

COMPETENCIAS Y LIMITACIONES DE LOS TRIBUNALES DE ARBITRAMIENTO EN LA
RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Trabajo de Grado para Optar al Título de
MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Presentado por:

Lynda Anita Barrera Barrera

Carlos Andrés Pérez Vargas

Bajo la Dirección

y la Asesoría de la Doctora Adelina Florián

Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá, D.C., enero de 2015

Los abajo firmantes Jurados y Coordinador aprueban el trabajo de grado presentado por:

Lynda Anita Barrera Barrera

Carlos Andrés Pérez Vargas

Nota de aceptación

JURADO

JURADO

COORDINADOR DE TRABAJO DE GRADO

Bogotá, 19 de enero de 2015.

Agradecimientos

A Dios porque nos ha dado el amor, la sabiduría, la fortaleza, la confianza, la esperanza y la fuente incansable de paz donde hemos descansado y aprendido a amarle. A nuestros padres por su apoyo y amor incondicional, y constates esfuerzos por vernos cumplir nuestras metas.

.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	7
MECANISMOS DE SOLUCIÓN DIRECTA Y EXTRAJUDICIAL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.....	12
Antecedentes.....	12
El arreglo directo o concertación.....	15
Transacción.....	17
Conciliación.....	17
Amigable composición.....	21
La revocación directa de los actos administrativos.....	23
El arbitramento.....	25
Arbitramento técnico o experticio.....	29
ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA DE LAS ALTAS CORTES EN MATERIA DE ARBITRAMENTO DESDE 1991 HASTA EL PRESENTE.....	30
Competencias y limitaciones de la justicia arbitral según jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.....	30
Procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales.....	36
EXTRACTOS SELECCIONADOS DE JURISPRUDENCIA ARBITRAL.....	42
Laudo del Instituto de Desarrollo Urbano IDU Vs. Sociedad de Ingenieros Civiles Asociados S. A. De C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000.....	42
Laudo de Cooperadores I.P.S. S.A. Vs. Fiduciaria La Previsora S.A. 10 de abril de 2000.....	43
Laudo de Termorrío Vs. Electrificadora del Atlántico. 21 de diciembre de 2000....	44
Laudo del Consorcio Constructora Andrade Gutiérrez y Otros Vs. Ferrovías. 7 de marzo de 2002.....	45

Laudo de Mallas Equipos Y Construcciones Ltda. - Maeco Ltda. Vs. Fondo Nacional del Ahorro. 10 de marzo de 1999.....	45
Laudo de Sepúlveda Lozano Cía. Ltda. Vs. Instituto de Desarrollo Urbano – IDU 5 de mayo de 1997.....	46
Laudo de Concesión Santa Marta, Paraguachon S.A. Vs. Instituto Nacional de Vías, INVIAS. 24 de agosto de 2001.....	47
Laudo de Comunicación Celular S.A., Comcel S.A. Vs. La Nación - Ministerio de Comunicaciones. 10 de mayo de 2000.....	48
Laudo de Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías Vs. Consortio Constructora Norberto Odebrecht S. A. y Conciviles S. A. 11 de diciembre de 2001.....	48
Laudo de Constructora Ática Estudio Internacional Vs. Distrito Capital de Bogotá (Secretaría de Educación Distrital). 20 de mayo de 2000.....	49
Laudo de Unión Temporal, (Distral S.A., C.M.D. S.A. y el Consorcio Tito Marcelo Pavicon Ltda. y Primont Ltda.). Vs. Ecopetrol. 20 de junio de 2001...	51
DERECHO COMPARADO: CONTEXTO INTERNACIONAL DEL ARBITRAMENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	54
CONCLUSIONES.....	58
REFERENCIAS.....	61

RESUMEN

A partir de la contradicción encontrada entre los postulados de la Ley 80 de 1993, que otorga amplias facultades y competencias a los Tribunales de Arbitramento, y que contrasta con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, que limitan sus competencias y alcances, generando una incertidumbre jurídica frente al verdadero alcance y competencias de los Tribunales de Arbitramento y ponen en riesgo la seguridad jurídica de los contratos estatales al generar riesgos para los inversionistas contratistas del Estado, en la presente investigación se analizan los riesgos para las partes en la contratación estatal, por la contradicción existente entre los postulados de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la competencia y facultades de la justicia arbitral.

Las conclusiones permiten establecer que la jurisprudencia comporta, aunque lenta, una tendencia hacia el reconocimiento de la plena competencia y autonomía de la justicia arbitral. No obstante, el nuevo estatuto de arbitraje nacional e internacional evitó otorgar competencia a la justicia arbitral para que se pronunciara sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales y sólo le reconoció competencia sobre las consecuencias económicas de dichos actos.

Como aún no existe jurisprudencia que se pronuncie sobre la Ley 1563 de 2012, habrá que esperar a que ésta llegue y juzgar de este modo los posibles riesgos que surgen para el contratista particular cuando deba recurrir a la justicia arbitral en la solución de las controversias de casos de contratación estatal.

Palabras clave: Arbitramento; Tribunal de arbitramento; Contratación estatal.

INTRODUCCIÓN

La contratación estatal en Colombia comporta un gran avance y maduración en las últimas décadas, es decir, a partir de la Constitución de 1991.

En el régimen anterior, siempre se diferenciaban los contratos administrativos de los contratos de derecho privado, lo cual condujo a que la legislación fuera estática, encasillándose en mecanismos administrativos que llevaron a desvirtuar la figura del acuerdo de voluntades y su necesidad de acatamiento.

La Ley 80 de 1993, con base en la nueva concepción del derecho administrativo que le imprimió la Constitución de 1991, elimina la distinción mencionada entre contrato estatal y de derecho privado de la administración, suprimiendo la idea de que los contratos estatales son una categoría sui generis del contrato.

El nuevo régimen de contratación estatal promete ofrecer un esquema dinámico de relaciones contractuales entre el estado y los particulares. Al efecto cabe señalar que las normas jurídicas, como bien plantea Palacios (1999), tienen la función de reducir los “costos de transacción” con los que opera y se desarrolla la sociedad. Los “costos de transacción”, en general, son aquellos en los que se incurre para adquirir la información relacionada con un negocio, o para hacer valer los derechos que surgen de él, como también, los que se ocasionan con ocasión de: a) medir los atributos valiosos de los bienes y servicios que son objeto de intercambio. (Bienes muebles o inmuebles ó servicios profesionales); b) proteger los derechos que se adquieren en un intercambio (en el registro de una patente o revisoría fiscal o certificación de calidad); c) vigilar y hacer cumplir los derechos de un contrato.

De conformidad con lo anterior, en la medida en que las normas jurídicas ayudan a que los costos de transacción sean menores, los miembros de la comunidad pueden aumentar los intercambios de bienes y servicios y hacer un mejor uso de los recursos disponibles, lo cual contribuye a aumentar el bienestar general. En este contexto, la concepción clásica del derecho administrativo vinculado a la noción de servicio público estaba lejos de contribuir a aminorar los costos de transacción, al contrario, las ambigüedades que la caracterizaban surtían un efecto negativo como “costo de transacción” en el tráfico jurídico.

Estos costos de transacción también tienen lugar en las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares, contexto en el que se esperaría que los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales coadyuvaran a aminorar los costos de

transacción, posibilitando el aumento de los intercambios de bienes y servicios entre el Estado y los particulares y a aumentar el bienestar general.

En tal sentido, la Ley 80 de 1993 aporta elementos de avanzada que superan la concepción clásica de derecho administrativo vinculado a una ambigua noción de servicio y se crea un Estatuto General de Contratación de la Administración Pública con elementos y recursos para la solución expedita de las diferencias y discrepancias surgidas en la contratación estatal.

Uno de los aspectos novedosos y dinámicos de la Ley de Contratación Estatal se configura en su Título VIII sobre solución de controversias contractuales, estableciendo que “[...] Las entidades a que se refiere el artículo 2o del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual” (Ley 80 de 1993, Artículo 68).

En el parágrafo del citado Artículo se establece la posibilidad de que los actos administrativos contractuales puedan ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada. De igual forma, en el Artículo 69 se establece la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa de las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, estableciendo, en el Artículo 70, que en los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

De este modo, el Tribunal de Arbitramento se ofrece como un mecanismo ágil y dinámico que contribuye, como se anotó anteriormente, a aminorar los costos de transacción que tienen lugar en las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares, posibilitando el aumento de los intercambios de bienes y servicios entre el Estado y los particulares y a aumentar el bienestar general.

