/2000, A, Beltrán).

El anterior argumento jurisprudencial se analizará en concordancia con el artículo 238 de la *Carta Política de 1991*, con mayor detenimiento en el capítulo II del presente trabajo de grado.

## **1.2. Arbitramento: Régimen jurídico en el marco de la Contratación Estatal Colombiana**

El doctrinante Gil (2013) precisó que el arbitramento era un procedimiento jurisdiccional *sui generis*, por medio del cual se defería la solución de controversias contractuales y extracontractuales a un cuerpo judicial colegiado integrado por árbitros, quienes, de manera transitoria, quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y con los mismos efectos de una sentencia judicial.

Por su parte, la *Ley 1563 de 2012* definió el arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC), por medio del cual las partes someten a la justicia arbitral alguna controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que el Legislador autorice, con la novedad de que en este cuerpo normativo se sustituyó el carácter de transigibilidad de los asuntos que se sometan a la justicia arbitral por el de libre disponibilidad, cuestión que más adelante se abordará con mayor detenimiento.

Asimismo, el artículo 1 de ley precitada señaló que el laudo arbitral es la sentencia que profería el Tribunal de Arbitraje, providencia que puede ser dictada en derecho, en equidad o que

puede ser técnico; aunado a ello, especificó que el laudo sería en derecho, siempre y cuando, se diera cumplimiento a los siguientes requisitos: *i*) que en los tribunales intervenga una entidad pública o alguien que desempeñe funciones administrativas; *ii*) que las controversias hayan surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.

No obstante, definir cuáles son las competencias de los árbitros dentro del marco de la contratación estatal se torna algo complejo, toda vez que, por un lado, la Constitución Política de 1886 no hizo referencia alguna a la citada figura y, de otra parte, la *Carta Política de 1991* le definió al legislador la función de delimitar el marco de acción de los referidos particulares.

En ese orden de ideas, a continuación se efectuará una breve referencia al tratamiento que se le ha dado al citado Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos (MASC) a la luz de las Constituciones Políticas proferidas en los años de 1886 y 1991.

#### 1.2.1. La justicia arbitral a la luz de la Constitución Política de 1886

La *Constitución Política de 1886* al referirse a la limitación de los “poderes públicos”, en su artículo 60, dispuso que el poder judicial sería ejercido por la “Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito, y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley”.

Nótese que el referido precepto no hizo mención alguna a los Tribunales de Arbitramento, sin embargo, con la expedición de las *Ley 105 de 1931* se contempló la posibilidad de que en aquellos contratos de derecho privado se pactara la cláusula compromisoria y el compromiso, con



la finalidad de que los árbitros resolvieran las disputas que se suscitaran al interior del negocio jurídico respectivo.

Concretamente, el artículo 1214 de la *Ley 105 de 1931* estableció que “pueden someterse a la decisión de arbitradores las controversias que ocurren entre personas capaces de transigir en los casos en que la ley permite la transacción”.

Años más tarde, el Congreso de la República de Colombia dictó la *Ley 4 de 1938* por medio de la cual se reconoció la validez de “la cláusula compromisoria en los contratos celebrados por personas capaces de transigir”.

Posteriormente, la *Ley 4 de 1964*, a través de la cual se adoptaron disposiciones tendientes a regular la industria de la construcción, concursos y contratos, en su artículo 13, facultó a las entidades públicas –la Nación, los Institutos, las Empresas o Establecimientos Públicos Descentralizados y demás entidades oficiales o semioficiales– someter a arbitramento las diferencias que se presentaran con los contratistas.

No obstante, el *Decreto-ley de 150 de 1976* limitó expresamente el arbitramento en materia de contratación administrativa, puesto que el artículo 66 de dicha normatividad, consagró que “salvo disposición en contrario, en los contratos que celebre la Nación podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato”.

Conviene destacar que la mencionada norma, de manera expresa, estableció la prohibición que tenía la justicia arbitral para pronunciarse respecto de la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos.

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 18

Por su parte, el *Decreto-ley 222 de 1983*, en su artículo 76, señaló que la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no serían susceptibles de decisión arbitral, así como, tampoco lo serían las cláusulas contenidas en los principios previstos en el Título IV, esto es, las relativas a la terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato.

Por último, con la expedición del *Decreto-ley 2279 de 1989* se implementaron sistemas de solución de conflictos entre particulares, entre los cuales, se incluyó el arbitramento como uno de tales mecanismos.

A partir del análisis del anterior recorrido legislativo, se impone concluir que durante la vigencia de la *Constitución Política de 1886* sí existían disposiciones normativas que, de manera expresa, le prohibían a los árbitros pronunciarse acerca de la legalidad de actos administrativos referentes a la caducidad, terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato.

#### 1.2.2. La Justicia arbitral a la luz de la Constitución Política de 1991

El artículo 116 de la *Constitución Política de 1991* precisó las distintas Corporaciones y/o instituciones encargadas de administrar justicia, como son, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

Adicionalmente, dispuso que 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 determinara la ley.

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 19

Pues bien, con la expedición de la *Ley 80 de 1993*, a través de la cual se expidió el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, en los artículos 70 y 71, se hizo referencia a la cláusula compromisoria y al compromiso, instrumentos jurídicos a través de los cuales las partes de un contrato estatal se encontraban facultados para someter a la decisión de los árbitros las distintas diferencias que se suscitaran con ocasión de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación; las referidas disposiciones fueron derogadas por el artículo 118 del actual Estatuto Nacional e Internacional de Arbitraje.

La *Ley 270 de 1996*, en su artículo 13 –modificado por el artículo 6 de la *Ley 1285 de 2009*– indicó que los particulares ejercerían función jurisdiccional en calidad de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes, sin que en dicho cuerpo normativo se efectuara especificación alguna respecto de cuáles serían las facultades de los árbitros aludidos.

Por su parte la *Ley 446 de 1998* definió el arbitraje como un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, deferían su solución a un tribunal de arbitramento, el cual quedaba transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, adoptando una decisión denominada laudo arbitral (artículo 111).

Luego, con la expedición del *Decreto 1818 de 1998*, se adoptó el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre los cuales se incluía el arbitramento como uno de tales instrumentos.

A su turno, se destaca que la *Ley 1285 de 2009* –Por medio de la cual se reforma la *Ley 270 de 1996*– no hizo referencia alguna a la transigibilidad de los asuntos respecto de los cuales deberían conocer los Tribunales de Arbitramento.

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 20

Por su parte, la *Ley 1563 –Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional–* al definir el arbitraje incluyó una modificación respecto de los asuntos que debía someterse a este mecanismo alternativo de resolución de conflictos, toda vez que, ya no se hizo referencia a que dichos temas fueran susceptibles de transacción, sino que con el citado Estatuto se hizo alusión a asuntos de libre disposición.

Respecto de la modificación aludida, la reciente doctrina nacional ha señalado que:

Es del caso tener en cuenta que para muchas personas ha pasado desapercibida la modificación realizada al numeral 3° del artículo 13 de la *Ley Estatutaria de la Justicia*, realizadas mediante el artículo 6° de la *Ley 1285 de 2009*, el cual elimina la definición de lo arbitrable únicamente respecto de aquellos asuntos que son transigibles tal como se disponía en el artículo 115 del *Decreto 1818 de 1998*, de modo que se amplía el ámbito de lo arbitrable a partir del concepto de lo disponible (Mayorca, 2013, p. 3).

A su turno, Martínez (2013) respecto del concepto de libre disposición precisó que:

Se trata de un concepto nuevo entre nosotros que ha suscitado especial controversia, comoquiera que desde el artículo 2011 del Código de Comercio, pasando por el artículo 13 de la Ley 270 de 1996 y por el artículo 111 de la *Ley 446 de 1998*, la arbitrabilidad objetiva estaba sujeta a que la controversia existente entre las partes fuera susceptible de transacción. No obstante, a partir de la modificación de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia del 2009 (Art.6 de la L. 1285/2009, que modificó el art. 13 de la L. 270/1996), la arbitrabilidad

*rationae materiae* no depende de que el asunto arbitrable sea transigible, lo que vino a consolidar la *Ley 1563 del 2012* (Martínez, 2013, p. 41).

Por su parte, el Consejo de Estado precisó que:

de conformidad con la evidente modificación que introdujo el artículo 6 de la *Ley 1285* al numeral 3° del artículo 13 de la *Ley 270 de 1996*, el presupuesto de que los conflictos que se sometan a la Justicia Arbitral deban ser de naturaleza transigible desapareció de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y si bien es cierto que ha continuado rigiendo en el ordenamiento vigente por virtud de lo normado en el artículo 115 del *Decreto 1818 de 1998*, a cuyo tenor “[e]l arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia ...”, no lo es menos que en el inmediato futuro en relación con los asuntos a los cuales deje de ser aplicable el referido artículo 115 del *Decreto 1818 de 1998* por razón de la derogatoria que del mismo dispuso el artículo 118 de la *Ley 1563*, la materia seguramente deberá volverse a examinar con el fin de determinar cuál es el alcance de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1° del nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, puesto que en dicho texto no se incluye de manera expresa como requisito la transigibilidad de los asuntos para que puedan someterse a conocimiento de los árbitros, pero sí precisa que “[e]l arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 22

defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

Por último, resulta imperioso hacer referencia a la *Ley 1682 de 2013*, cuerpo normativo en virtud del cual se adoptaron medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura, toda vez que dicha normatividad, dentro de las disposiciones especiales en materia de contratación de infraestructura de transporte, contempló la posibilidad de incluir cláusulas compromisorias en los contratos estatales para la solución de controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de los referidos negocios jurídicos.

En efecto, el literal c del artículo 14 de la normatividad aludida consagró que “tanto los árbitros como los amigables compondores no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales”.

En tal orden de ideas, se tiene que el legislador colombiano, en materia de contratación de infraestructura de transporte, restringió la facultad de los árbitros para pronunciarse respecto de la legalidad de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, sin embargo, este trabajo de grado no se enfocará en el análisis de este tipo de contratos.

### **1.3. Evolución jurisprudencial**

En este capítulo se efectuará un breve recuento jurisprudencial respecto de la competencia de los árbitros para avocar el conocimiento de la legalidad de actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual, a efectos de determinar cuál es el estado actual de las facultades que ostenta la Justicia Arbitral en relación con el tópico citado.

### 1.3.1. Pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional

- En un primer momento, la Corte Constitucional mediante la *Sentencia C-294 de 1995* estudió la demanda de inconstitucionalidad formulada en contra del *Decreto-ley 2651 de 1991*, oportunidad en la cual efectuó un amplio análisis del inciso final del artículo 116 de la *Carta Política de 1991*, en los siguientes términos:

La Administración de Justicia por los árbitros, sólo tiene estas limitaciones:

La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral.

La segunda, ya insinuada, que son las partes quiénes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia.

Y una última, que los árbitros administran justicia "en los términos que determine la ley". Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral.

Pero no existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están

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

A partir del pronunciamiento jurisprudencial antes transcrito se observa que la *Constitución Política de 1991* no estableció ningún tipo de limitación a las facultades de los Tribunales de Arbitramento para el conocimiento de los asuntos que fueran sometidas a su juzgamiento y, que en caso de existir alguna clase de limitación, ésta debería provenir, única y exclusivamente, del legislador.

- De otra parte, la Corte Constitucional, a través de la *Sentencia C-1436 de 2000*, se pronunció acerca de la demanda de inconstitucionalidad impetrada en contra de los artículos 70 y 71 de la *Ley 80 de 1993*, referidos a las modalidades de pacto arbitral –cláusula compromisoria y compromiso–, puesto que la demandante consideró que dichos preceptos eran contrarios a la norma fundamental, toda vez que les permitían a los particulares, en su calidad de árbitros, proferir fallos arbitrales que involucraran la legalidad de los actos administrativos que dictara la Administración Pública durante la celebración, ejecución, desarrollo y liquidación de contratos estatales.

Las normas atacadas por su supuesta inconstitucionalidad fueron declaradas exequibles, bajo el entendido de que los árbitros nombrados para resolver 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 la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Administración en desarrollo de sus poderes excepcionales (CConst, C-1436/2000, A, Sierra).

Para adoptar tal decisión, la mencionada corte judicial sostuvo que cuando la Administración hace uso de las potestades excepcionales de que trata el artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*, el Estado actúa en ejercicio de una función pública y en defensa del interés general, razón por la cual el juzgamiento de los citados actos administrativos no puede ser objeto de disponibilidad sino que “en caso de controversia, ella ha de ser definida por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que como se sabe, es el juez de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la *Carta Política*”.

Lo anterior para mayor claridad se manifestó en los siguientes términos:

las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de

competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces (CConst, C-1436/2000, A, Sierra).