Pese a estas evidentes ventajas de las herramientas y mecanismos de la Ley 80 de 1993, a tono con la dinámica del derecho y los contratos internacionales modernos, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la competencia de los Tribunales de Arbitramento, y su jurisprudencia, lejos de contribuir a aminorar los costos de transacción que tienen lugar en las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares, se ofrece como un obstáculo para la dinámica necesaria para los negocios y los contratos entre el Estado y los particulares.

Los pronunciamientos se agrupan en cuatro puntos: 1) materias respecto de las cuales se puede pronunciar el Tribunal de Arbitramento; 2) causales de anulación; 3) nulidad de los contratos estatales; 4) cláusula compromisoria.

El primer pronunciamiento es sin duda el que resulta más nocivo a la función dinámica de los Tribunales de Arbitramento, en este el Consejo de Estado, al referirse sobre los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, establece que un Tribunal de Arbitramento puede resolver de fondo en aquellos conflictos de orden pecuniario susceptibles de transacción, excluyendo aquellas provenientes de actos administrativos contractuales y sus consecuencias económicas.

Según el Consejo de Estado:

[...] debe dejarse establecido que la autonomía de las partes está limitada por el orden público y por la ley; el primero debe ser definido, en cada caso, por el juez del conocimiento, pues es un concepto que se enriquece y varía en el tiempo según las circunstancias; por su parte, la segunda, esto es, la ley, ha reservado el conocimiento de los temas atinentes a la validez y efectos de los actos administrativos a los jueces naturales. El orden público, indica que las leyes imperativas, por oposición a las interpretativas o supletivas de la voluntad, no son susceptibles de derogarse por voluntad de los particulares; al tiempo que las normas de derecho constitucional, administrativo y procesal, si bien son de orden público, no lo contienen exclusivamente, si se tiene en cuenta que algunas normas de derecho privado también revisten tal naturaleza. [...] En tal orden de ideas, va de suyo que los árbitros *juris* no pueden emitir decisiones que impliquen el ejercicio de potestades o atribuciones propias de la administración pública, o que trasunten el ejercicio de funciones esenciales del Estado. [...] Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucrados normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y

excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos (Consejo de Estado, 2000).

Esta jurisprudencia hace retroceder los avances normativos de la Ley 80 de 1993 en la cual no se establecían límites a las materias o conflictos que podrían ser abocados por la justicia arbitral, por el contrario, siguiendo claros preceptos constitucionales, en la Ley de Contratación Estatal se señaló que cualquier controversia que se genere de la ejecución, desarrollo, terminación y liquidación sería susceptible de pronunciamiento arbitral.

Así las cosas, como bien plantea Dávila (2001):

Esta postura jurisprudencial [resulta] desafortunada, no sólo porque desatiende textos legales expuestos sino porque en la práctica conduce a herir gravemente la institución de la justicia arbitral y de contera contribuye a la huida de la inversión extranjera. Los contratistas foráneos se resisten a invertir en un país en donde la solución de un conflicto puede durar entre 10 y 12 años y en donde se escamotea una herramienta ágil y dinámica de amplia utilización universal por discutibles posiciones (Dávila, 2001, p. 634).

A manera de planteamiento del problema, la contradicción entre los postulados de la Ley 80 de 1993, que otorga amplias facultades y competencias a los Tribunales de Arbitramento, contrasta con la jurisprudencia del Consejo de Estado, que limita sus competencias y alcances, genera una incertidumbre jurídica frente al verdadero alcance y competencias de los Tribunales de Arbitramento y pone en riesgo la seguridad jurídica de los contratos estatales.

Del planteamiento del problema surge la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo establecer el nivel de riesgo para las partes en la contratación estatal por la contradicción existente entre los postulados de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la competencia y facultades de los Tribunales de Arbitramento?

De este modo, la presente investigación asume como hipótesis que la contradicción entre los postulados de la Ley 80 de 1993, que otorga amplias facultades y competencias a los Tribunales de Arbitramento, contrasta con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, que limitan sus competencias y alcances, generando una incertidumbre jurídica frente al verdadero alcance y competencias de los Tribunales de Arbitramento y ponen en riesgo la seguridad jurídica de los contratos estatales.

Si se logra devolver las competencias de los Tribunales de Arbitramento para la resolución de los conflictos que puedan surgir por razón de la celebración del contrato estatal y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación, se logra entonces una seguridad jurídica que permite un mayor dinamismo en las relaciones contractuales del Estado con los particulares y con menores riesgos en la contratación.

De conformidad con lo anterior, la presente investigación asume como objetivo principal analizar el nivel de riesgo para las partes en la contratación estatal por la contradicción existente entre los postulados de la Ley 80 de 1993 y la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la competencia y facultades de los Tribunales de Arbitramento.

De igual manera, en el desarrollo del objetivo principal de investigación, también se realiza un análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional a partir de la Constitución de 1991 hasta el presente con relación a las facultades, competencias y/o limitaciones de los Tribunales de Arbitramento y que permita cotejar los resultados de dicho análisis con los principios y criterios de la ley 80 de 1993. También se analiza la jurisprudencia de los casos resueltos por los Tribunales de Arbitramento para establecer si se someten a las limitaciones impuestas por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

De igual forma, y a manera de derecho comparado, se revisa el contexto internacional del arbitramento en la contratación estatal.

MECANISMOS DE SOLUCIÓN DIRECTA Y EXTRAJUDICIAL DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Antecedentes

Al hacer referencia a los mecanismos de solución de controversias contractuales es menester tener en cuenta que dichas controversias surgen, obviamente, de un contrato, es decir, de un acuerdo entre voluntades¹.

En este acuerdo de voluntades las partes se obligan, en virtud del mismo, a regular sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, pudiendo compelerse recíprocamente al cumplimiento de lo estipulado. De este modo, este acuerdo de voluntades genera derechos y obligaciones relativas, es decir, sólo para las partes. Pero he aquí, desde la perspectiva jurídica, el punto central del contrato, pues al generar, en virtud del acuerdo de voluntades, derechos y obligaciones, es función básica del contrato originar efectos jurídicos, es decir, obligaciones exigibles, con lo cual se traza una nítida línea divisoria entre lo que es un contrato respecto de lo que no lo es, pues, en contraste con el contrato, cualquier relación de sujetos que no derive en efectos jurídicos no se le puede atribuir la cualidad contractual.

A este punto del análisis surge el interrogante acerca de los efectos jurídicos del contrato o, dicho de otro modo, ¿Cómo hacer exigibles las obligaciones contraídas en el contrato? Se entra de este modo en el análisis de las controversias contractuales y los mecanismos de solución.

Los mecanismos de solución de controversias contractuales son anteriores a la figura del juez o autoridad que a la manera de árbitro dirime en derecho un proceso adversarial entre las partes en conflicto, tal como se lo concibe actualmente. En efecto, “[...] el trabajo de impartir justicia, se confirió primero a particulares destacados por su prudencia y sabiduría y, sólo tiempos después, fue asignado a la organización estatal como realizador del Derecho a través de la Administración de justicia” (Gamboa, 2003, p. 5).

¹ Cabe señalar que al hacer referencia a la voluntad debe presuponerse la libertad. En efecto, la doctrina jurídica del contrato establece como requisitos para la validez de un contrato: la causa lícita, el objeto lícito, la voluntad de las partes, la capacidad de las partes y las formalidades; aspectos todos que, en últimas, se sustentan en la libertad. La causa y el objeto lícito sólo pueden darse en un contexto en el que los individuos tengan la opción de decidir libremente entre lo lícito o lo ilícito. De igual forma, no puede hablarse de voluntad de obligarse de no ser porque dicha voluntad se exprese libremente sin haber sido compelido a tal obligación. Igual sucede con la capacidad, con la cual se expresa que se es libre sin limitaciones o condicionamientos para asumir una obligación. Por último, las formalidades son la expresión formal del compromiso en un contexto de libertad.

La misma Biblia referencia la justicia arbitral en conciencia en el Génesis y en el Éxodo. De igual manera se encuentran referencias de la justicia arbitral en las leyes hindúes, en la Ley Romana de las Doce Tablas y hasta en la Mitología Griega, en la cual se describe que París, el príncipe troyano, por orden de Zeus, sirve de árbitro para dirimir la disputa por el título de máxima belleza, que se disputaban Hera, Atenea y Afrodita.