El anterior entendimiento aparece ratificado por la Corte Constitucional en la sentencia *SU-174*, en la cual se reiteró la doctrina constitucional plasmada en la sentencia *C-1436 de 2000*, en cuanto allí “concluyó que el análisis sobre la validez de los actos exorbitantes que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros”.

1.3.2. Pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado

La arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales es un tópico que ha sido ampliamente desarrollado por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto, a continuación, se efectuará un breve recuento de la evolución jurisprudencial del citado tema.

2.	Expediente No. 16.204, Providencia: Consorcio Hispano-Alemán. Consejero Ponente:	“... resalta el constante de entender excluidas de la competencia de los jueces arbitrales, el procedimiento arbitral, cuando las disposiciones sobre la diferencia de suscitadas entre las partes, a efecto de la cumplimiento del contrato que la administración paga constituye consecuencia para declarar la declaración de nulidad.” (La negrilla no termina en)
1	Expediente No. 15.226, sentencia del 15 de marzo de 2000, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Actor: Carbones de Colombia S.A. Carbocol, Demandado: Consorcio Domi Prodeco – Auxini.	“... resalta el constante de entender excluidas de la competencia de los jueces arbitrales, el procedimiento arbitral, cuando las disposiciones sobre la diferencia de suscitadas entre las partes, a efecto de la cumplimiento del contrato que la administración paga constituye consecuencia para declarar la declaración de nulidad.” (La negrilla no termina en)
3	Expediente No. 16.973, sentencia del 8 de junio de 2000, Actor: Consorcio Amaya – Salazar. Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez.	“que la norma prohibe que se discuta la atribución de atribuciones y sus competencias a los jueces administrativos, económicos y de los juzgados. Puesto que la legalidad de los actos administrativos es intransferible, indelegable, improrrogable y innegociable, estas potestades son de carácter imperativo y proceden de la jurisdicción que emana del poder soberano de la Estado (Administración), en contrario estaría afirmando que ese efecto comprende que el objeto de la obligación debe pagar determinada suma, en que la administración estima los perjuicios causados con el incumplimiento o lo que el contratista sale a deberle por la liquidación del contrato.” (La negrilla no es del texto) Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que

7	Expediente 25.811, 28 de abril de 2005, Actor: Rafael Tono Lemaitre, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.	“En que relación no se profirió resolución fundada sujeta a conocimiento de los árbitros sobre la legalidad de los actos administrativos, en materia de sus alcances, competencias, materias puestas dicha como para permitir a cualquier juez, en cualquier momento, en cualquier aspecto, poder desconocer implícita o expresamente dicho acto o institución al declarar su ilegalidad. (Sin embargo, su arbitralidad del Estado”
4		
8	Expediente 25.489, 14 de abril de 2005. Actor: Expediente No. 21.040, 27 de junio de 2002. Electrohidráulica S.A. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.	“(…) lo vedado a los árbitros es asumir el juzgamiento de los actos administrativos expedidos por la entidad pública en ejercicio de las potestades exorbitantes, actos que aclaró que la facultad dada a los árbitros para resolver conflictos negociados misma y que mantienen su naturaleza contractual celebración, desarrollo, terminación y
9	Expediente 33.645, 27 de marzo de 2008, Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.S.P., Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.	liquidación de los contratos estatales (..) no es posible que la jurisdicción arbitral conozca y determine la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de dicho proceso.” (La negrilla no es del texto) involucran el ejercicio de potestades exorbitantes, cuya competencia en cuanto a
5	Expediente 19.333, 4 de julio de 2002, Actor: Consorcio Carlos Julio Rivera - José	determinar su validez corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No es posible someter a la decisión de árbitros el juzgamiento de
10	Expediente 36.644, 27 de marzo de 2008, Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.S.P.	“En materia contractual se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de
6	Expediente 25.154, 20 de mayo de 2004, Actor: Municipio de Recetor, Consejera Ponente Maria Elena Giraldo.	“En relación particular y los conflictos se privados de ejercer potestades exorbitantes a las partes para someterlos al ámbito de la competencia de la Corte Constitucional en virtud de la relación con el artículo 143 de la Constitución de 1991 y el artículo 143 de la Ley 1436 de 2000. El carácter de los actos administrativos, el cual no fue incluido en el desarrollo de la actividad diferenciada que pueden ser sometidas a arbitraje. Por tanto, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos

		<p>administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la misma sentencia C-1436 de 2000 en consonancia con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998.</p>
11	<p>Expediente 36.252, 10 de junio de 2009, Actor: Consorcio Porvenir.</p>	<p>“Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos actos administrativos –cuyo examen no puede ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993<sup>1</sup>, es decir: a) interpretación unilateral del contrato; b) modificación unilateral del contrato; c) terminación unilateral del contrato; d) sometimiento a las leyes nacionales; e) caducidad y f) reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.</p> <p>Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima</p>



	<p>cuanto los árbitros sí podían pronunciarse en relación con la legalidad de los actos demandados, en tanto ellos no comportaban el ejercicio de las potestades previstas en el aludido artículo 14 del Estatuto de Contratación Estatal. (...).</p> <p>Así las cosas, aún cuando la parte convocante introdujo en la litis arbitral aspectos relativos a la legalidad y/o validez de actos administrativos, ello no vicia de nulidad el pacto arbitral celebrado entre las partes y, por ende, no torna en procedente la alegada causal de anulación del laudo, puesto que dichas decisiones administrativas, por medio de las cuales el Municipio de Bucaramanga liquidó en forma unilateral los contratos celebrados con COMFENALCO Santander, "... sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros ...", de conformidad con las consideraciones y razonamientos jurisprudenciales descritos que esta Corporación ha reiterado."</p>
--	---

Del anterior cuadro se desprende que la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la facultad de los árbitros para analizar la legalidad de actos administrativos contractuales, no ha sido del todo pacífica; en efecto, en un primer momento se observa que a través de una providencia dictada por la Sección Tercera del citado Tribunal, el 15 de mayo de 1992, admitió que bajo las disposiciones contractuales anteriores a la *Ley 80 de 1993* la Justicia Arbitral estaba facultada para pronunciarse acerca de las consecuencias económicas derivadas de la declaración de caducidad o terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato, más no la aplicación de tales cláusulas y sus efectos jurídicos.

Posteriormente, en sentencias dictadas el 23 de febrero y el 8 de junio de 2000 se negó, de manera general, la competencia de los árbitros respecto de los actos administrativos, puesto que el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos es intransferible, indelegable, improrrogable e innegociable, comoquiera que constituye un regla imperativa de orden público, que emana del poder soberano del Estado.

En el año siguiente, se profirió la sentencia del 23 de agosto de 2001, a través de la cual se mantuvo el criterio reseñado, esta vez con fundamento en lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia *C-1436 de 2000*, para señalar que ya con anterioridad a dicho pronunciamiento constitucional la Sección Tercera del Consejo de Estado había advertido “sobre la incompetencia de la justicia arbitral para conocer sobre los actos administrativos que se expiden en desarrollo de la actividad contractual”.

A su turno, a través de providencia dictada el 27 de junio de 2002, la citada Corporación señaló que la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la *Ley 80 de 1993* “aclaró que la facultad dada a los árbitros para resolver conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, desarrollo, terminación y liquidación de los contratos estatales no se extiende a los actos administrativos expedidos en desarrollo de dicho proceso”.

Posteriormente, en sentencia dictada el 4 de julio de 2002, dentro del expediente No. 19.333, se precisó que no resultaba posible someter a la decisión de árbitros el juzgamiento de actos administrativos “entendiendo por tales las “expresiones de la administración” que “constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predicen respecto de las relaciones contractuales



de los particulares”; el anterior criterio jurisprudencial también fue acogido por la Sección Tercera en sentencias del 9 de octubre de 2003 y 11 de marzo de 2004.

Luego, en providencia adiada el 27 de marzo de 2008, dentro del expediente No. 36.644, la Sala efectuó las siguientes precisiones respecto de la competencia de la Justicia Arbitral para pronunciarse respecto de la legalidad de actos administrativos:

En materia contractual se encuentran excluidos de la competencia de los árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en la precitada *sentencia C-1436 de 2000* y ii) los actos administrativos de carácter general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la Administración. Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la misma *sentencia C-1436 de 2000* en consonancia con los artículos 70 y 71 de la *Ley 446 de 1998*.

Posteriormente, la ya mencionada Corte Judicial, a través de sentencia dictada el día 10 de junio de 2009, dentro del expediente No. 36.252, sostuvo que los actos administrativos contractuales que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*, sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros.

Finalmente, a través de proveído calendado el 27 de febrero de 2013, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que los únicos actos administrativos cuyo control se encuentra excluido de la competencia arbitral son, en vigencia de la *Ley 80 de 1993*, aquellos proferidos en ejercicio de las potestades de excepción consagradas exclusivamente por el artículo 14, razón por la cual concluyó que los demás decisiones, emanadas de la Administración Pública, en desarrollo de la relación contractual no estaban excluidas de la competencia de los Tribunales de Arbitramento.

De conformidad con la anterior línea jurisprudencial, se impone concluir que la postura actual del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo respecto de la arbitrabilidad de actos administrativos consiste en que la Justicia Arbitral está facultada para pronunciarse acerca de la legalidad de las manifestaciones unilaterales de la voluntad de la Administración, siempre y cuando aquellas no hayan sido dictadas con fundamento en las potestades excepcionales consagradas en el artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*.

A propósito de ello, el Consejo de Estado, de manera reciente, resolvió un recurso de anulación contra un laudo arbitral dentro del expediente No. 42.532, en el cual señaló que el acto administrativo que liquidó unilateralmente el contrato sí puede ser susceptible de análisis por parte de la Justicia Arbitral, lo anterior para mayor claridad, lo manifestó en los siguientes términos:

Así las cosas, aún cuando la parte convocante introdujo en la *litis* arbitral aspectos relativos a la legalidad y/o validez de actos administrativos, ello no vicia de nulidad el pacto arbitral celebrado entre las partes y, por ende, no torna en procedente la alegada causal de anulación del laudo, puesto que dichas decisiones

administrativas, por medio de las cuales el Municipio de Bucaramanga liquidó en forma unilateral los contratos celebrados con COMFENALCO Santander, "... sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros ...", de conformidad con las consideraciones y razonamientos jurisprudenciales descritos que esta Corporación ha reiterado (CE 1, 17 Abr. 2013, M. Fajardo).

Así las cosas, se evidencia que la postura actual del Alto Tribunal respecto de ciertas decisiones unilaterales de la Administración diferentes a las previstas en el artículo 14 de la tantas veces citada *Ley 80*, es la facultad plena de los árbitros para avocar el conocimiento de dichas manifestaciones de la Administración Pública.

### 1.3.3. Jurisprudencia arbitral

Teniendo en cuenta que el aspecto central del presente trabajo de grado consiste en las facultades de los árbitros en materia de contratación estatal, resulta menester traer a colación un pronunciamiento jurisprudencial de la Justicia Arbitral, en el cual dicho Tribunal se refirió a su propia competencia para conocer de la legalidad de actos administrativos contractuales.

- Laudo dictado en el Tribunal de Arbitramento de Información y Tecnología vs. la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (En liquidación) –Subrogada por el Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR–, el 23 de junio de 2008, en el cual se precisó lo siguiente:

El Tribunal, en Auto No. 14 de 6 de septiembre de 2007 (Acta No. 11), se pronunció sobre su propia competencia para el juzgamiento y decisión de las

controversias contenidas en las pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvención, y de las recíprocas excepciones propuestas frente a una y a otra, todas de contenido particular, específico y concreto, de naturaleza netamente patrimonial y económica, y susceptibles de transacción y disposición entre sujetos plenamente capaces; por ende, susceptibles de pacto arbitral. (...).

(...). el Tribunal, en la Primera Audiencia de Trámite, en consideración que ahora ratifica, sostuvo que en el asunto sub-examine no cabe hablar de falta de competencia por razón de formularse pretensiones relacionadas con los efectos de normas imperativas (los *Decretos 1615 y 1616 de 2003*), pues es incuestionable que la demanda principal no plantea petición alguna que involucre juicio sobre la juridicidad de tales Decretos, cuyo control de legalidad y de constitucionalidad ciertamente escapa a la justicia arbitral, el mismo que, en todo caso, se surtió ante al Consejo de Estado, autoridad judicial que mediante sentencia de 25 de agosto de 2003, estimó que el Decreto 1615 de 2003 se encontraba revestido de presunción de legalidad, y ante la Corte Constitucional, corporación que mediante sentencias C-150 y C-151 de 2004 declaró la exequibilidad del *Decreto 1616 de 2003*.

De otro lado, tampoco puede hablarse de falta de competencia por razones vinculadas a la existencia de -actos administrativos-, haciendo referencia a las Resoluciones emanadas del Liquidador de TELECOM mediante las cuales resolvió sobre reclamaciones de la sociedad aquí demandante, cuando se aprecia,

para comenzar, que más allá de la naturaleza jurídica de tales pronunciamientos, en sí misma susceptible de discusión<sup>44</sup>, lo cierto es que las pretensiones de la demanda no incluyen enjuiciamiento alguno de su legalidad.

En efecto, sin perjuicio de lo que en otros apartes de esta providencia se dice sobre el particular, es claro que la reclamación formulada por I&T ante el Liquidador de TELECOM, radicada el 25 de agosto de 2003 con el número 04-02609-0, pretendía que se reconociera la terminación anticipada del Convenio C-0022-96, por imposibilidad sobreviviente para el desarrollo de su objeto, por lo que procedía su liquidación, con derecho a indemnización de perjuicios por tal terminación anticipada; y fue rechazada por TELECOM EN LIQUIDACIÓN, en primera instancia mediante la Resolución No. 001 de 28 de octubre de 2003, y luego, al decidir sobre la reposición interpuesta, con la Resolución No. 248 de 27 de enero de 2004, con el argumento de que, por tratarse de un contrato afecto al servicio, el constitucional, dado que se trata de temas reservados por su naturaleza a la decisión de los órganos jurisdiccionales del Estado, sí lo pueden hacer [...] cuando se trate de evaluar exclusivamente las consecuencias patrimoniales de estos actos administrativos, sin controlar su validez, caso en el cual es constitucionalmente legítimo que los árbitros administren justicia, puesto que no se estarían pronunciando sobre asuntos reservados a la órbita exclusiva de la jurisdicción estatal.

Del contenido del laudo antes transcrito salta a la vista que la Justicia Arbitral es respetuosa de la tesis negativa liderada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en

cuanto son conscientes de su supuesta incompetencia para pronunciarse respecto de la legalidad de actos administrativos contractuales relativos a las potestades de excepción contenidas en el artículo 14 de la *Ley 80*.

#### **1.4. Derecho comparado**

Resulta de gran utilidad para el presente trabajo de grado efectuar una revisión de derecho comparado a efectos de tener una visión acerca del tratamiento otorgado por otros países e instituciones de carácter internacional a las competencias de los árbitros para estudiar la legalidad de actos administrativos relacionados con potestades excepcionales al derecho común.

##### 1.4.1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

El referido centro fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, el cual entró en vigor el 14 de octubre de 1966; a 31 de diciembre de 2013 contaba con 158 Estados signatarios del acuerdo y con 150 Estados contratantes que lo habían ratificado.

El fin principal del CIADI consiste en facilitar el sometimiento de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones consagradas en el Convenio aludido.

El Estado Colombiano firmó el citado Convenio el 18 de mayo de 1993; luego el Congreso de la República profirió la *Ley 267 de 1995* la cual aprobó el mencionado acuerdo internacional, posteriormente, depositó el instrumento de ratificación el 15 de julio de 1997 y, finalmente, el 14 de agosto de la misma anualidad entró en vigor el citado acuerdo.

Del citado convenio resulta menester destacar el numeral 4° del artículo 24, cuyo contenido hace referencia a que los Estados Contratantes al momento de ratificar, aceptar o aprobar dicho convenio o en cualquier otra oportunidad, estarán facultados para notificarle al CIADI la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción.

Respecto de la anterior disposición, la doctrina nacional precisó lo siguiente:

Aquí vale la pena hacer énfasis en el hecho de que Colombia al momento de suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados, no realizó, tal como lo preveía el numeral 4 del artículo 25 del Convenio, ningún tipo de salvedad sobre los temas que serían susceptibles de ser sometidos a la jurisdicción del Centro, es decir, que actualmente cualquier decisión del Estado Colombiano que afecte a un nacional inversionista de otro Estado, incluso aquellas que sean adoptadas a través de un acto administrativo que incorpore cláusulas excepcionales, podrá ser debatido y definido por un tribunal arbitral del CIADI (Hadad, 2012, p. 83).

#### 1.4.2. Perú

La *Constitución Política del Perú*, en sus artículos 62 y 63, dispuso que tanto el Estado como las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor, de igual forma, consagró que podrían someter las citadas disputas al arbitraje nacional e internacional.

A su turno, el *Decreto Legislativo No. 1071 de junio 28 de 2008*, dictado por el Presidente de la República del Perú, reguló los arbitrajes –nacional e internacional- que se llevaran a cabo dentro del territorio peruano.

## Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 40

En efecto, el artículo 2 de la citada normatividad definió las materias susceptibles de arbitraje, entre las cuales se destacan aquellas controversias relativas a materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que autoricen la ley, los tratados o acuerdos internacionales.

Además, de la lectura del citado Estatuto se observa que su artículo 4 estableció que las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre entidades estatales podían someterse al arbitraje nacional.

A su turno, el artículo 6 estableció una regla de interpretación consistente en que “cuando una disposición de este Decreto Legislativo se refiere a un contrato, también se entenderá a un acto jurídico”.

Así las cosas, al efectuar un análisis sistemático de los artículos 4 y 6 aludidos se puede colegir que cualquier acto jurídico, sin importar su naturaleza, puede ser conocido por la Justicia Arbitral.

A su turno, el artículo 40 del mencionado cuerpo normativo señaló que el tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

Por lo tanto, se impone concluir que la legislación arbitral peruana no estableció limitación alguna a la competencia de los árbitros respecto de las controversias derivadas de contratos estatales.



#### 1.4.3. Francia

En Francia el arbitraje en derecho público se encuentra prohibido, de conformidad con lo estipulado el artículo 2060 del Código Civil francés, cuyo texto reza:

No es posible pactar cláusula arbitral (...) en las controversias relativas a las colectividades públicas, a los establecimientos públicos y, en general, en todas las materias relativas al orden público.

A su turno, el Consejo de Estado francés, en el concepto de marzo 6 de 1986 – denominado comúnmente concepto Eurodisneyland– precisó que:

la verdadera justificación del principio de la prohibición del arbitraje en derecho público se fundamenta en la voluntad de reservar este contencioso a las jurisdicciones francesas y de excluirlo de la competencia de los árbitros. La jurisdicción administrativa quiere conservar sin duda alguna el monopolio de la competencia en materia de litigios administrativos.

## **Capítulo II: Justificación teórico práctica**

La actualidad del mundo de los negocios exige que nuestro país cuente con un sistema judicial que genere en los inversionistas nacionales y extranjeros la confianza de que las controversias que llegaren a suscitarse durante el desarrollo de sus transacciones contractuales sean resueltas de manera ágil, oportuna y eficaz.

En efecto, vale la pena destacar que el propósito que impulsó la aprobación del recién *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional* consiste básicamente en la necesidad de contar con un sistema judicial más ágil, oportuno y eficiente; al respecto, conviene transcribir *in extenso* ciertos fragmentos de la Exposición de Motivos respectiva, así:

La importancia de este proyecto de ley debe analizarse desde la perspectiva que exige el entorno actual, toda vez que uno de los factores que ostenta mayor relevancia para determinar la competitividad de un país, es la eficiencia en la prestación de los servicios relacionados con la Administración de Justicia. Un Estado con un sistema de administración de justicia ágil y eficaz, promueve el incremento de la inversión nacional y extranjera, generando un mayor crecimiento económico y un beneficio efectivo para todos los asociados, lo cual colabora no sólo para fomentar un clima propicio para los negocios, sino también para la paz y la convivencia de los asociados.

De otra parte, los métodos alternativos de solución de conflictos, son mecanismos que se han desarrollado cultural y legalmente, con el fin de colaborar

al Estado en la prestación de uno de los servicios básicos que garantiza y sustenta su existencia, el de administrar justicia a sus asociados, sin necesidad de acudir a la violencia ni a métodos extralegales.

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

Actualmente, Colombia es uno de los países con mayor reputación y trayectoria acumulada en materia de arbitraje de la región, razón por la cual sus Centros de Arbitraje y sus árbitros son reconocidos a nivel internacional. No obstante lo anterior, sólo existen en la actualidad 125 Centros de Arbitraje que manejan aproximadamente 400 casos al año, lo cual sigue siendo un número muy bajo de arbitramentos. Lo anterior, hace necesario que se realice una reforma a la legislación que permita darle un mayor impulso, difusión y uso al arbitraje, no sólo como un mecanismo de descongestión de despachos judiciales sino como una institución que responde a una naturaleza y a una finalidad propia como instrumento eficaz para la solución de conflictos.

El derecho en nuestro país se encuentra sufriendo una notoria transformación, toda vez que el Estado colombiano se encuentra negociando y ha

suscrito un gran número de tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio que buscan aumentar el volumen de negocios y operaciones comerciales. Lo anterior, exige la existencia de una ley moderna que brinde seguridad jurídica y se ajuste a los parámetros que actualmente imperan en la mayoría de los Estados para la solución de las controversias (Exposición de Motivos. *Ley 1563 de 2012*).

Pues bien, *ab initio* debe destacarse que hoy día Colombia está atravesando por un momento en el cual sus relaciones comerciales internacionales están en auge, debido a la suscripción de diversos tratados de libre comercio, circunstancia que, a todas luces requiere que el sistema judicial Colombiano esté preparado para las diversas contingencias y/o diferencias que se puedan presentar con ocasión de los negocios celebrados.

A manera de ejemplo, se destaca que el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América, en su artículo 21.22, dispuso que “en la mayor medida posible, cada parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en el área de libre comercio”.

Para tal efecto, dicho acuerdo bilateral estableció que cada uno de los Estados Parte debería disponer de procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en tales controversias.

Por último, no debe olvidarse que la finalidad del arbitraje está encaminada a garantizar a los ciudadanos el derecho fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, sin necesidad

de poner en movimiento el tan congestionado aparato judicial colombiano, circunstancia que en gran medida le brinda un poco de alivio a la Rama Judicial del Poder Público.

En virtud de lo anterior, se requiere con urgencia replantear las posiciones jurisprudenciales de las Altas Cortes Colombianas que restringen y limitan las facultades judiciales que la Constitución Política le confirió a la Justicia Arbitral, precisamente porque las actuaciones de dichos particulares proporcionan a los administrados un acceso a la justicia pronta y oportuna y, además, contribuyen a la descongestión de los despachos judiciales.

Así las cosas, a continuación se expondrán cada uno de los argumentos que sustentan la competencia amplia de los Tribunales de Arbitramento para asumir el conocimiento de la legalidad de cualquier acto administrativo dictado con ocasión de un contrato estatal.

### **2.1. El árbitro como autoridad judicial**

Como ya se anotó en el marco teórico del presente trabajo de grado, según mandato constitucional, los árbitros son particulares, investidos de manera transitoria, de la facultad de administrar justicia en efecto, el artículo 116 de la *Constitución Política de 1991*, señaló que: “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”.

Pues bien, de la lectura del citado precepto surge el siguiente interrogante ¿cuáles son las facultades de la justicia arbitral respecto del análisis de la legalidad de los actos administrativos dictados en virtud de una relación contractual?

Para dar respuesta al interrogante formulado resulta menester destacar que del tenor literal del citado artículo constitucional no se desprende restricción o limitación alguna que hubiere consagrado el constituyente respecto de la Administración de Justicia a cargo de particulares en calidad de conciliadores o de árbitros.

Por el contrario, la Carta Política al conferirle a los árbitros la posibilidad de Administrar Justicia, les atribuyó a dichos particulares las mismas facultades y prerrogativas que cualquier Juez de la República, esto quiere decir que cuando los árbitros asumen el conocimiento de un asunto en cualquier ramo del derecho actúan como lo harían las autoridades judiciales, de que trata el artículo 116 de la *Constitución Política de 1991*.

Al respecto, conviene traer a colación un salvamento de voto del ex – Consejero de Estado Ricardo Hoyos Duque a la sentencia dictada el 8 de junio de 2000, quien al apartarse de la decisión aludida señaló que la competencia de los árbitros era plena, en los siguientes términos:

La actual Carta Política regula de manera expresa el arbitramento en el inciso final del Artículo 116. Las únicas limitaciones constitucionales existentes en materia arbitral, son las que se desprenden de lo dispuesto en el inciso final del Artículo 116 de la Carta y que fueron precisadas por la Corte en la *sentencia C-294* de 6 de julio de 1995. En relación con el alcance del arbitramento en los contratos estatales, la *Ley 80 de 1993* se abstuvo en forma expresa de establecer algún tipo de restricción y por el contrario, a diferencia de lo que sucedía en los anteriores estatutos contractuales, amplió notablemente su campo de aplicación. (...). Por consiguiente, la competencia del juez arbitral es plena y no podría ser de

otra forma, si se tiene en cuenta que su función es impartir justicia de la misma manera que lo hacen los órganos investidos de esa autoridad, es decir, que se está en presencia de un equivalente jurisdiccional frente al cual no existe ninguna razón constitucional para imponerle limitaciones a su función.