Pero dejando de lado el aspecto mitológico y refiriendo sólo lo documental histórico, en la antigüedad, tanto en Grecia como en Roma “[...] se daba igual valor al juicio que al acuerdo al que llegaran las partes antes de acudir al juez. Cicerón, al hablar de las ventajas de la conciliación, recomendaba a los litigantes buscar el arreglo incluso sacrificando algo de su propio derecho, lo cual encontraba provechoso. [...]” (Vega, 2004, p. 18).

En general, todas las culturas han desarrollado sistemas alternativos para la resolución de conflictos en los que priman los acuerdos previos establecidos por las partes para la solución de eventuales conflictos y, en última instancia, un tercero que, siendo civil como las partes, y sin ser autoridad judicial, arbitra y dirime el conflicto con base en los criterios que para tal fin hayan acordado las partes previamente.

“En África, la costumbre de someter las controversias al criterio de una junta de vecinos o al de una persona de carácter respetable, sigue aún vigente y aunque según el caso las funciones varían, se sigue teniendo como buena costumbre buscar el arreglo entre las partes antes de acudir al juez o imponer una sanción” (Vega, 2004, p. 18).

Esta búsqueda de alternativas para la solución de conflictos también comporta un interés práctico y hasta de utilidad y beneficio económico, por ello es un recurso muy usual en el ámbito de los negocios y las relaciones contractuales. Ya se había anotado anteriormente que en la medida en que las normas jurídicas ayudan a que los costos de transacción sean menores, los miembros de la comunidad pueden aumentar los intercambios de bienes y servicios y hacer un mejor uso de los recursos disponibles, lo cual contribuye a aumentar el bienestar general. Tal es la situación con los Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos (MASC), los cuales contribuyen a la reducción de los costos de transacción, entre otras, por las siguientes razones: a) La rapidez con la que puede operar; b) La favorable relación costo beneficio; c) La participación de las partes al acordar los criterios con los cuales se ha de dar solución a sus propios problemas; d) Materialización de los principios de democracia participativa.

Para el caso de los antecedentes del arbitramento en Colombia, si bien la Constitución de 1886 no estipulaba el rango constitucional de este recurso de justicia alternativa, si había

legislación sobre la materia, la cual se orientaba a la organización del sistema judicial y los procedimientos civiles y comerciales.

El Título XLVII de la Ley 105 de 1931 establecía la posibilidad de “[...] 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” (Artículo 1214). Por su parte, el artículo 1216 establecía las condiciones que se debían cumplir para que el fallo de arbitradores fuera legítimo. “[...] Los interesados deben otorgar una escritura pública o un documento privado, firmado ante dos testigos, extendido en papel sellado, y en que conste: 1º El pleito, asunto o diferencia que someten a la decisión de los arbitradores; 2º Las personas que nombren con este objeto; que deben ser tres y capaces de comparecer en juicio por sí mismas; 3º La clase de sentencia que deben dictar los arbitradores, si en derecho, o en conciencia, y si la decisión debe ser simplemente absolutoria o condenatoria, o sí puede transigir las pretensiones opuestas; 4º Si falta alguna de estas tres circunstancias, es nulo el compromiso”.

Posteriormente, en 1938, la Ley 2 otorga validez a la cláusula compromisoria, estableciendo que se entiende por tal, “[...] aquélla por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir, o algunas de ellas” (Artículo 2º).

En 1971, en el Título III del Decreto 410, por el cual se expide el Código de Comercio, se establecen las condiciones para la validez del arbitramento, estableciendo que “[...] Pueden someterse a la decisión de árbitros las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. [...]” (Artículo 2011).

En 1989 el Decreto 2279 también reglamenta los sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones.

La última normativa relacionada y anterior a la promulgación de la Constitución de 1991 fue la Ley 23 de 1991, con la cual se concibió a la conciliación como mecanismo para la descongestión de los despachos judiciales. Se estableció la obligatoriedad de agotar la instancia conciliatoria entre las partes antes del inicio de procesos ante autoridades de tránsito, en lo laboral, en el Derecho de Familia y en lo Contencioso Administrativo. Fue, hasta ese entonces, la iniciativa más ambiciosa orientada a regular los mecanismos alternativos de la solución de conflictos.

Ya con la Constitución de 1991, la potestad de acudir al tribunal de arbitramento como alternativa en la solución de conflictos contractuales adquiere rango constitucional. El inciso final

del Artículo 116 constitucional establece 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”.

Las ventajas de esta alternativa de solución directa de conflictos contractuales fue bien entendida en la Ley 80 de 1993, lo cual pareció en su momento un novedoso recurso con el cual impulsar la relación contractual entre particulares y el Estado, tan necesaria para la realización misma de los fines del Estado, pues sin ésta relación de mutua conveniencia no se podrían materializar las obras de infraestructura ni el funcionamiento mismo que requiere la dinámica del Estado.

No obstante lo anterior, y como se analizará más adelante, jurisprudencia de las Altas Cortes pusieron límites a las bondades de este recurso, generando en gran medida un retroceso a los avances logrados.

Posteriormente ha habido reformas de la Ley 80 de 1993 tendientes a imprimir dinamismo en la contratación estatal y específicamente, con la Ley 1563 de 2012, en la cual, de manera exclusiva, se diseña y expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

Pero el arbitramento es sólo uno entre otros mecanismos alternativos de solución directa de controversias contractuales, por lo cual es preciso analizarlos someramente.

El arreglo directo o concertación

Se entiende el arreglo directo como la posibilidad de solucionar mediante la libre negociación y acuerdo de los contratantes, las diferencias que pudieran afectarlos. Si bien la Ley 80 de 1993 no se refiere al arreglo directo como un nuevo y específico mecanismo de solución de controversias de las partes de un contrato estatal.

Este principio se encuentra taxativamente reconocido en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, en cuyo inciso primero, se dispone:

[Artículo 68°.- *De la Utilización de Mecanismos de Solución Directa de las Controversias Contractuales.*] Las entidades a que se refiere el artículo del presente Estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. [...] (Corte Constitucional. Sentencia T-017-05. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.).

No obstante el rol destacado que la Corte Constitucional le atribuye al arreglo directo, es apenas de un acuerdo de voluntades que no alcanza la naturaleza contractual pues no se llega a las formalidades y exigencias propias de un contrato. Lo anterior “[...] es más claro aún a partir del concepto de elementos esenciales de los actos jurídicos a que se refiere al artículo 1501 del Código Civil” (Mutis y Quintero, 2001, p. 435), en el cual se establece:

ARTICULO 1501. COSAS ESENCIALES, ACCIDENTALES Y DE LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales (Ley 57 de 1887. Código Civil. Artículo 1501).

De conformidad con lo anterior, el arreglo directo no alcanza la naturaleza de la transacción, -la cual se analiza seguidamente- pues si bien comparten el común denominador de que su esencia la constituye un acuerdo de voluntades con el cual las partes se hacen mutuas concesiones orientadas a resolver una controversia contractual, en el acuerdo directo no se llega a las formalidades propias de la transacción, tales como la redacción de un acta ni la participación de los representantes legales o los apoderados de las partes.

Esta informalidad del acuerdo directo tiene la desventaja de la imposibilidad de oponer posteriormente el efecto de cosa juzgada contra la parte que intente desconocerlo o cuestionarlo. No obstante, como lo plantea la Corte Constitucional:

[...] lejos de tratarse de una disposición ajena [a] los principios y fines del Estatuto de la Contratación Estatal, lo cierto es que se relaciona estrechamente con éstos, pues a partir del reconocimiento de su fuerza normativa, permite asegurar el cumplimiento de los diversos fines de la organización estatal (Ley 80, artículo 3°), entre los cuales se destacan la preservación de la *celeridad* y *eficiencia* [...] (Corte Constitucional. Sentencia T-017-05. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil).

Transacción

En contraste con la informalidad del acuerdo directo, y conforme a lo previsto en el artículo 2469 del Código Civil, la transacción es un contrato por el cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno apenas eventual. Los artículos subsiguientes hasta el artículo 2487 ponen de presente los elementos esenciales de este contrato y las reglas a las que se sujeta.

Al igual que el acuerdo directo, la transacción es uno de los mecanismos alternos de solución de conflictos que carece de regulación en la Ley 80 de 1993, por lo que, si bien la norma tiene un origen civil que además orienta las acciones que se pueden emprender, tratándose de contratación estatal, el juez competente para adelantar la ejecución judicial de las prestaciones acordadas como resultado de la transacción, es el juez contencioso administrativo, como lo dispone el artículo 75 del estatuto contractual².