También se destaca que el párrafo 2 del artículo 55 de la *Ley 734 de 2002* estableció que los árbitros y conciliadores quedarían sometidos al régimen de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses de los funcionarios judiciales en lo que fuere compatible con su naturaleza particular. “Las sanciones a imponer serán las consagradas para los funcionarios judiciales acorde con la jerarquía de la función que le competía al juez o magistrado desplazado”.

Asimismo, la Corte Constitucional, a través de *sentencia T-058 de 2009*, señaló que los árbitros gozaban de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia, comoquiera que

- i) Tienen poder de decisión para resolver la controversia, al punto que el laudo arbitral tiene efecto vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada;
- ii) tienen poder de coerción para procurar el cumplimiento de su decisión; iii) tienen el poder de practicar y valorar pruebas, a fin de adoptar la decisión que estimen ajustada a derecho; iv) y en general, tienen el poder de adoptar todas las medidas para dar solución a la controversia (CConst, T-058/1999, J. Araujo).

Por su parte, el reciente *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional*, en su artículo 16, dispuso que “los árbitros y secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 48

previstas para los jueces en el *Código de Procedimiento Civil*, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único...”.

Por último, el citado Tribunal Constitucional, de manera reciente, en la *Sentencia C-305 de 2013* reiteró que el arbitramento es un mecanismo para impartir justicia a través del cual se hace efectiva la función pública del Estado y, aunado a ello, que los árbitros quedan investidos de la función de administrar justicia (CConst, C-305/2013, G. Mendoza).

En tal orden de ideas, resulta claro que los árbitros ejercen funciones judiciales, razón por la cual NO existe fundamento constitucional alguno que permita afirmar que dichos particulares no están facultados para asumir el conocimiento de ciertos asuntos, comoquiera que la norma fundamental guardó silencio al respecto, lo cual quiere decir, que no estableció límite o restricción alguna a las competencias atribuidas a dichos particulares por virtud del pacto arbitral.

## **2.2. Inexistencia de restricción alguna de la Justicia Arbitral a la luz de los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política**

La Corte Constitucional, en la *sentencia C-1436 de 2000*, al defender la falta de competencia de la justicia arbitral para conocer de la legalidad de actos administrativos contractuales, se apoyó en los dictados del artículo 238 de la *Carta Política de 1991*, en cuanto dicho precepto autorizó, única y exclusivamente, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos y, por ende no le atribuyó dicha facultad a la Justicia Arbitral.

En efecto, dicha Corte dijo que, habida cuenta que dentro de las facultades de los árbitros no quedó comprendida la facultad de suspender provisionalmente los efectos de los actos



administrativos, con mayor razón “queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más”.

Por lo anterior, el alto Tribunal Constitucional concluyó que las cláusulas excepcionales dictadas durante la ejecución de un contrato estatal sólo podían ser objeto de examen por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, comoquiera que al tratarse dichos actos administrativos, de manifestaciones directas de la autoridad del Estado, “el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la Administración, no puede quedar librado a los particulares”.

Adicionalmente, en la providencia aludida se indicó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el juez natural de la legalidad de los actos dictados por la Administración Pública, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 236, 237 y 238 de la norma fundamental.

Pues bien, de conformidad con lo antes relatado conviene recordar que los artículos 236, 237 y 238 de la *Constitución Política de 1991*, consagraron, respectivamente, lo siguiente:

Artículo 236: El Consejo de Estado tendrá el número impar de magistrados que determine la ley.

El Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley.

La ley señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna.

Artículo 237: Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.

En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.

5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.

6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.

Artículo 238: la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Como se observa, de la simple lectura de los preceptos normativos previamente transcritos no resulta posible establecer que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sea por excelencia la única autoridad encargada de analizar de la legalidad de los actos proferidos por la Administración Pública, puesto que, por un lado, los artículos 236 y 237 hacen referencia a la composición, organización y atribuciones del Consejo de Estado y, por el otro, el artículo 238 le confirió a la ya mencionada Jurisdicción la facultad de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Así pues, no es cierto que de dichos artículos constitucionales se desprenda, de manera diáfana y expresa, que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sea la única autoridad judicial encargada de analizar los citados actos administrativos contractuales, razón por la cual a esta discusión le resulta plenamente aplicable el principio de interpretación jurídica según el cual “donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete”.

Por lo tanto, desde un punto de vista jurídico, resulta inviable deducir prohibiciones constitucionales implícitas que contradicen el tenor literal del artículo 116 constitucional,

precepto que como ya se indicó en el anterior acápite no estableció restricción alguna a las competencias de los árbitros.

A propósito de lo anterior, en este punto cabe destacar que la *Sentencia C-1436 de 2000* no fue adoptada de manera unánime, toda vez que los Magistrados Álvaro Tafur Galvis y Cristina Pardo Schlesinger presentaron sendos salvamentos de voto; en efecto, el primero de los nombrados al referirse a los artículos 236-238 de la Carta Política enfatizó que de dichas disposiciones no podía extraerse “la limitación directa que postula la sentencia toda vez que mediante ellas se prevé que el Consejo de Estado es Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley”.

Respecto de lo anterior conviene destacar un reciente pronunciamiento dictado por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, el 26 de agosto de 2013, a través del cual se resolvió una acción de tutela instaurada por INVÍAS en contra del Departamento del Magdalena; entre las citadas partes se suscribió un convenio interadministrativo a fin de aunar esfuerzos para adelantar el mejoramiento de la vía Palermo – Remolino – Guaimaro, ubicada en el mencionado ente territorial.

En efecto, la institución accionante afirmó que el procedimiento de selección de contratista adelantado por la citada entidad territorial se llevó a cabo con ciertas falencias que contrariaron las normas existentes en la contratación estatal.

Respecto de la citada *litis* la autoridad judicial respectiva decidió amparar no sólo el derecho fundamental al debido proceso administrativo de INVÍAS, sino también la posible conculcación del derecho a la locomoción en su dimensión positiva prestacional por parte del

Departamento del Magdalena, comoquiera que a pesar de las irregularidades advertidas respecto del proceso de licitación se insistía en continuar con dicho proceso de contratación, el cual podía originar pleitos demorados al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, poniendo en riesgo el derecho fundamental a la locomoción de los habitantes beneficiados por la obra respectiva.

Como consecuencia de la anterior decisión, el referido Juez Civil ordenó la siguiente medida:

Es de advertirse que el amparo constitucional invocado al ser concedido como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, **SUSPENDERÁ** la suscripción del contrato adjudicado por la Gobernación del Magdalena al Consorcio RIBERA ESTE dentro del proceso de Licitación Pública LP-DM-07-2012, hasta el momento en el cual se materialice un Acuerdo producto de las mesas de trabajo jurídico, o de no ser así, hasta que el Juez Administrativo profiera la respectiva decisión de fondo.

En ese orden de ideas, el anterior pronunciamiento jurisprudencial es un claro ejemplo de que el Juez de lo Contencioso Administrativo **NO** es la única autoridad encargada de pronunciarse acerca de la suspensión provisional de actos administrativos, comoquiera que en el asunto citado, un Juez Civil fue la autoridad que decidió suspender los efectos de un acto de adjudicación de un contrato estatal.

De conformidad con lo anterior, no hay lugar a afirmar que de los artículos 236, 237 y 238 constitucionales se desprenda una prohibición a la Justicia Arbitral para avocar el análisis de

la legalidad de actos administrativos, comoquiera que a la luz de los dictados del artículo 116 de la *Carta Política* las actuaciones de los árbitros sólo están sujetas a las siguientes condiciones: *i)* su función de administrar justicia es transitoria; *ii)* su habilitación proviene de las partes para dictar fallos en derecho o en equidad y *iii)* dicha función se ejerce en los términos que determine la ley.

### **2.3. Derogatoria del pronunciamiento jurisprudencial contenido en la *Sentencia C-1436 de 2000***

Los artículos 70 y 71 de la *Ley 80 de 1993* hacen referencia a la posibilidad que tiene la Administración de incluir en los contratos estatales la cláusula compromisoria o de suscribir un compromiso, con la finalidad de someter a la decisión de árbitros las diversas diferencias que puedan surgir con ocasión de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

Las mencionadas disposiciones normativas –se insiste– fueron declaradas exequibles condicionadamente, en la *sentencia C-1436 de 2000*, bajo el entendido que los árbitros designados para resolver las controversias suscitadas como consecuencia de la celebración, desarrollo, la terminación y liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencias para pronunciarse acerca de actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de potestades excepcionales.

No obstante, dichos artículos fueron derogados por el artículo 118 del *Estatuto Nacional e Internacional de Arbitraje*, en los siguientes términos: “Deróguese (...) los artículos 70 a 72 de la *Ley 80 de 1993*, (...), así como todas las disposiciones contrarias a la presente ley”.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que la *sentencia C-1436 de 2000*, al limitar las facultades de la Justicia Arbitral, analizó tales preceptos -derogados con la *Ley 1563 de 2012*-, se impone concluir que actualmente dicha restricción no tiene aplicación práctica a la luz del citado Estatuto, toda vez que la decisión aludida fue adoptada a partir del análisis de unas normas que ya no hacen parte del ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, resulta imperioso que la Corte Constitucional se pronuncie nuevamente sobre tal discusión, puesto que el reciente *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional*, en su artículo 1, contempló la posibilidad de que los árbitros se pronunciaran respecto de las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, cuestión que si bien flexibiliza en cierta medida la prohibición impuesta por la jurisprudencia de dicha Corte Judicial, lo cierto es que dicho Estatuto continúa restringiendo las facultades de la Justicia Arbitral.

#### **2.4. Interpretación histórica de la competencia de la Justicia Arbitral para conocer de la legalidad de actos administrativos contractuales**

Desde un punto de vista histórico se advierte que los *Decretos-leyes 150 de 1976 y 222 de 1983*, de manera expresa, excluyeron de la competencia de la Justicia Arbitral la posibilidad de pronunciarse respecto de la legalidad de actos administrativos contractuales, tales como aquellos que versaran sobre la caducidad y sus efectos, así como, tampoco los relativos a la terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato.

No obstante, con ocasión de la expedición de la *Ley 80 de 1993* se derogó de manera expresa el *Decreto-ley 222 de 1983* y, adicionalmente el citado Estatuto guardó silencio respecto

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 56

de la mencionada restricción, cuestión de la cual se infiere que la intención del Legislador fue la de suprimir las limitaciones impuestas a la Justicia Arbitral con ocasión de los *Decretos-leyes 150 de 1976 y 222 de 1983*.

Así las cosas, se tiene que, por un lado, los *Decretos-leyes 150 de 1976 y 222 de 1983* prohibían a los Tribunales de Arbitramento la posibilidad de conocer acerca de actos administrativos referidos a la caducidad, terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato, mientras que por el otro, la *Ley 80 de 1993* no hizo referencia alguna a las citadas limitaciones y/o restricciones de la Justicia Arbitral.

En tal sentido, resulta posible sostener que con la expedición de la *Ley 80 de 1993* la regulación de la actividad contractual del Estado Colombiano se puso a tono con la *Constitución Política de 1991*, norma fundamental que –se insiste– de ninguna manera estableció trabas a las competencias de la Justicia Arbitral.

Tanto es así que el artículo 69 de la *Ley 80 de 1993* dispuso que las autoridades no podrían establecer ningún tipo de prohibición a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias surgidas de los contratos estatales.

Adicionalmente, indicó expresamente que las entidades no prohibirían la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las discrepancias surgidas del contrato estatal.

En ese orden de ideas, se impone concluir que el establecimiento de algún tipo de limitación o restricción a la figura del arbitramento contraviene la prohibición que, de manera expresa, el legislador consagró; en tal sentido, Ibagón (2013) señaló que



De un análisis sistemático de los artículos 25 (num. 5), 68, 69, 70 y 71 de la *Ley 80 de 1993* y de los artículos 111 y siguientes de la *Ley 446 de 1998* se deriva que el arbitraje fue previsto como un mecanismo eficaz por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible defieren su solución a un tribunal arbitral. Una interpretación que niegue la competencia de los jueces arbitrales para conocer de la legalidad de los actos administrativos estaría en contra de tal prohibición de la utilización del arbitramento como mecanismo alternativo al judicial para solucionar controversias (Ibagón, 2013, p. 109).

Así pues, se tiene que la *Ley 80 de 1993* por un lado, eliminó del ordenamiento jurídico las prohibiciones existentes en los *Decretos-leyes 150 de 1976* y *222 de 1983* y, por el otro, dispuso que las autoridades no podrían prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa, por lo tanto, resulta evidente que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado contraría la mencionada prohibición.

## **2.5. Conciliación vs. Arbitramento**

El argumento de las altas Cortes para sustentar la incompetencia de los árbitros para conocer de la legalidad de actos de la Administración dictados con fundamento en potestades excepcionales consiste básicamente en que dichas decisiones no son transigibles, sin embargo, respecto de la anterior postura jurisprudencial vale la pena efectuar las siguientes precisiones:

En primer lugar, el artículo 70 de la *Ley 446 de 1998* estableció que las personas jurídicas de derecho público podrían conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conociera o pudiera conocer

la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del *Código Contencioso Administrativo* –hoy medios de control en el *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)*–, esto es, mediante la de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y de controversias contractuales (L. 446/98, Art 70).