Conciliación

La conciliación es un mecanismo que, asemejándose a la misma relación contractual, sirve para que las mismas partes en conflicto, con el acompañamiento y ayuda de un tercero neutral denominado conciliador, busquen un acuerdo que los beneficie mutuamente dando fin a la controversia contractual, acto que se protocoliza en acta de conciliación que contiene el acuerdo conciliatorio, cuyos efectos son de cosa juzgada y mérito ejecutivo.

En el ámbito de la contratación estatal la posibilidad de acudir a un centro privado había estado vedada para las controversias relacionadas con materia contenciosa administrativa.

Dentro de este contexto restrictivo, dicha posibilidad fue admitida por primera vez y de manera excepcional por el artículo 73 del estatuto contractual, limitada únicamente a la materia contractual. Algunos años después, la conciliación contencioso administrativa ante centros privados fue aceptada de manera general y para todo tipo de controversias de

² El artículo 2843 del Código civil establece que contra la transacción puede intentarse la nulidad o la rescisión, de conformidad con las reglas expresadas en el mismo Código. Siendo esta forma de impugnación consecuencia del carácter de contrato que la ley le atribuye a la transacción, resulta claro que, tratándose de una transacción surgida con ocasión de un contrato estatal, la pretendida nulidad debe intentarse a través de la acción contractual prevista en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

carácter económico a partir de lo dispuesto por la Ley 446 de 1998 en sus artículos 67, 77 y 79 (Mutis y Quintero, 2001, p. 438).

Actualmente, según lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, la conciliación es una etapa obligada y previa del tribunal de arbitramento.

Artículo 24. Audiencia de conciliación. Vencido el término de traslado de las excepciones de mérito propuestas contra la demanda inicial o la de reconvenición, o contestadas sin que se hubieren propuesto excepciones, o vencido sin contestación el término de traslado de la demanda, el tribunal señalará día y hora para celebrar la audiencia de conciliación, a la que deberán concurrir tanto las partes como sus apoderados.

En la audiencia de conciliación el tribunal arbitral instará a las partes a que resuelvan sus diferencias mediante conciliación, para lo cual podrá proponerles fórmulas, sin que ello implique prejuzgamiento. Si las partes llegaren a una conciliación, el tribunal la aprobará mediante auto que hace tránsito a cosa juzgada y que, en caso de contener una obligación expresa, clara y exigible, prestará mérito ejecutivo (Ley 1563 de 2012, Artículo 24).

Tratándose de contratación estatal, en el mismo artículo se establece que “[...] El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrán intervenir activamente en la audiencia con el fin de lograr que las partes concilien sus diferencias y expresar sus puntos de vista sobre las fórmulas que se propongan” (Ley 1563 de 2012, Artículo 24).

En cuanto a la materia o asuntos objeto de conciliación, “Los asuntos conciliables son únicamente los susceptibles de transacción, desistimiento y los que determine la ley. [...]” (Correa, 2002, p. 51).

Sobre este aspecto es preciso hacer algunas aclaraciones. Uno de ellas, es que la normatividad no resulta taxativamente clara. Al igual que con el arbitramento mismo, el tema de la materia susceptible de transacción y los límites de las competencias de los árbitros (en este caso conciliadores) no es del todo preciso.

La Corte Constitucional, frente a los límites de las competencias de los árbitros establece que:

La competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Los particulares

investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos (Corte Constitucional. Sentencia C-1436-00. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

En este contexto, la Corte Constitucional, en la misma referida Sentencia C-1436 declaró exequible el artículo 71 de la Ley 80 de 1993, “[...] bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales” (Corte Constitucional. Sentencia C-1436-00. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

No obstante lo anterior, tanto la materia del arbitramento o la conciliación como la ley misma no resultan ser muy precisas. La materia de arbitramento se emparenta con la cuestión “asunto transigible”, pero cuando se dan asuntos que no son susceptibles de transacción, por su propia naturaleza los hace extraños al arbitramento.

De otra parte, es la ley y la difusa jurisprudencia la que no establece una categórica prohibición de transigir, “[...] y lo que existe de por medio es una norma de orden público que gobierna la transacción. Si las partes en la transacción se someten a la norma imperativa, no hay violación de orden público, pues al actuar los árbitros no hacen más que manifestar su acatamiento. [...]” (Lamprea, 2007, p. 609).

De este modo, según el citado tratadista, si bien se suele decir que la transacción no puede versar sobre una materia de orden público, tal expresión no debe ser tomada literalmente, ya que

[...] La ley prohíbe solamente hacer producir efectos a un acto nulo por una nulidad de orden público por el camino de una transacción. Por lo mismo, la transacción que no tiene por objeto hacer producir efectos a un acto nulo sino eliminar un acto irregular y por consiguiente la causa de la nulidad, es válida. [...de este modo] Como los árbitros actúan igual que los jueces, les compete pronunciarse sobre la nulidad absoluta que observen, pues así se lo impone su calidad (Lamprea, 2007, p. 610).

Según lo anterior, los tribunales de arbitramento y los conciliadores cuentan con amplias facultades pudiendo llegar a resolver de fondo sobre nulidades, con lo cual se podría dar un caso

de un contrato nulo que por su condición es incapaz de producir efectos, pero en contraste, el laudo que declara su nulidad produciría todos los efectos legales de los que está investido.

En lo que se refiere al trámite de aprobación y efectos de la conciliación, aún sigue vigente lo establecido en el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998, en el sentido de la aprobación obligada del auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio por parte de la sala o sección o subsección de que forme parte el Magistrado que actúe como sustanciador por parte del Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva. Surtido este trámite, dicha autoridad dejará improbadada o dejará en firme el auto conciliatorio, el cual presta mérito ejecutivo.

Según el artículo 75 del Estatuto Contractual, la eventual ejecución de lo acordado mediante conciliación derivada de litigio de contratación estatal se cumple en caso necesario ante el juez contencioso administrativo.

Por último, en cuanto a la impugnación del acuerdo conciliatorio frente a contratos estatales, bien por posibles vicios del procedimiento conciliatorio o porque se cuestione su validez o legalidad, en este tema la ley no precisa nada al respecto y la jurisprudencia se divide en dos tendencias antagónicas. De una parte, una jurisprudencia que, basada en que el trámite de aprobación y efectos de la conciliación ha de ser revisado y finalmente aprobado improbadado por parte del Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, se considera esta una instancia de cierre definitivo orientada a evitar el paralelismo judicial que pudiera llevar a que otros jueces, incluso de mejor jerarquía, volvieran a juzgar sobre lo ya establecido.

De otra parte, otra línea jurisprudencial, que basada en la búsqueda de la justicia material por encima de la seguridad jurídica, plantea la necesidad de “[...] las instancias que sean necesarias, pues un estado social de derecho no puede permitirse el sacrificio de la justicia en casos particulares, so pretexto de no afectar la seguridad jurídica, que es un valor de importancia infinitamente inferior. [...]” (Mutis y Quintero, 2001, p. 447).

Al menos parte de la solución podría estar en la naturaleza jurídica que se le otorgue al acto conciliatorio. “[...si] se considera que estas actas deberían ser tomadas para efectos de su impugnación, como actos jurídicos bilaterales de carácter cuasi contractual, [...]y se repara en que uno de los extremos de la conciliación es una entidad estatal, queda claro que la jurisdicción competente debe ser la contencioso administrativa. [...]” (Mutis y Quintero, 2001, p. 449).

Ya para finalizar el análisis del presente tema de la conciliación, para los autores la conciliación es un acto contractual y las funciones del conciliador son similares a las de un notario que da fe de la existencia de dicho contrato. Y siendo que en la contratación estatal el Estado es una de las partes contractuales, la jurisdicción competente para la impugnación del acto conciliatorio es, en efecto, la contencioso administrativa, como se establece en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.

Amigable composición

La amigable composición es un contrato que se agrega a aquel del cual surgieron las controversias cuya resolución motivan el actual. Se asemeja al arbitramento en cuanto a que con dicho contrato se traslada a terceras el encargo de solucionar los problemas o diferencias que enfrentan a las partes, pero se diferencia del arbitramento en cuanto a que la decisión de éstas no tiene carácter jurisdiccional sino contractual.

El origen de la amigable composición se remonta al Imperio Romano. En dicha época, una vez superado el formalismo característico del *ius civile* y fortalecido el papel de los pretores, principalmente, en la aplicación del *ius gentium*; se ideó un mecanismo de arbitraje para solucionar las controversias entre los ciudadanos romanos y aún entre los extranjeros, cuyas fuentes jurídicas, lejos de ajustarse al tenor literal de la ley, apuntaban a ideales o conceptos extralegales fundados en creencias estoicas de la razón, entre las cuales gozaban de especial ponderación las nociones de justicia y equidad. La figura a la que le encomendaba la posibilidad de resolver conflictos bajo las citadas premisas, se denominó *arbitrator* (arbitrador).

Con posterioridad, la influencia de la Iglesia en la alta edad media permitió preservar la figura del *arbitrator*, pero encaminándolo a la realización de los ideales cristianos de justicia; esto es, a la búsqueda de la caridad y la conciliación como elementos fundantes del quehacer jurídico.

Sin embargo, fue en la posibilidad de fallar en equidad en donde radicó la fuerza y el reconocimiento social que históricamente recibieron los *arbitrator* y que, con el pasar de los años, los hizo merecedores de ser llamados “*amicabilis compositor*” o “*amigables componedores*”. Dicha confianza de la que fueron objeto, similar a aquella que se origina en las relaciones de amistad, les otorgó con el tiempo la facultad de resolver por su propia autoridad las controversias, sin estar sujetos, ni a sistemas procesales, ni a acuerdos previos de las partes, pues

se entendía que estaban investidos de una autoridad tal que obligaba a las partes al cumplimiento fidedigno de lo dictaminado.

Con la Revolución Francesa se pretendió dar superioridad al derecho positivo en contraposición con la caridad y la conciliación como elementos fundantes del quehacer jurídico. No obstante, la amigable composición conservó su firmeza al convertirse en una forma anormal de terminación de los procesos, sometida al acuerdo previo de tipo contractual entre las partes y otorgándole, en cuanto a sus efectos, similitud con el contrato de transacción.

Esta concepción de la amigable composición fue adoptada por la legislación colombiana, que inicialmente la reconoció en los artículos 677 del Decreto 1400 de 1970 y 147 del Decreto 2304 del mismo año; como una expresión de tipo netamente contractual, con el propósito de distinguirla de la figura del laudo arbitral.

Con posteridad, la amigable composición fue recogida en el artículo 2025 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971), en el cual se reafirmó su valor contractual. Puntualmente, se señaló en el citado precepto normativo: “En los casos previstos en el inciso primero del artículo 2011, podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de éstos tiene valor contractual entre aquéllos, pero no producirá efectos de laudo arbitral”.

Actualmente la amigable composición está definida en el artículo 59 de la Ley 1563 de 2012, en la que por primera vez se incluyen en la descripción de las partes a las entidades públicas o a quienes desempeñen funciones administrativas.

Llama la atención el artículo 60 de la referida ley, pues en dicho artículo se establece que “[...] El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones. [...]”.

Al respecto es preciso tener en cuenta que las facultades de los amigables componedores son de mayor amplitud que las que se desprenderían de un contrato de mandato, pues las del amigable componedor “[...] deben extenderse tanto como sea necesario para resolver la controversia planteada, y por lo tanto no se interpretan en la forma restrictiva que se aplica a las facultades de los mandatarios” (Mutis y Quintero, 2001, p. 449).

De la evolución normativa de la amigable composición se puede concluir que se trata de un mecanismo de solución de conflictos de tipo eminentemente contractual, por medio del cual las partes deciden delegar en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de

decidir, con fuerza vinculante entre ellas, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción. Dicho amigable componedor puede ser nombrado directamente por las partes o a través de un tercero designado por éstas.

Por su parte, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, ha definido a la amigable composición como: *“una transacción lograda a través de terceros con facultades para comprometer contractualmente a las partes”*.

Este carácter contractual similar al de la transacción, orienta las acciones que se pueden emprender, tratándose de contratación estatal, para que el juez competente para adelantar la ejecución judicial de las prestaciones acordadas como resultado de la amigable composición, sea el juez contencioso administrativo, como lo dispone el artículo 75 del estatuto contractual.

La revocación directa de los actos administrativos

Si bien, la revocatoria directa puede poner fin a una controversia derivada de un acto administrativo expedido por la autoridad, y que por cambios circunstanciales haya devenido inconvenientes para la buena marcha de la administración, surge el interrogante frente a si esta puede ser considerada como mecanismo de solución directa y extrajudicial de controversias contractuales en la contratación estatal.

La respuesta es contundente en el mismo estatuto contractual, en efecto, el párrafo del artículo 68 de la Ley 80 de 1993 establece: “[...] PARAGRAFO. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada”.

Pero es preciso poner en contexto dicha facultad de revocatoria de los actos administrativos contractuales, que en el párrafo del referido artículo del estatuto contractual se presenta como mecanismo de solución directa de controversias contractuales.

En efecto, dicha facultad de la administración pública de la revocación directa de los actos administrativos contractuales (bien que se ejerza por decisión unilateral de la autoridad administrativa o como resultado de acuerdo entre las partes contractuales), no es en sí misma un nuevo mecanismo de resolución de controversias, equiparable a la transacción, la conciliación, etc., pues ya el Código Contencioso administrativo de 1984 (Artículo 69 del Decreto 01 de 1984) daba soporte suficiente a la aplicación de esta figura dentro del ámbito contractual.

Posteriormente, el artículo 57 del Decreto 1818 de 1998 también establece dicha facultad cuando se dan las causales del ya citado artículo 69 del Código Contencioso administrativo de 1984 y habiendo llegado las partes en controversia a una conciliación, cuya aprobación revoca y sustituye el acto administrativo.

Más recientemente, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Artículo 93 de la Ley 1437 de 2011), en los mismos términos del Código Contencioso Administrativo de 1984, establece dicha facultad de revocación de los actos administrativos.

Si como queda entonces establecido, antes de la Ley 80 de 1993 la revocatoria ya era viable frente a estos mismos propósitos de mecanismo de solución de controversias contractuales, ¿por qué la mención específica de este recurso, tanto en el estatuto contractual como en el Decreto 1818 de 1998?

Como bien señalan Mutis y Quintero (2001), “[...] es necesario realizar una comparación entre [las] tres diferentes normas, a saber,; el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo [(Hoy artículo 93 de la Ley 1437 de 2011)], el parágrafo del artículo 68 de la Ley 80 y el artículo 57 del Decreto 1818 [...]” (Mutis y Quintero, 2001, p. 451), pues estas tres normas se refieren a la revocación de los actos administrativos, siendo potencialmente pertinentes y aplicables como mecanismo de solución de controversias contractuales en la contratación estatal.

A continuación la transcripción del texto de las tres normas referidas:

Artículo 93 [De la Ley 1437 de 2011] Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

PARAGRAFO [Del artículo 68 de la Ley 80 de 1993] Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.

Artículo 57 [Del Decreto 1818 de 1998]. Revocatoria directa. Cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del

Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado [...].

Del análisis comparativo de las tres referidas normas, puede colegirse que, si bien el carácter general del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece el mínimo de justificación que se requiere para que resulte válida la revocación de cualquier acto administrativo, lo especificado por la Ley 80 restringe tal posibilidad a los actos administrativos contractuales.

Pero es necesario poner en contexto tal restricción de la norma, pues la condición del adjetivo *contractual* que usa la Ley 80, debe entenderse, obviamente, durante la vigencia del contrato, y no en un sentido genérico en el que cualquier acto administrativo sea asumido como contractual, simplemente porque guarde relación con un contrato, aún cuando éste aún o ya no exista. “A manera de ejercicio, es bastante difícil imaginar, *contrario sensu* la posible revocatoria negociada de actos de carácter general expedidos con anterioridad al perfeccionamiento del contrato, tales como la resolución de adjudicación o la declaratoria de urgencia manifiesta. [...]” (Mutis y Quintero, 2001, p. 453).

Además, el artículo del estatuto contractual, cuyo párrafo se viene analizando, va dirigido expresamente a los contratistas, condición que evidentemente presupone la celebración y vigencia de un contrato.

Estas mismas razones llevan a concluir que, salvo por lo establecido en el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, que se refiere en forma genérica a cualquier acto administrativo, el acto de adjudicación no podrá ser objeto de revocatoria, al menos no bajo la especialidad y restricciones del párrafo del artículo 68 de la Ley 80, pues de acuerdo a lo explicado no se trataría de un acto contractual.