A su turno, el artículo 71 del mismo cuerpo normativo dispuso que en aquellos casos en que esté de por medio un acto administrativo de carácter particular, se podrá conciliar sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales de revocatoria directa del artículo 69 del *Código Contencioso Administrativo* –hoy artículo 93 del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)*–, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado (L. 446/98, Art 71).

En virtud de lo anterior, teniendo en cuenta que la revocatoria directa del acto administrativo es uno de los efectos de la conciliación, siempre y cuando, se den algunas de las causales del artículo 69 del C.C.A., pues *mutatis mutandi* en el plano del también mecanismo alternativo del arbitramento no debería existir obstáculo alguno para que dichos particulares se pronunciaran respecto de la legalidad de cualquier acto administrativo contractual, inclusive de aquellas decisiones relativas a las potestades excepcionales contenidas en el artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*.

## **2.6. Inescindibilidad de los actos administrativos contractuales y sus efectos**

El *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional* en su artículo 1 contempló la posibilidad de que los árbitros sólo se pronunciarán respecto de las consecuencias económicas de los actos administrativos contractuales dictados con fundamento en las potestades excepcionales del artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*, dejando por fuera de tal competencia el análisis de la legalidad de dichos actos.

La referida circunstancia desconoce el principio de derecho procesal denominado continencia de la causa; la doctrina extranjera ha entendido que se divide la continencia de la causa “cuando se trata y decide por separado lo que procesalmente deba o pueda tratarse de modo conjunto” (Alcubilla, 2007, p. 301).

Por su parte, el Consejo de Estado la definió como “la conveniencia, por no decir la necesidad, de investigar "en conjunto" las diversas circunstancias resaltadas; vale decir, procesarlas "bajo una misma cuerda" y decidir las con una misma sentencia” (CE 1, 6 Feb. 1992, D. Suárez).

A su turno, la aludida Corporación, en sentencia calendada el 23 de febrero de 2000 a través de la cual se resolvió un recurso de anulación contra un laudo arbitral, precisó lo siguiente:

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

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 60

entre idénticas partes y respecto de los mismos hechos (CE. 1, 23 Feb. 2000, G. Rodríguez).

En virtud de lo anterior, resulta claro que atribuirle a la Justicia Arbitral únicamente el análisis de las consecuencias económicas derivadas de actos administrativos contractuales proferidos en virtud de potestades excepcionales, genera la división de la continencia de la causa, comoquiera que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sería la encargada de estudiar la legalidad del acto administrativo respectivo.

En este aspecto, resulta pertinente traer a colación el salvamento de voto del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra a la *sentencia C-1436 de 2000*, quien al apartarse de tal decisión hizo referencia a la inescindibilidad de la actividad contractual en los siguientes términos:

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 (CConst, C-1436/2000, Salvamento de Voto).

En tal orden de ideas, la circunstancia descrita en el artículo 1 del reciente Estatuto de Arbitraje, a todas luces, conllevaría a la existencia de fallos contradictorios proferidos por diferentes jurisdicciones, razón por la cual se requiere con urgencia que el ordenamiento jurídico

colombiano le reconozca la competencia plena a la Justicia Arbitral, a efectos de garantizar la unidad de jurisdicción respecto de aquellas decisiones contractuales dictadas con fundamento en potestades excepcionales.

### **2.7. El arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos**

En primer lugar, conviene destacar que la Exposición de Motivos de la *Ley 80 de 1993* al referirse a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos señaló lo siguiente:

Siguiendo tesis modernas que buscan descongestionar los despachos judiciales de todas aquellas materias, respecto de los cuales las propias partes puedan arreglar directamente sus diferencias o sus conflictos, con lo cual se "devuelve a la comunidad la capacidad de solución de conflictos que le quitó progresivamente un proceso lento pero persistente de jurisdiccionalización..."<sup>24</sup>, y además, como efecto trascendental del postulado de la autonomía de la voluntad, el cual, como se ha indicado, caracteriza al contrato estatal, el proyecto consagró una serie de mecanismos ágiles, sencillos, claros que se orientan a que las partes contratantes solucionen directamente los problemas no litigiosos y las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, evitando, en lo posible, las vías judiciales. (...).

Por ello se justifican las disposiciones contenidas en el artículo 27; numeral 7° del artículo 4°; numeral 1° del artículo 5°; numeral 5 del artículo 25; y artículo 52 entre otras, del proyecto. Y de otra parte se permite que si a pesar de ese proceder que se impone a las partes y que se orientará a evitar la ocurrencia de

conflictos mediante el manejo adecuado de los hechos nuevos que se presentan en desarrollo del contrato y con sujeción a las reglas de conducta descritas, en la ejecución o desarrollo del contrato se presentan conflictos o divergencias, el proyecto contempla que sean prioritariamente las partes quienes las solucionen directamente a través de mecanismos tales como la transacción, la conciliación, el arbitramento, etc.

De modo que la bondad que puede predicarse del proyecto, estriba en que dirime discusiones que debido a la falta de claridad legislativa se han suscitado. Tal es el caso de la viabilidad jurídica de la transacción en materia de derecho público; además, al hacerlo se encuentra a tono con modernas tendencias que pretenden evitar controversias judiciales innecesarias (Exposición de Motivos. *Ley 80 de 1993*).

En virtud de la anterior transcripción, se desprende que el espíritu del Legislador al contemplar mecanismos tales como la conciliación, transacción, arbitramento, estuvo encaminado, principalmente, a precaver litigios judiciales que contribuyeran a incrementar la congestión de los Despachos Judiciales de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El presente de la citada Jurisdicción clama por la necesidad de acudir a instrumentos alternativos de solución de conflictos que logren mitigar este fenómeno tan preocupante, comoquiera que, por lo menos el Consejo de Estado se encuentra fallando los casos que entraron a Despacho para elaborar proyecto de sentencia en el año de 2005, esto es, casi diez años

después, cuestión que a todas luces vulnera el derecho fundamental de los ciudadanos a obtener una justicia pronta y cumplida.

Al respecto, conviene traer a colación un reciente informe elaborado por la *Gerencia del Plan Especial de Descongestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo* –período comprendido entre el 1 y 28 de febrero de 2014– a través del cual se presentó la medición de resultados y rendimiento de la Jurisdicción aludida.

Del referido documento se extraerá cierta información de carácter estadístico relacionada con el nivel de congestión que actualmente afronta la plurimencionada Jurisdicción; en efecto, en lo atinente al inventario de procesos a cargo de Juzgados y Tribunales Administrativos a 31 de diciembre de 2013, el citado estudio precisó que:

Las cifras muestran una disminución de 44.192 procesos, disminución que se distribuye de la siguiente manera: se da en 37.689 procesos en Juzgados y 6.503 en Tribunales. En el mes de noviembre hablamos de una disminución de 7.143, esto muestra un incremento en el último mes de 1.440 procesos en Tribunales lo cual es producto de las apelaciones ya mencionadas con anterioridad, (...).

En términos porcentuales el inventario disminuyó en un 32%, destacándose que en el caso de los Juzgados la disminución es del 4.75 por ciento en tanto que en Tribunales la cifra es del 11 por ciento, esta situación es normal, en la medida que una proporción de los fallos de primera instancia de Juzgados, es apelada; situación que se refleja en el comportamiento de los inventarios de Tribunales (p. 25).

En lo que tiene que con el inventario de procesos a cargo del Consejo de Estado, el informe citado dio cuenta de lo siguiente:

En este capítulo se incluye un análisis del movimiento de inventario basado en las Estadísticas del Consejo de Estado, en esta oportunidad las cifras oficiales de la Rama Judicial preparadas por la UDAE con base a (sic) los reportes que los Despachos registran en el SIERJU, el cual a 31 de diciembre del 2013 es de 23.885 procesos, que comparado con el de diciembre del 2012 creció en 11,19 por ciento. Es decir que es necesario el diseño de estrategias y la toma de medidas para cumplir en el plazo estipulado lo ordenado por la *Ley 1437 de 2011*. (...).

Para efectos de analizar el inventario del Consejo de Estado, resulta útil presentar un resumen de la desagregación de este tipo de procesos, y una revisión a la participación de los seis más importantes se nota que el 38,28 por ciento está en acciones de reparación directa, 32,07 por ciento en nulidad y restablecimiento del derecho, 8,71 por ciento en acciones de simple nulidad, 6,27 por ciento en controversias contractuales, estos cuatro tipos suman el 85,33 por ciento de las acciones lo cual querría decir que es en estas acciones donde se debe centrar el esfuerzo para bajar el inventario de procesos.

Los datos arrojados por el citado análisis estadístico ponen en tela de juicio la eficiencia de la Rama Judicial, comoquiera que es evidente que la congestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es un problema de grandes proporciones que impide la realización



efectiva del derecho de Acceso a la Administración de Justicia, toda vez que sus decisiones no son adoptadas de manera pronta y cumplida.

Por lo tanto, vale la pena tomar conciencia de que la solución a este problema de gestión pública no radica en la necesidad de dotar a la Rama Judicial de mayor esfuerzo humano o material, sino que, por el contrario, resultaría interesante ahondar en la posibilidad de darle una mayor implementación a fórmulas de arreglo distintas al proceso judicial, tales como los mecanismos alternativos de solución de controversias, los cuales además de ser una herramienta eficaz para lograr la descongestión de despachos judiciales, son instrumentos que se tramitan con cierta celeridad y eficacia.

### **Capítulo III: Producto práctico**

El producto práctico del presente trabajo de grado consiste en la presentación de una demanda de inconstitucionalidad contra el inciso final del artículo 1 de la *Ley 1563 de 2012* comoquiera que vulnera los postulados del artículo 116 de la *Constitución Política de 1991*.

En efecto, la norma acusada es el inciso final del artículo 1 del *Estatuto Nacional e Internacional de Arbitraje*, a cuyo tenor:

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

Mientras que la norma infringida es el artículo 116 de la *Constitución Política*, el cual dispone:

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 (CN Art. 116).

En efecto, la norma jurídica acusada hace referencia a los requisitos para que un tribunal de arbitramento dicte un laudo en derecho; a saber: i) aquellas controversias en las cuales se encuentre involucrada una entidad pública o cualquier persona que desempeñare funciones administrativas y, ii) que la disputa se haya suscitada con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, inclusive las

consecuencias económicas derivadas de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.

De lo anterior, se desprende que si bien el Legislador está admitiendo la posibilidad de que los árbitros se pronuncien respecto de actos administrativos contractuales dictados con fundamento en potestades excepcionales, lo cierto es que el Congreso de la República restringió dicha competencia, única y exclusivamente, al análisis de las consecuencias económicas de los mencionados actos administrativos, dejando por fuera el estudio de la legalidad de las citadas decisiones de la Administración.

Pues bien, la situación descrita va en contravía de lo dispuesto en el artículo 116 de la *Constitución Política* comoquiera que el Legislador está limitando las facultades que el Constituyente le confirió a la Justicia Arbitral, comoquiera que dichos particulares, al administrar justicia de manera transitoria, quedan investidos de las mismas facultades y prerrogativas que cualquier Juez de la República.

Adicionalmente, en contraposición a uno de los argumentos esbozados por la Corte Constitucional en la *sentencia C-1436 de 2000*, no es viable aseverar que de los artículos 236, 237 y 238 superiores se desprenda prohibición alguna a las competencias de la Justicia Arbitral para avocar el análisis de la legalidad de decisiones de la Administración adoptadas a partir del artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*, puesto que los citados artículos hacen referencia tanto a la composición, organización y atribuciones del Consejo de Estado, como a la facultad que tiene la tantas veces mencionada Jurisdicción de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 68

A su turno, conviene advertir que la *sentencia C-1436 de 2000*, al limitar las facultades de la Justicia Arbitral, efectuó un examen de constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la *Ley 80*, no obstante, los citados mandatos legales fueron derogados de manera expresa por la *Ley 1563 de 2012*, circunstancia a partir de la cual se colige que actualmente dicha restricción no tiene aplicación práctica a la luz del citado Estatuto, toda vez que el aludido pronunciamiento jurisprudencial fue adoptado a partir del análisis de unos preceptos que ya no existen dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Otro argumento a tener en cuenta para defender la amplia competencia de la justicia arbitral está relacionado con el análisis histórico de las regulaciones contractuales anteriores a la *Ley 80*, comoquiera que por un lado, los *Decretos-leyes 150 de 1976 y 222 de 1983* prohibían a los Tribunales de Arbitramento la posibilidad de avocar el conocimiento de los actos administrativos concernientes a la caducidad, terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato, mientras que por el otro, la mencionada *Ley 80* no hizo referencia alguna a las citadas limitaciones y/o restricciones de la Justicia Arbitral.