El arbitramento

Una vez efectuado en el inicio del presente capítulo el respectivo recuento normativo del arbitramento, ahora es preciso analizar otros aspectos del arbitramento tales como su naturaleza jurídica, la cláusula compromisoria en los contratos estatales, las reglas básicas para el funcionamiento de un tribunal de arbitramento y los alcances del laudo arbitral y su forma de impugnación.

Es preciso destacar la paradójica naturaleza jurídica del arbitramento, pues si bien se ofrece como medio alternativo (Y extrajudicial) de solución de controversias, el arbitramento es el único de estos medios alternativos que sí comporta un contenido judicial, aunque, ciertamente, su trámite se dé por fuera de la rama jurisdiccional del Estado.

En efecto, los árbitros en el desempeño de sus funciones, y al igual que los jueces, deben velar por el cumplimiento de un debido proceso en el que se garanticen por igual a las partes el derecho de defensa, la práctica de pruebas, la oportunidad de contradicción y, en general, deben resolver recursos, escuchar las alegaciones de las partes y fallar, para el caso de la contratación estatal siempre en derecho, haciendo el laudo arbitral las veces de sentencia, cuyo contenido hace tránsito a cosa juzgada. Dicho laudo es irrevocable, sin embargo, entre las partes puede haber un acuerdo posterior para que éste no obligue a las partes, por ejemplo, cuando del laudo surgen obligaciones recíprocas que no son beneficiosas para ninguna de las partes, estas pueden de mutuo acuerdo no cumplir con lo resuelto en el laudo.

De manera similar al proceso judicial, en el arbitramento las partes se enfrentan en un proceso adversarial en “igualdad de armas” sin poder intervenir en el contenido final de la decisión, como sucede cuando un juez en uso de sus facultades constitucionales adopta y notifica su decisión respecto de la materia debatida, no pudiendo las partes incidir directamente en dicha decisión.

Las anteriores aclaraciones resultan pertinentes pues permiten contextualizar adecuadamente las características del arbitramento, pues éste, si bien materialmente comporta una naturaleza jurisdiccional, al no originarse dentro de la rama jurisdiccional del Estado, está sujeto a unas condiciones especiales que ahora es preciso entrar a analizar.

Comenzando por la cláusula compromisoria y el compromiso, inicialmente el artículo 70 de la Ley 80 y la compilación que de él hiciera el artículo 228 del Decreto 1818 de 1998 consagraban la posibilidad de pactar en los contratos estatales el convenio anticipado de someter a decisión arbitral los eventuales conflictos que pudieran surgir entre las partes con ocasión del contrato, refiriéndose la norma a “[...] *las diferencias que pudieran surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo o terminación o liquidación*”.

Con relación a la cláusula compromisoria y al compromiso es preciso hacer una diferenciación conceptual entre las mismas, la cual estaba claramente consagrada en el artículo 118 y 119 del Decreto 1818 de 1998, como es que la cláusula compromisoria, es un pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan

someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral; y el compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral.

Otra diferencia entre la cláusula compromisoria y el compromiso es sólo cuestión de momentos, pues la primera es una previsión anticipada frente a eventuales discrepancias, mientras que el compromiso es una forma de afrontar discrepancias surgidas, pudiendo incluso “[...] pactarse estando ya en curso un proceso judicial originado en la misma controversia, salvo que ya se hubiere proferido sentencia de primera instancia, caso en el cual el arbitramento es improcedente” (Mutis y Quintero, 2001, p. 459).

La Ley 1563 de 2012 derogó los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 111 a 231 del Decreto 1818 de 1998, pero dejó vigente el artículo 69 de la Ley 80 de 1993, el cual establece la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa. “[...] *Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales. Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal*”.

Ahora bien, vale la pena analizar brevemente las consecuencias del posible desconocimiento de la cláusula compromisoria o el compromiso que se hubiere acordado en un contrato estatal, este tema fue motivo de controversia al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado; la mayoría de magistrados de esta sección decidieron en sentencia que en el escenario de vigencia de un pacto arbitral, bien por cláusula compromisoria o compromiso en un contrato estatal, una de las partes demanda a la otra y esta última no interpone la excepción de falta de jurisdicción sino que en cambio contesta la demanda, tal hecho debe interpretarse como revocatoria consensuada del pacto arbitral, conclusión a la que llegaron en aplicación del artículo 100 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, para el magistrado que salva su voto, “[...] el proceso así adelantado es nulo por falta de jurisdicción, ya que el pacto arbitral sólo puede ser revocado en forma expresa y de común acuerdo por las partes que lo suscribieron, y mientras él se encuentre vigente los jueces de la República carecen de jurisdicción con relación a los hechos que fueron previstos como objeto del mismo” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de junio 16 de 1997, expediente

10.882. Magistrado Ponente Juan de Dios Montes Hernández, con salvamento de voto del magistrado Daniel Suárez Hernández).

Continuando con el presente análisis, en remplazo de las derogaciones arriba referidas, la Ley 1563 de 2012 establece igualmente que el arbitraje en el que participe como parte una entidad del Estado en virtud de una controversia de contratación estatal, el laudo deberá proferirse en derecho (Artículo 1).

La referida Ley 1563, en su artículo 2, clasifica el arbitraje en institucional y en ad-hoc, dependiendo del origen de las normas del procedimiento arbitral. En el primero las normas serán las contenidas en el reglamento del centro de arbitraje al que las partes hayan confiado el mismo, mientras que en el segundo serán los propios árbitros los encargados de dictarlas. De nuevo, en el arbitraje en el que participe como parte una entidad del Estado en virtud de una controversia de contratación estatal, el arbitraje será institucional.

Esta clasificación de la Ley 1563 excluye la clasificación de “arbitraje legal” que contenía el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998, lo cual es coherente con los principios que rigen la materia, pues hablar de arbitraje legal resulta redundante y un pleonasma en la medida en que todo arbitraje se presume legal.

Por lo demás, los artículos 3 a 6 de la Ley 1563 compilan el contenido de los artículos que esta Ley derogó de la Ley 80 de 1993.

Pasando al análisis de las reglas básicas para el funcionamiento de un tribunal de arbitramento, es preciso señalar que en vigencia del Decreto 1818 de 1998, “[...] la mayoría de normas legales que rigen el arbitramento son eminentemente supletivas, y están llamadas a operar únicamente con relación a aquellos aspectos frente a los cuales las partes hayan guardado silencio [...]” (Mutis y Quintero, 2001, p. 460), con el actual Estatuto de Arbitraje tiende a ser exhaustivo, llegando a regular en detalle aspectos tales como las condiciones y requisitos necesarios para ejercer como árbitro, frente a lo cual, el decreto guardaba silencio.

Por último, en cuanto a los alcances del laudo arbitral y su forma de impugnación, en primer lugar ya se había anotado anteriormente que el laudo arbitral es irrevocable, salvo el mutuo acuerdo de quienes lo suscribieron. No obstante, el artículo 40 del Estatuto de Arbitraje establece el denominado “Recurso extraordinario de anulación”, denominación que no corresponde con la naturaleza jurídica de esta acción, pues, en efecto, de lo que se trata es de una acción y no de un recurso.

Vale la pena recordar, que un recurso se incoa para que un juez superior de aquel que dictó la decisión recurrida revise y emita un nuevo fallo. Se trata de una nueva y superior instancia. Por su parte, y para el caso del arbitramento, la anulación lo que persigue es la rescisión del laudo, es decir, la declaración de anulación del mismo y su consecuente ineficacia. No obstante la incorrecta denominación de la posibilidad de invocar la nulidad del laudo, el artículo 40 del Estatuto que lo regula, se esmera en disponer, de forma clara y técnica, el procedimiento que deberá llevarse a cabo ante el tribunal arbitral para interponer la anulación.

En este recorrido por los aspectos generales del arbitramento no se ha incluido al arbitramento internacional, aspecto que será abordado más adelante cuando se analice el contexto internacional del arbitramento en la contratación estatal.

Arbitramento técnico o experticio

El artículo 74 del Estatuto Contractual permite la posibilidad de que las partes en conflicto acuerden la resolución de sus diferencias de carácter técnico a expertos por ellas designados, que bien pueden ser organismos consultivos del gobierno, asociaciones profesionales, o a centros docentes universitarios o de enseñanza superior.

Es preciso aclarar la denominación de este artículo de la Ley 80, pues con ella el legislador no alude a la pericia de carácter testimonial que rinden los expertos o peritos dentro de un proceso judicial en el sentido que se refieren a ella los códigos de procedimiento, pues no se trata de una especie probatoria sino de una forma de solución de controversias.