Por su parte, en la citada demanda debe destacarse que al efectuar una comparación entre la conciliación y el arbitramento, ambos mecanismos alternos de solución de conflictos, se observa que dentro del trámite de una conciliación se puede producir la revocatoria directa de un acto administrativo, siempre y cuando, concurriera cualquiera de las causales previstas en el artículo 69 del *Código Contencioso Administrativo* –hoy artículo 93 del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*–, mientras que, como ya se ha anotado en el desarrollo del presente trabajo, en el arbitraje se encuentra restringida la facultad de

los árbitros respecto de los actos administrativos contractuales referidos a las potestades de excepción, sin que exista fundamento constitucional alguno que avale dicha restricción.

A su turno, en el mencionado producto práctico se resaltarán que restringir la competencia de los árbitros al examen de los efectos económicos de los mencionados actos administrativos, sin que pudiesen ahondar respecto de la legalidad de dichas decisiones, desconoce el principio de la continencia de la causa, comoquiera que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sería la encargada de dicha labor, cuestión que podría llevar a la elaboración de diversos fallos respecto de una misma causa dictados por autoridades jurisdiccionales diferentes.

Por las anteriores consideraciones, el citado inciso debe ser declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a efectos de que dicha Corte Judicial elimine del ordenamiento jurídico colombiano dicho precepto, el cual obstaculiza las facultades de los árbitros respecto del análisis de legalidad de los actos administrativos contractuales dictados con fundamento en el artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*.

### **Conclusiones**

Hoy día la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo enfrenta una gran congestión judicial; específicamente, la Sección Tercera del Consejo de Estado –competente para avocar el conocimiento de las controversias de naturaleza contractual– se encuentra fallando procesos que entraron al Despacho para elaborar proyecto de fallo en el año 2005, circunstancia que no deja de generar preocupación en todos aquellos administrados que, antes de poner en movimiento el aparato jurisdiccional, reflexionan con mayor detenimiento respecto de si para darle solución a su caso particular podrían hacer uso de algún otro mecanismo alternativo de solución de controversias (MASC).

Ante tal panorama, la *Constitución Política de 1991* le confirió expresamente a los particulares la facultad de administrar justicia, de manera transitoria, para desempeñarse entre otras cosas, como árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determinare la ley.

No obstante lo anterior, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado han hecho hincapié en señalar que en materia de actos administrativos, la justicia arbitral no está facultada para pronunciarse respecto de la legalidad de actos administrativos que versen sobre las potestades excepcionales previstas en el artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*.

La referida tesis negativa se fundamentó básicamente en que al ser las cláusulas de excepción al derecho común unas medidas que adopta la Administración Pública como manifestación de su *imperium*, las cuales sólo pueden ser examinadas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, comoquiera dichos jueces son los encargados, de manera exclusiva,

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 71

de estudiar la legalidad de actos administrativos, de conformidad con los dictados de los artículos 236, 237 y 238 de la norma fundamental.

En efecto, en la Sentencia *C-1436 de 2000* se señaló que si el artículo 238 de la *Carta Política* no le confió a los particulares la facultad de suspender provisionalmente actos administrativos, pues mucho menos tendrían competencia para analizar la legalidad de decisiones de la Administración expedidas con fundamento en potestades excepcionales.

Interpretación que carece de sustento constitucional y legal, puesto que el artículo 116 fundamental no estableció restricción alguna a la facultad de los árbitros y, dado el evento en que existiera, sólo podría ser impuesta por el legislador, de conformidad con lo previsto por el referido precepto normativo.

A su turno, conviene resaltar que desde un punto de vista teleológico la justicia arbitral fue instituida como un mecanismo alternativo de solución de controversias, a través de la cual se lograra descongestionar los despachos judiciales, por lo tanto, resulta inadmisibles que la jurisprudencia de las altas cortes desconozcan la intención del constituyente y, aunado a ello establezcan limitaciones a las facultades de dichos particulares, teniendo en cuenta que el Congreso de la República es el cuerpo colegiado encargado de determinar el marco de acción de dichos Tribunales de Arbitramento.

Así las cosas, el inciso final del artículo 1 de la *Ley 1563 de 2012* al restringir las facultades de los árbitros, única y exclusivamente, al estudio de las consecuencias económicas de los actos administrativos contractuales dictados con fundamento en potestades excepcionales, debe ser declarado inexecutable, toda vez que dicho precepto normativo está limitando la

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 72

competencia de dichos particulares, circunstancia que evidentemente va en contravía con lo normado en la *Carta Política de 1991*.



### Bibliografía

- Alcubilla, E. (2007). *Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Madrid. Editorial La Ley.
- Arango Hernández, N. (26 de agosto de 2013). *Sentencia de tutela dictada dentro del proceso tramitado entre el INVÍAS vs. DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA*. Recuperado de: <http://www.ramajudicial.gov.co>
- Araujo Rentería, J. (2 de febrero de 2009). *Sentencia T-058 de 1999*. Bogotá: Corte Constitucional. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6564>
- Beltrán Sierra, A. (25 de octubre de 2000). *Sentencia C-1436 de 2000. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública"*. Bogotá: Corte Constitucional. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6564>
- Betancourt Jaramillo, C. Et. Ali. (1994). *Comentarios al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Congreso de la República de Colombia (Octubre 24 de 1931). *Ley 105 de 1931. Sobre organización judicial y procedimiento civil*. Recuperado de: [www.redjuridicacutctc.com/legislacion/LEY\\_105\\_DE\\_1931.doc](http://www.redjuridicacutctc.com/legislacion/LEY_105_DE_1931.doc)

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 74

Congreso de la República de Colombia (Febrero 25 de 1938). *Ley 2 de 1938. Por la cual se da validez a la cláusula compromisoria.* Recuperado de:  
<http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/lexbase/normas/leyes/1938/10002de1938.htm>

Congreso de la República de Colombia (Septiembre 30 de 1964). *Ley 4 de 1964. Por la cual se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos.,* Recuperado de:  
<http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/inicio4b8.asp>

Congreso de la República de Colombia. (Octubre 28 de 1993). *Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* Recuperado de:  
[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley\\_0080\\_1993.html#27](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0080_1993.html#27)

Congreso de la República de Colombia. (Febrero 5 de 2002). *Ley 734 de 2002. Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.* Recuperado de:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4589>

Congreso de la República de Colombia. (Julio 12 de 2012). *Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.* Recuperado de:  
[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley\\_0080\\_1993.html#27](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0080_1993.html#27)

Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia.* Bogotá: editorial Leyer.

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 75

Correa Palacio, R. (27 de marzo de 2008). *Sentencia dictada dentro del expediente 33644*.

Bogotá Consejo de Estado. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconde2.asp>

Correa Palacio, R. (27 de marzo de 2008). *Sentencia dictada dentro del expediente 33645*.

Bogotá Consejo de Estado. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconde2.asp>

Correa Palacio, R. (14 de abril de 2005). *Sentencia dictada dentro del expediente 25489*.

Bogotá: Consejo de Estado. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconde2.asp>

Dávila Vinuesa, Luis Guillermo. (2003). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal:*

*Aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*. Bogotá. Editorial Legis.

Díaz-Candia H. (2009). *La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos: hacia*

*el arbitraje contencioso administrativo*. *Revista Internacional de Arbitraje*.

Bogotá: Colombia. Legis Editores S.A.

Escobar Gil, Rodrigo. (1999). *Teoría General de los Contratos de la Administración*

*Pública*. Bogotá: Editorial Legis.

Fajardo, M. (2007). Perspectivas del arbitraje en la contratación estatal. En *Temas*

*estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación*. Bogotá:

Editorial Universidad del Rosario.

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 76

Fajardo, M. (17 de abril de 2013). *Sentencia dictada dentro del expediente 42532*. Bogotá.

*Consejo de Estado*. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconde2.asp>

González Cuervo, M. (9 de mayo de 2012). *Sentencia C-334 de 2012. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 304 de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*. Bogotá: Corte Constitucional. Recuperado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6564>

Gil Botero, E. (30 de enero de 2013). *Sentencia dictada dentro del expediente 23519*.

*Bogotá. Consejo de Estado*. Recuperado de:

<http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconde2.asp>

Gil Echeverry, Jorge Hernán. (2013). *Régimen Arbitral Colombiano: Ley 1563 de 2012*.

Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Hadad Álvarez, F. (2012). *Tribunales de Arbitramento internacionales para contratos estatales: Las consecuencias jurídico-económicas relacionadas con la solución de conflictos en Tribunales de Arbitramento*. Saarbrücken: Editorial Académica Española.

Ibagón M. (2012). *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*. Bogotá: Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Martínez, N. (2013). El pacto arbitral. En *Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*. Bogotá: Editorial Legis.

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 77

Mayorca, C. (2013). Clases de arbitraje en la nueva Ley de Arbitraje. En *Estatuto Arbitral Colombiano: Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*. Bogotá: Editorial Legis.

Mendoza Martelo, Gabriel Eduardo. (22 de mayo de 2013). *Sentencia C-1436 de 2000. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública”*. Bogotá: Corte Constitucional. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6564>

Opetit, B. (1998). *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Colombia. Legis Editores S.A.

Palacio, M. (2004). *Cláusulas excepcionales*. En: *Revista de Derecho Público No. 17*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Pardo Schlesinger, C. (25 de octubre de 2000). *Salvamento de voto a la Sentencia C-1436 de 2000*. Bogotá: Corte Constitucional. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6564>

Rodríguez Villamizar, G. (23 de febrero de 2000). *Sentencia dictada dentro del expediente 16394*. Bogotá Consejo de Estado. Recuperado de: <http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconde2.asp>

Salcedo Castro, M. (2006). *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración: Estudio de derecho comparado francés y colombiano*. Bogotá: Colombia. Editorial Universidad del Rosario.

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 78

Suárez Hernández, D. (6 de febrero de 1992). *Sentencia dictada dentro del expediente 6843. Bogotá Consejo de Estado.* Recuperado de:  
<http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconde2.asp>

Suárez Hernández, D. (15 de mayo de 2002). *Sentencia dictada dentro del expediente 5326. Bogotá Consejo de Estado.* Recuperado de:  
<http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconde2.asp>

Tafur Galvis, A. (25 de octubre de 2000). *Salvamento de voto a la Sentencia C-1436 de 2000. Bogotá: Corte Constitucional.* Recuperado de:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6564>

Tafur Galvis, A. (11 de diciembre de 2001). *Sentencia T-1341 de 2001. Bogotá: Corte Constitucional.* Recuperado de:  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6564>

Zambrano Barrera, C. (27 de febrero de 2013). *Sentencia dictada dentro del expediente 20251. Bogotá Consejo de Estado.* Recuperado de:  
<http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconde2.asp>

**Anexo I: Demanda de inconstitucionalidad**

Bogotá, 16 de mayo de 2014

Honorables Magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL

Bogotá

REF.: Acción de inconstitucionalidad

Yo, Karina Margarita García Cantillo, ciudadana colombiana mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.082'842.451, expedida en Santa Marta, obrando en nombre propio, con domicilio en la ciudad de Bogotá y residente en la dirección calle 126 No. 47-42 apto. 401, respetuosamente me dirijo a ustedes en uso de mis derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la *Constitución Política*, con el fin de interponer la acción de inconstitucionalidad contra el inciso final del artículo 1 de la *Ley 1563 de 2012*, por cuanto el legislador excedió mandatos de la *Constitución Política* en su artículo 116.

NORMA ACUSADA.

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

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, **incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho** (Se destaca el aparte demandado).

NORMA CONSTITUCIONAL INFRINGIDA

A continuación me permito transcribir la norma constitucional infringida:



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

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

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

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

Con la presente demanda de constitucionalidad se pretende la declaratoria de inexecutable parcial del artículo 1 de la *Ley 1563 de 2012* comoquiera que el Legislador al conferirle a los árbitros la facultad analizar las consecuencias económicas de los actos administrativos dictados con fundamento en potestades excepcionales, sin que aquellos tengan la posibilidad de estudiar la legalidad del mismo, está restringiendo y/o limitando las facultades de dichos particulares, cuestión que vulnera el artículo 116 de la *Carta Política de 1991*.

A continuación se presentarán diversos argumentos a favor de la competencia plena de la Justicia Arbitral.

### **Primer argumento**

Los árbitros son particulares, investidos de manera transitoria, de la facultad de administrar justicia, en efecto, el artículo 116 de la *Constitución Política de 1991*, señaló que: “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”.

Pues bien, de la lectura del citado precepto surge el siguiente interrogante ¿cuáles son las facultades de la justicia arbitral respecto del análisis de la legalidad de los actos administrativos dictados en virtud de una relación contractual?

Para dar respuesta al interrogante formulado resulta menester destacar que del tenor literal del citado artículo constitucional no se deriva restricción o limitación alguna que hubiere consagrado el constituyente respecto de la Administración de Justicia a cargo de particulares en calidad de conciliadores o de árbitros.

Por el contrario, la Carta Política al conferirle a los árbitros la posibilidad de Administrar Justicia, les atribuyó a dichos particulares las mismas facultades y prerrogativas que cualquier Juez de la República, esto quiere decir que cuando los árbitros asumen el conocimiento de un asunto en cualquier ramo del derecho actúan como lo harían las autoridades judiciales, de que trata el artículo 116 de la *Constitución Política de 1991*.

Al respecto, conviene traer a colación un salvamento de voto del ex – Consejero de Estado Ricardo Hoyos Duque a la sentencia dictada el 8 de junio de 2000 dentro del expediente No. 16.973, quien al apartarse de la decisión aludida señaló que la competencia de los árbitros era plena, en los siguientes términos:

La actual *Carta Política* regula de manera expresa el arbitramento en el inciso final del Artículo 116. Las únicas limitaciones constitucionales existentes en materia arbitral, son las que se desprenden de lo dispuesto en el inciso final del Artículo 116 de la Carta y que fueron precisadas por la Corte en la sentencia C-294 de 6 de julio de 1995. En relación con el alcance del arbitramento en los contratos estatales, la *Ley 80 de 1993* se abstuvo en forma expresa de establecer algún tipo de restricción y por el contrario, a diferencia de lo que sucedía en los anteriores estatutos contractuales, amplió notablemente su campo de aplicación. (...). Por consiguiente, la competencia del juez arbitral es plena y no podría ser de otra forma, si se tiene en cuenta que su función es impartir justicia de la misma manera que lo hacen los órganos investidos de esa autoridad, es decir, que se está en presencia de un equivalente jurisdiccional frente al cual no existe ninguna razón constitucional para imponerle limitaciones a su función (CE 1, 8 Jun 2000, R. Hoyos, Salvamento de Voto).

A su turno, se destaca un fragmento del salvamento del Magistrado Beltrán Sierra a la *Sentencia C-1436 de 2000*, en el cual se argumentó 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 ésta 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 que conocen 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 (CConst, C-1436/2000, Salvamento de Voto).

También se destaca que el parágrafo 2 del artículo 55 de la *Ley 734 de 2002* estableció que los árbitros y conciliadores quedarían sometidos al régimen de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses de los funcionarios judiciales en lo que fuere compatible con su naturaleza particular. "Las sanciones a imponer serán las consagradas para los funcionarios judiciales acorde con la jerarquía de la función que le competía al juez o magistrado desplazado".

Asimismo, la Corte Constitucional, a través de *sentencia T-058 de 2009*, señaló que los árbitros gozaban de los mismos poderes procesales básicos de los jueces para administrar justicia, comoquiera que

- i) Tienen poder de decisión para resolver la controversia, al punto que el laudo arbitral tiene efecto vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada;
- ii) tienen poder de coerción para procurar el cumplimiento de su decisión; iii)
- tienen el poder de practicar y valorar pruebas, a fin de adoptar la decisión que

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 85

estimen ajustada a derecho; iv) y en general, tienen el poder de adoptar todas las medidas para dar solución a la controversia (CConst, T-058/1999, J. Araujo).

Por su parte, el reciente *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional*, en su artículo 16, dispuso que “los árbitros y secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el *Código de Procedimiento Civil*, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único...”.

Por último, el citado Tribunal Constitucional, de manera reciente, en la *Sentencia C-305 de 2013* reiteró que el arbitramento es un mecanismo para impartir justicia a través del cual se hace efectiva la función pública del Estado y, aunado a ello, que los árbitros quedan investidos de la función de administrar justicia (CConst, C-305/2013, G. Mendoza).

En tal orden de ideas, resulta claro que los árbitros ejercen funciones judiciales, razón por la cual NO existe fundamento constitucional alguno que permita afirmar que dichos particulares no están facultados para avocar el conocimiento de ciertos asuntos, comoquiera que la norma fundamental guardó silencio al respecto, lo cual quiere decir, que no estableció límite o restricción alguna a las competencias atribuidas a dichos particulares por virtud del pacto arbitral.

### **Segundo argumento**

La Corte Constitucional, en la *sentencia C-1436 de 2000*, al defender la incompetencia de la justicia arbitral para conocer de la legalidad de actos administrativos contractuales, se apoyó en los dictados del artículo 238 de la *Carta Política*, en cuanto dicho precepto autorizó, única y

exclusivamente, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para suspender provisionalmente los efectos de actos administrativos y, por ende no le atribuyó dicha facultad a la Justicia Arbitral.

En efecto, dicha Corte dijo que, habida cuenta que dentro de las facultades de los árbitros no quedó comprendida la facultad de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, con mayor razón “queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo menos, jamás podrá lo más”.

Por lo anterior, el alto Tribunal Constitucional concluyó que las cláusulas excepcionales dictadas con ocasión un contrato estatal sólo podían ser objeto de examen por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, comoquiera que al tratarse dichos actos administrativos, de manifestaciones directas de la autoridad del Estado, “el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la Administración, no puede quedar librado a los particulares”.

Adicionalmente, en la providencia aludida se indicó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el juez natural de la legalidad de los actos dictados por la Administración Pública, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 236, 237 y 238 de la norma fundamental.

Pues bien, de conformidad con lo antes relatado conviene recordar que los artículos 236, 237 y 238 de la *Constitución Política de 1991*, consagraron, respectivamente, lo siguiente:

Artículo 236: El Consejo de Estado tendrá el número impar de magistrados que determine la ley.

El Consejo se dividirá en salas y secciones para separar las funciones jurisdiccionales de las demás que le asignen la Constitución y la ley.

La ley señalará las funciones de cada una de las salas y secciones, el número de magistrados que deban integrarlas y su organización interna.

Artículo 237: Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen.

En los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación, el gobierno debe oír previamente al Consejo de Estado.

4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley.

5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.

6. Darse su propio reglamento y ejercer las demás funciones que determine la ley.

Artículo 238: la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Como se observa, de la simple lectura de los preceptos normativos previamente transcritos no resulta posible establecer que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sea por excelencia la única autoridad encargada de analizar de la legalidad de los actos proferidos por la Administración Pública, puesto que, por un lado, los artículos 236 y 237 hacen referencia a la composición, organización y atribuciones del Consejo de Estado y, por el otro, el artículo 238 le confirió a la ya mencionada Jurisdicción la facultad de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

Así pues, no resulta cierto que de dichos artículos constitucionales se desprenda, de manera diáfana y expresa, que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sea la única autoridad judicial encargada de analizar los citados actos administrativos contractuales, razón por la cual a esta discusión le resulta plenamente aplicable el principio de interpretación jurídica



según el cual “donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete”, por lo tanto, no resulta jurídicamente viable deducir prohibiciones constitucionales implícitas que contradicen el tenor literal del artículo 116 constitucional, precepto que como ya se indicó en el anterior acápite no estableció restricción alguna a los competencias de los árbitros.

A propósito de lo anterior, en este punto cabe destacar que la *Sentencia C-1436 de 2000* no fue adoptada de manera unánime, puesto que los Magistrados Álvaro Tafur Galvis y Cristina Pardo Schlesinger presentaron sendos salvamentos de voto; en efecto, el primero de los nombrados al referirse a los artículos 236-238 de la *Carta Política* enfatizó que de dichas disposiciones no podía extraerse “la limitación directa que postula la sentencia toda vez que mediante ellas se prevé que el Consejo de Estado es Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que señale la ley”.

En este punto conviene destacar un reciente pronunciamiento dictado por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, el 26 de agosto de 2013, a través del cual se resolvió una acción de tutela instaurada por INVÍAS en contra del Departamento del Magdalena; entre las citadas partes se suscribió un convenio interadministrativo a fin de aunar esfuerzos para adelantar el mejoramiento de la vía Palermo – Remolino – Guaimaro, ubicada en el mencionado ente territorial.

En efecto, la institución accionante afirmó que el procedimiento de selección de contratista adelantado por la citada entidad territorial se llevó a cabo con ciertas falencias que contrariaron las normas existentes en la contratación estatal.

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 90

Respecto de la citada *litis* la autoridad judicial respectiva decidió amparar no sólo el derecho fundamental al debido proceso administrativo de INVÍAS, sino también la posible conculcación del derecho a la locomoción en su dimensión positiva prestacional por parte del Departamento del Magdalena, comoquiera que a pesar de las irregularidades advertidas respecto del proceso de licitación se insistía en continuar con dicho proceso de contratación, el cual podía originar pleitos demorados al interior de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo poniendo en riesgo el derecho fundamental a la locomoción de los habitantes beneficiados por la obra respectiva.

Adicionalmente, el referido Juez Civil ordenó la siguiente medida:

Es de advertirse que el amparo constitucional invocado al ser concedido como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, **SUSPENDERÁ** la suscripción del contrato adjudicado por la Gobernación del Magdalena al Consorcio RIBERA ESTE dentro del proceso de Licitación Pública LP-DM-07-2012, hasta el momento en el cual se materialice un Acuerdo producto de las mesas de trabajo jurídico, o de no ser así, hasta que el Juez Administrativo profiera la respectiva decisión de fondo.

Pues bien, el anterior pronunciamiento jurisprudencial es un claro ejemplo de que el Juez de lo Contencioso Administrativo NO es la única autoridad encargada de pronunciarse acerca de la suspensión provisional de actos administrativos, comoquiera que en el asunto citado, un Juez Civil fue la autoridad que decidió suspender los efectos de un acto de adjudicación.

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 91

Así las cosas, no hay lugar a afirmar que de los artículos 236, 237 y 238 constitucionales se desprenda una prohibición a la Justicia Arbitral para avocar el análisis de la legalidad de actos administrativos, comoquiera que a la luz de los dictados del artículo 116 de la *Carta Política* las actuaciones de los árbitros sólo están sujetas a las siguientes condiciones: *i)* su función de administrar justicia es transitoria; *ii)* su habilitación proviene de las partes para dictar fallos en derecho o en equidad y *iii)* dicha función se hará en los términos que determinara la ley.

### **Tercer argumento**

Los artículos 70 y 71 de la *Ley 80 de 1993* se refieren a la posibilidad que tiene la Administración de incluir en los contratos estatales la cláusula compromisoria o de suscribir un compromiso, con la finalidad de someter a la decisión de árbitros las diversas diferencias que puedan surgir con ocasión de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

Las mencionadas disposiciones normativas –se insiste– fueron declaradas exequibles condicionadamente, en la *sentencia C-1436 de 2000*, bajo el entendido que los árbitros designados para resolver las controversias suscitadas como consecuencia de la celebración, desarrollo, la terminación y liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencias para pronunciarse acerca de actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de potestades excepcionales.

No obstante, dichos artículos fueron derogados por el artículo 118 del *Estatuto Nacional e Internacional de Arbitraje*, en los siguientes términos: “Deróguese (...) los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993, (...), así como todas las disposiciones contrarias a la presente ley”.

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 92

Por consiguiente, teniendo en cuenta que la *sentencia C-1436 de 2000*, al limitar las facultades de la Justicia Arbitral, analizó tales preceptos -derogados con la *Ley 1563 de 2012*-, se impone concluir que actualmente dicha restricción no tiene aplicación práctica a la luz del citado Estatuto, toda vez que la decisión aludida fue adoptada a partir del análisis de unas normas que ya no hacen parte del mundo jurídico.

En ese orden de ideas, resulta imperioso que la Corte Constitucional se pronuncie nuevamente sobre tal discusión, puesto que el reciente *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional*, en su artículo 1, contempló la posibilidad de que los árbitros se pronunciaran respecto de las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, cuestión que si bien flexibiliza en cierta medida la prohibición impuesta por la jurisprudencia de dicha Corte Judicial, lo cierto es que dicho Estatuto continúa restringiendo las facultades de la Justicia Arbitral.

#### **Cuarto argumento**

Desde un punto de vista histórico se advierte que los *Decretos-leyes 150 de 1976 y 222 de 1983*, de manera expresa, excluyeron de la competencia de la Justicia Arbitral la posibilidad de pronunciarse respecto de la legalidad de actos administrativos contractuales, tales como aquellos que versaran sobre la caducidad y sus efectos, así como, tampoco los relativos a la terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato.

No obstante, con ocasión de la expedición de la *Ley 80 de 1993* se derogó de manera expresa el *Decreto-ley 222 de 1983* y, adicionalmente el citado Estatuto guardó silencio respecto de la citada restricción, cuestión de la cual se infiere que la intención del Legislador fue la de

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 93

suprimir las limitaciones impuestas a la Justicia Arbitral con ocasión de los *Decretos-leyes 150 de 1976 y 222 de 1983*.