“[...] Se trata simplemente de un concepto de expertos dado como respuesta a una determinada consulta de carácter claramente técnico, y por tanto, de difícil solución autónoma por las partes contratantes. En el fondo, la finalidad de dicho concepto es simplemente la de suministrar elementos con base en los cuales, las partes mismas puedan adoptar soluciones de común acuerdo. [...]” (Mutis y Quintero, 2001, pp. 466-467).

El referido artículo termina estableciendo que “La decisión adoptada será definitiva”. Lo cual debe entenderse en el sentido de que “[...] contra una determinación de este orden no caben, ni pretensiones de corrección, aclaración o complementación, ni tampoco demandas contenciosas de anulación” (Mutis y Quintero, 2001, p. 467).

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ARBITRAMENTO

Competencias y limitaciones de la justicia arbitral según jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional

Pese a la importancia del arbitramento como mecanismo de solución de conflictos entre particulares y, especialmente, de conflictos entre comerciantes, así como de las comprobadas bondades que dicho mecanismo tiene y que se pueden trasladar al campo de la contratación estatal para la resolución de conflictos derivados de la celebración, ejecución, terminación y liquidación de los contratos suscritos por entidades públicas con particulares, dicho mecanismo no ha sido regulado en su totalidad por parte del legislador.

Lo anterior tiene como consecuencia los vacíos legales en materia de competencia y límites de los tribunales de arbitramento, tal y como se consignó en la parte inicial de este trabajo, los cuales han tratado de ser llenado por las altas Cortes de nuestro país.

Ya se había anotado en el comienzo del presente documento la sentencia del Consejo de Estado (Sección Tercera. Radicación N° 16394 23 de febrero de 2000) según la cual a la justicia arbitral le estaría vedado pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos y de los efectos no transigibles de los contratos estatales, pues para ello se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de la administración para revocar sus propios actos (Consejo de Estado, 2000).

De conformidad con lo que se viene analizando, si bien el arbitramento ostenta rango constitucional, la jurisprudencia de las Altas Cortes tradicionalmente ha restringido la competencia de la jurisdicción arbitral en la resolución de controversias en los contratos estatales.

El asunto capital que motiva el análisis del presente capítulo se refiere precisamente a la posición jurisprudencial de las Altas Cortes con relación a las competencias de la jurisdicción arbitral frente a la legalidad de los actos administrativos de una entidad estatal, que al mismo tiempo es parte contractual en un contrato estatal, y que con ocasión de ello emite unilateralmente

tales actos administrativos invalidando la competencia arbitral para conocer de ellos y, en general, en detrimento del contratista.

Sobre el particular, Chemás Jaramillo, indicó “[...] las facultades de los tribunales de arbitramento para pronunciarse, sobre las controversias que tengan relación con un acto administrativo expedido por la administración en ejercicio de sus poderes exorbitantes, han sido limitadas por las altas cortes del país y por diferentes entidades estatales. Corolario de ello es que se ha abierto un atajo para la legalidad, consistente en que cuando una entidad pública se encuentra enfrentada con un contratista, le basta expedir un acto administrativo que desarrolle las potestades excepcionales conferidas por ley a la administración pública, para inhibir la efectividad de la cláusula compromisoria [...]” (Chemás, p. 6). Es decir, no debería haber una presunción de legalidad de estos actos administrativos, cuando se ha acudido al Tribunal de Arbitramento, y la entidad pública expide un acto administrativo en ejercicio de las facultades exorbitantes, con el fin de no atender las resultas del laudo.

Las preguntas a resolver son entonces: “¿Qué se debe hacer cuando dentro de la ejecución de un contrato estatal, en el cual está pactada la cláusula compromisoria, la entidad contratante toma decisiones unilaterales por medio de actos administrativos que invalidan el tribunal de arbitramento o afectan al contratista? ¿El conflicto que ese acto genera puede avocarlo el tribunal de arbitramento?” (Vega, 2004, p. 82).

La respuesta dependerá, obviamente, de si se acepta que el tribunal de arbitramento es competente o no para juzgar la legalidad de dichos actos administrativos. De aceptarse, no habría problemas porque de este modo dicho tribunal de arbitramento podría solucionar cualquier conflicto. Pero de no aceptarse su competencia con el tradicional argumento de las Altas Cortes, según el cual, sobre la legalidad de los actos administrativos sólo se puede pronunciar, de manera exclusiva y excluyente, la jurisdicción contenciosa administrativa. Se tendría una situación en la que la justicia arbitral no tendría mayor utilidad. Es preciso entonces analizar la evolución jurisprudencial de las Altas Cortes frente a este dilema.

Por parte del Consejo de Estado, que como juez de la administración pública ha proferido un número mayor de fallos relacionados con la contratación estatal, se destaca el concepto 656 del 12 de julio de 1972, de la Sala de Consulta y Servicio Civil, que con ponencia del Doctor Luis Carlos SÁCHICA, en el cual se establece que:

“[...] e) Habiendo en los contratos administrativos estipulaciones de naturaleza reglamentaria impuesta por la ley y estipulaciones de carácter puramente contractual, que

son las que versan sobre las relaciones patrimoniales y financieras de los contratos, debe aceptarse que la cláusula compromisoria únicamente puede convenirse en relación con esta segunda parte de tales contratos, mas nunca en lo tocante en los aspectos regulados directamente por la Ley, no siendo susceptibles tales materias de decisión arbitral, sino de aplicación forzada”.

Para entonces, la incompatibilidad de los tribunales de arbitramento sólo estaba referida respecto del acto administrativo con el que la administración declaraba unilateralmente la caducidad del contrato estatal, pero la Sección Tercera del Consejo de Estado en auto del 2 de noviembre de 1977, radicación 2356, Consejero Ponente Jorge Valencia Arango, extendió la referida incompatibilidad a las demás facultades exorbitantes en la contratación administrativa:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en el sentido de que dicha cláusula [la compromisoria] no puede derogar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las controversias que surjan con motivo de la cláusula de caducidad y de las restantes cláusulas exorbitantes, como son las que autorizan a la administración a imponer unilateralmente multas por incumplimiento”.

Pero con la llegada de la Constitución de 1991, y en interpretación del Artículo 116, la jurisprudencia administrativa cedió un poco al establecer que si bien la legalidad imposibilitaba someter a decisión arbitral la legalidad de los actos administrativos, si era posible que los tribunales de arbitramento se pronunciaran sobre los efectos económicos de los mismos (Consejo de Estado, 1992). “[...] Esto en aras de asignarle a la justicia arbitral la importancia que la Constitución de 1991 le reconoció” (Vega, 2004, p. 93).

Pero esta prerrogativa fue reversada a partir de 1997, y subsidiaria de la supuesta incompatibilidad de los tribunales de arbitramento para juzgar la validez de los actos administrativos, el Consejo de Estado refiere además, como consecuencia, el principio de continencia de la causa³:

“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 [...] Lo único cierto sería, ante tan irregular y anómala situación, que el acatamiento por las

³ “El principio de la continencia de la causa es aquel por el cual se debe imponer una unidad en todo tipo de proceso, de manera que se tramite sólo una acción, ante un solo juzgador y entre los mismos sujetos procesales. Evitándose así fallos diferentes entre idénticas partes y respecto de los mismos hechos. Lo que elimina de plano la posibilidad de que el juez administrativo falle sobre la legalidad del acto y el arbitral sobre sus consecuencias económicas”. Véase: Vega (2004, p. 99).

partes de una cualquiera de tales decisiones, conllevaría el abierto desconocimiento de la otra, para configurar en esas condiciones una verdadera anarquía jurisdiccional y procesal, con los inconvenientes y desastrosos resultados que dicha situación generaría en la comunidad” (Consejo de Estado, 2000).

De este modo se cierra para siempre, por parte del Consejo de Estado, la posibilidad de competencia parcial del juez arbitral frente a conflictos derivados de la contratación estatal, pues con esta jurisprudencia se reconoce a la jurisdicción contencioso administrativa, no sólo para juzgar sobre la legalidad de los actos administrativos, sino que además se encarga de fallar sobre todo lo demás.

Pero la interpretación del Consejo de Estado sobre el concepto y alcance de las potestades o poderes excepcionales de la administración por la que la jurisprudencia administrativa ha impedido que la justicia arbitral se pronuncie sobre la legalidad de los actos administrativos emitidos bajo estas potestades, difiere de la Corte Constitucional, la que abordaremos más adelante.

Para el Consejo de Estado, el ejercicio de estas potestades se enmarca legalmente en lo establecido en el artículo 14 del Estatuto contractual:

“1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. [...]”.