Así las cosas, se tiene que, por un lado, los *Decretos-leyes 150 de 1976 y 222 de 1983* prohibían a los Tribunales de Arbitramento la posibilidad de conocer acerca de actos administrativos referidos a la caducidad, terminación, modificación e interpretación unilaterales del contrato, mientras que por el otro, la *Ley 80 de 1993* no hizo referencia alguna a las citadas limitaciones y/o restricciones de la Justicia Arbitral.

En tal sentido, resulta posible sostener que con la expedición de la *Ley 80 de 1993* la regulación de la actividad contractual del Estado Colombiano se puso a tono con la *Constitución Política de 1991*, norma fundamental que –se insiste– de ninguna manera estableció trabas a las competencias de la Justicia Arbitral.

Tanto es así que el artículo 69 de la *Ley 80 de 1993* dispuso que las autoridades no podrían establecer ningún tipo de prohibición a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias surgidas de los contratos estatales.

Adicionalmente, indicó que las entidades no prohibirían la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las discrepancias surgidas del contrato estatal.

En ese orden de ideas, se impone concluir que establecer algún tipo de limitación o restricción a la figura del arbitramento contraviene la prohibición que, de manera expresa, el legislador estableció; en tal sentido, Ibagón (2013) señaló que

De un análisis sistemático de los artículos 25 (núm. 5), 68, 69, 70 y 71 de la *Ley 80 de 1993* y de los artículos 111 y siguientes de la *Ley 446 de 1998* se deriva que el arbitraje fue previsto como un mecanismo eficaz por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible defieren su solución a un tribunal arbitral. Una interpretación que niegue la competencia de los jueces arbitrales para conocer de la legalidad de los actos administrativos estaría en contra de tal prohibición de la utilización del arbitramento como mecanismo alternativo al judicial para solucionar controversias (Ibagón, 2013, p. 109).

Así pues, se tiene que la *Ley 80 de 1993* por un lado, eliminó del ordenamiento jurídico las prohibiciones existentes en los *Decretos-leyes 150 de 1976* y *222 de 1983* y, por el otro, dispuso que las autoridades no podrían prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa, por lo tanto, resulta evidente que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado contraviene la mencionada prohibición.

### **Quinto argumento**

El argumento de las altas Cortes para sustentar la incompetencia de los árbitros para conocer de la legalidad de actos de la Administración dictados con fundamento en potestades excepcionales consiste básicamente en que dichas decisiones no son transigibles, sin embargo, respecto de la anterior postura jurisprudencial vale la pena efectuar las siguientes precisiones:

En primer lugar, el artículo 70 de la *Ley 446 de 1998* estableció que las personas jurídicas de derecho público podrían conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conociera o pudiera conocer

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 95

la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del *Código Contencioso Administrativo* –hoy *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*–, esto es, mediante la de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y de controversias contractuales.

A su turno, el artículo 71 del mismo cuerpo normativo dispuso que en aquellos casos en que esté de por medio un acto administrativo de carácter particular, se podrá conciliar sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales de revocatoria directa del artículo 69 del *Código Contencioso Administrativo* –hoy artículo 93 del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*–, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado (L. 446/98, Art 71).

En virtud de lo anterior, teniendo en cuenta que la revocatoria directa del acto administrativo es uno de los efectos de la conciliación, siempre y cuando, concurren algunas de las causales del artículo 69 del C.C.A., pues *mutatis mutandi* en el plano del también mecanismo alternativo del arbitramento no debería existir obstáculo alguno para que dichos particulares se pronunciaran respecto de la legalidad de cualquier acto administrativo contractual, inclusive aquellas decisiones relativas a las potestades excepcionales del artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*.

### **Sexto argumento**

El reciente *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional* en su artículo 1 contempló la posibilidad de que los árbitros sólo se pronunciaran respecto de las consecuencias económicas de los actos administrativos contractuales dictados con fundamento en las potestades excepcionales

Arbitrabilidad de los Actos Administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal 96

del artículo 14 de la *Ley 80 de 1993*, dejando por fuera de tal competencia el análisis de la legalidad de dichos actos.

La referida circunstancia desconoce el principio de derecho procesal denominado continencia de la causa; la doctrina extranjera ha entendido que se divide la continencia de la causa “cuando se trata y decide por separado lo que procesalmente deba o pueda tratarse de modo conjunto” (Alcubilla, 2007, p. 301).

Por su parte, el Consejo de Estado la definió como “la conveniencia, por no decir la necesidad, de investigar "en conjunto" las diversas circunstancias resaltadas; vale decir, procesarlas "bajo una misma cuerda" y decidir las con una misma sentencia” (CE 1, 6 Feb. 1992, D. Suárez).

A su turno, la aludida Corporación, en sentencia calendada el 23 de febrero de 2000 a través de la cual se resolvió un recurso de anulación contra un laudo arbitral, precisó lo siguiente:

De admitirse que un juez pueda pronunciarse sobre los efectos del acto administrativo y que otro sea el que juzgue la legalidad de ese mismo acto, se escindiría la continencia de la causa; es decir, se desarticularía la unidad que debe imperar en todo tipo de proceso, para que se tramite sólo una acción, ante un sólo juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así fallos diferentes entre idénticas partes y respecto de los mismos hechos (CE. 1, 23 Feb. 2000, G. Rodríguez).

En virtud de lo anterior, resulta claro que atribuirle a la Justicia Arbitral únicamente el análisis de las consecuencias económicas derivadas de actos administrativos contractuales



proferidos en virtud de potestades excepcionales, genera la división de la contienda de la causa, comoquiera que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sería la encargada de estudiar la legalidad del acto administrativo respectivo.

La anterior circunstancia conllevaría a la existencia de fallos contradictorios proferidos por diferentes jurisdicciones, razón por la cual se requiere con urgencia que el ordenamiento jurídico colombiano le reconozca la competencia plena a la Justicia Arbitral, a efectos de garantizar la unidad de jurisdicción respecto de aquellas decisiones contractuales dictadas con fundamento en potestades excepcionales.

### **Séptimo argumento**

Conviene destacar que la Exposición de Motivos de la *Ley 80 de 1993* al referirse a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos señaló lo siguiente:

Siguiendo tesis modernas que buscan descongestionar los despachos judiciales de todas aquellas materias, respecto de los cuales las propias partes puedan arreglar directamente sus diferencias o sus conflictos, con lo cual se "devuelve a la comunidad la capacidad de solución de conflictos que le quitó progresivamente un proceso lento pero persistente de jurisdiccionalización..."<sup>24</sup>, y además, como efecto trascendental del postulado de la autonomía de la voluntad, el cual, como se ha indicado, caracteriza al contrato estatal, el proyecto consagró una serie de mecanismos ágiles, sencillos, claros que se orientan a que las partes contratantes solucionen directamente los problemas no litigiosos y las diferencias

y discrepancias surgidas de la actividad contractual, evitando, en lo posible, las vías judiciales. (...).

Por ello se justifican las disposiciones contenidas en el artículo 27; numeral 7° del artículo 4°; numeral 1° del artículo 5°; numeral 5 del artículo 25; y artículo 52 entre otras, del proyecto. Y de otra parte se permite que si a pesar de ese proceder que se impone a las partes y que se orientará a evitar la ocurrencia de conflictos mediante el manejo adecuado de los hechos nuevos que se presentan en desarrollo del contrato y con sujeción a las reglas de conducta descritas, en la ejecución o desarrollo del contrato se presentan conflictos o divergencias, el proyecto contempla que sean prioritariamente las partes quienes las solucionen directamente a través de mecanismos tales como la transacción, la conciliación, el arbitramento, etc.

De modo que la bondad que puede predicarse del proyecto, estriba en que dirime discusiones que debido a la falta de claridad legislativa se han suscitado. Tal es el caso de la viabilidad jurídica de la transacción en materia de derecho público; además, al hacerlo se encuentra a tono con modernas tendencias que pretenden evitar controversias judiciales innecesarias.

En virtud de la anterior transcripción, se desprende que el espíritu del Legislador al contemplar mecanismos tales como la conciliación, transacción, arbitramento, estuvo encaminado, principalmente, a precaver litigios judiciales que contribuyeran a incrementar la congestión de los Despachos Judiciales de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El presente de la citada Jurisdicción clama por la necesidad de acudir a instrumentos alternativos de solución de conflictos que mitiguen este fenómeno tan preocupante, comoquiera que, por lo menos el Consejo de Estado se encuentra fallando los casos que entraron a Despacho para elaborar proyecto de sentencia en el año de 2005, esto es, casi diez años después, cuestión que a todas luces vulnera el derecho fundamental de los ciudadanos a obtener una justicia pronta y cumplida.

Al respecto, conviene traer a colación un reciente informe elaborado por la *Gerencia del Plan Especial de Descongestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo* –período comprendido entre el 1 y 28 de febrero de 2014– a través del cual se presentó la medición de resultados y rendimiento de la Jurisdicción aludida.

Del referido documento se extraerá cierta información de carácter estadístico relacionada con el nivel de congestión que actualmente afronta la plurimencionada Jurisdicción. En lo atinente al inventario de procesos a cargo de Juzgados y Tribunales Administrativos a 31 de diciembre de 2013, el citado estudio precisó que:

Las cifras muestran una disminución de 44.192 procesos, disminución que se distribuye de la siguiente manera: se da en 37.689 procesos en Juzgados y 6.503 en Tribunales. En el mes de noviembre hablamos de una disminución de 7.143, esto muestra un incremento en el último mes de 1.440 procesos en Tribunales lo cual es producto de las apelaciones ya mencionadas con anterioridad, (...).

En términos porcentuales el inventario disminuyó en un 32%, destacándose que en el caso de los Juzgados la disminución es del 4.75 por ciento en tanto que

en Tribunales la cifra es del 11 por ciento, esta situación es normal, en la medida que una proporción de los fallos de primera instancia de Juzgados, es apelada; situación que se refleja en el comportamiento de los inventarios de Tribunales (p. 25).

En lo que tiene que con el inventario de procesos a cargo del Consejo de Estado, el informe citado dio cuenta de lo siguiente:

En este capítulo se incluye un análisis del movimiento de inventario basado en las Estadísticas del Consejo de Estado, en esta oportunidad las cifras oficiales de la Rama Judicial preparadas por la UDAE con base a (sic) los reportes que los Despachos registran en el SIERJU, el cual a 31 de diciembre del 2013 es de 23.885 procesos, que comparado con el de diciembre del 2012 creció en 11,19 por ciento. Es decir que es necesario el diseño de estrategias y la toma de medidas para cumplir en el plazo estipulado lo ordenado por la *Ley 1437 de 2011*. (...).

Para efectos de analizar el inventario del Consejo de Estado, resulta útil presentar un resumen de la desagregación de este tipo de procesos, y una revisión a la participación de los seis más importantes se nota que el 38,28 por ciento está en acciones de reparación directa, 32,07 por ciento en nulidad y restablecimiento del derecho, 8,71 por ciento en acciones de simple nulidad, 6,27 por ciento en controversias contractuales, estos cuatro tipos suman el 85,33 por ciento de las acciones lo cual querría decir que es en estas acciones donde se debe centrar el esfuerzo para bajar el inventario de procesos.

Los datos arrojados por el citado análisis estadístico ponen en tela de juicio la eficiencia de la Rama Judicial, comoquiera que es evidente que la congestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es un problema de grandes proporciones que impide la realización efectiva del derecho de Acceso a la Administración de Justicia, comoquiera que sus decisiones no son adoptadas de manera pronta y cumplida.

Por lo tanto, vale la pena tomar conciencia de que la solución a este problema de gestión pública no radica en la necesidad de dotar a la Rama Judicial de mayor esfuerzo humano o material, sino que, por el contrario, resultaría interesante ahondar en la posibilidad de darle una mayor implementación a fórmulas de arreglo distintas al proceso judicial, tales como los mecanismos alternativos de solución de controversias, los cuales además de ser una herramienta eficaz para lograr la descongestión de despachos judiciales, son instrumentos que se tramitan con cierta celeridad y eficacia.

De conformidad con los anteriores argumentos, se tiene que el inciso final del artículo 1 de la *Ley 1563 de 2012* al restringir las facultades de los árbitros, única y exclusivamente, al estudio de las consecuencias económicas de los actos administrativos contractuales dictados con fundamento en potestades excepcionales, debe ser declarado inexecutable, toda vez que dicho precepto normativo está limitando la competencia de dichos particulares, circunstancia que evidentemente va en contravía con lo normado en la *Carta Política de 1991*.

COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 241 de la *Constitución Política de 1991*, numeral 4, según el cual dicho Tribunal decidirá “sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicio de procedimiento en su formación”.

#### NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la calle 126 No. 47-43 apto. 401 de la ciudad de Bogotá, teléfono 8109687.

Atentamente,

**KARINA MARGARITA GARCÍA CANTILLO**  
**CC. 1.082'842.451 de Santa Marta**