Se colige por lo citado, que los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales, también denominados cláusulas exorbitantes, sólo se refieren a aquellos actos administrativos emitidos, exclusivamente, con el fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios y para asegurar su continua prestación.

Concomitante con esta concepción, el Consejo de Estado (2004, Rad. 25551) reiteró que el acto administrativo de liquidación, así tenga una naturaleza unilateral, no es un acto que involucre las potestades excepcionales del Estado.

Se trata del caso de controversia de contratación estatal entre el departamento del Valle y la sociedad Concesiones de Infraestructura S.A. (Cisa) con ocasión del acuerdo para liquidar el contrato de concesión GM-95-04-017, caso que finalmente llegó a tribunal de arbitramento.

El departamento del Valle, posterior a la notificación de la demanda de instalación del tribunal de arbitramento, opta por liquidar unilateralmente el contrato.

Por su parte, el tribunal de arbitramento, ante la existencia del acto administrativo unilateral de liquidación, evitó pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo y sólo se pronunció sobre la pretensión de la ruptura del equilibrio económico del contrato, y condenó financieramente al departamento, tanto en virtud de la pretensión principal, como de los honorarios y gastos del tribunal arbitral.

“El Consejo de Estado declaró infundado el recurso de anulación presentado por el departamento puesto que en virtud del acuerdo realizado entre las partes del contrato por medio del cual someten a la justicia arbitral la liquidación del contrato la administración había perdido su potestad de liquidación unilateral del contrato por no ejercerla antes de que se admitiera la demanda arbitral. Adicionalmente el Consejo de Estado constató que los árbitros no se pronunciaron sobre la liquidación unilateral del contrato y que sólo se refirieron a la ruptura del equilibrio económico del contrato” (Salcedo, 2006, pp. 183-184).

La Sección 4 del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por el departamento del Valle con la que aducía, que tanto la Sección 3 del Consejo de Estado como el tribunal de arbitramento habían incurrido en vía de hecho constitucional al desconocer la competencia del departamento para proferir el acto administrativo de liquidación unilateral.

En síntesis, el Consejo de Estado, que tradicionalmente ha postulado a las potestades o poderes excepcionales de la administración como el mecanismo para impedir que la justicia arbitral pueda operar, también delimitó, como se anotó, con base en el referido artículo 14 del Estatuto contractual, que tales poderes excepcionales sólo pueden darse exclusivamente, con el fin de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios y para asegurar su continua prestación, y en tal sentido, el acto administrativo de liquidación, así tenga una naturaleza unilateral, no es un acto que involucre las potestades excepcionales del Estado.

Pero en contraste con la sentencia del Consejo de Estado, y con esto se entra a analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sede de revisión, esta corporación “[...] tuteló el derecho del departamento revocando la sentencia de tutela del Consejo de Estado y declaró la

nulidad de la sentencia del Consejo de Estado que rechazó la anulación del laudo arbitral y adicionalmente anuló el laudo arbitral” (Salcedo, 2006, p. 184).

Con esta sentencia T-481-05, la Corte Constitucional contradijo su propia jurisprudencia al establecer:

“Finalmente, es necesario precisar que por tratarse de una manifestación de voluntad de la administración que crea, modifica o extingue una situación jurídica, el acto de liquidación unilateral del contrato goza de la presunción de legalidad y veracidad. Entonces, sus efectos sólo pueden ser enervados a través de los recursos de la vía gubernativa o de las (sic) acción contenciosa administrativa respectiva cuando dicho acto no se ajusta a la Ley o cuando en el mismo se desconocen los derechos del contratista”.

De este modo, para la Corte Constitucional la facultad de la administración de proferir actos administrativos resultaría ser indefinida, pues no tiene en cuenta el momento de terminación de la competencia de la administración para proferir dichos actos, como se referencia en esta tesis, se evidencia la falta de reglamentación.

Además, en la referida sentencia, y en contradicción con su propia jurisprudencia anterior, la Corte Constitucional refiere la no competencia de los árbitros a los actos administrativos en general, pues en esta sentencia establece que un acto jurídico de la administración goza de la presunción de legalidad, que por ende no puede someterse a la justicia arbitral, mientras que en la sentencia de constitucionalidad C-1436-00 la no competencia de los árbitros está referida a los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

Finalmente, mediante Auto 100-06 (de 22 de marzo de 2006) la Corte Constitucional resolvió declarar la nulidad de la sentencia T-481-05 proferida por la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, reconociendo:

“[...] - (i) cambio de jurisprudencia sobre la doctrina de la vía de hecho en que llegaren a incurrir las providencias judiciales, efectuado por una Sala de Revisión y no por la Sala Plena y (ii) desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso de una de las partes, específicamente el derecho a acceder a la administración de justicia- son fundadas, lo cual debe conducir a que la sentencia T-481 de 2005 sea declarada nula por la Sala Plena de la Corte Constitucional”.

No obstante lo anterior, queda sin resolver jurisprudencialmente la antagónica posición entre el Consejo de estado y la Corte Constitucional frente a las competencias y limitaciones de la justicia arbitral con relación a las controversias surgidas en la contratación estatal.

Como fue visto, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional coinciden en limitar la competencia a la justicia arbitral para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales, por parte del Consejo de Estado dichos actos están plenamente delimitados por el artículo 14 del Estatuto contractual, mientras que la Corte Constitucional parece inclinarse por establecer que todo acto jurídico de la administración goza de la presunción de legalidad, y que por ende no puede someterse a la justicia arbitral.

Resultado funesto para la conveniente y necesaria unidad de criterios de interpretación constitucional por parte de las Altas Cortes, pero, al fin de cuentas, resultado consecuente del control difuso de constitucionalidad que opera en Colombia y, que además de generar “choque de trenes” entre los poderes jurisdiccionales del Estado, mina la confianza de los asociados frente a la justicia y, para el caso de la inversión financiera y desarrollo de proyectos empresariales, esta consecuencia desmotiva la inversión de capitales nacionales y extranjeros con el consecuente impacto económico.

Procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales

Otro aspecto importante del análisis de la jurisprudencia frente a las competencias y limitaciones de la justicia arbitral es, precisamente, la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales.

Como quiera que la decisión tomada dentro del trámite arbitral sea idéntica a los fallos judiciales y cuenta con la posibilidad de interposición de recursos, así mismo ostenta la calidad de fallo judicial y de cosa juzgada.

Se tiene entonces que la procedencia de la acción de tutela en los casos de arbitraje nacional e internacional opera, excepcionalmente, en los mismos casos en que la tutela es procedente contra los fallos judiciales, es decir, cuando en la decisión judicial se comprueben vías de hecho, lo cual no es fácil de determinar, pues no se trata sólo de meras discrepancias respecto del margen de interpretación que el juez tiene frente a la norma que aplica de manera autónoma, sino de su comprobado distanciamiento de todo criterio de razonabilidad, en el que su decisión termina por fundamentarse más en su subjetivo y caprichoso criterio que en el derecho.

Todavía más difícil de comprobar una vía de hecho en un laudo arbitral si se tiene en cuenta que, a diferencia del juez, los árbitros suelen tener mayor margen de maniobrabilidad en la

interpretación de los elementos de juicio, en especial, tratándose del arbitraje en equidad y el arbitraje técnico.

Se aborda entonces el análisis de varios casos de sentencias de la Corte Constitucional en donde se delimita la autonomía y el margen de maniobrabilidad de los árbitros antes de incurrir en vías de hecho en sus laudos arbitrales, límite a partir del cual sería procedente la acción de tutela.

La procedencia de la acción de tutela sólo opera, excepcionalmente, en los mismos casos en que la tutela es procedente contra los fallos judiciales, es decir, cuando en la decisión judicial se comprueben vías de hecho. En tal sentido, la Corte Constitucional expresa:

“La tutela contra providencias judiciales, aparte de su carácter excepcional, como que sólo resulta procedente en los casos en que se comprueba una vía de hecho, no puede esgrimirse frente a meras discrepancias interpretativas. La autonomía funcional de los jueces exige que se reconozca a su actividad interpretativa una suerte de inmunidad, sin la cual no podrían en la práctica armonizar los mandatos legales con las exigencias derivadas de la realidad. Sólo cuando se desvirtúa el proceso hermenéutico y las proposiciones que se hacen surgir de los textos o la comprensión cabal de los hechos, se emancipa de todo criterio de razonabilidad hasta el punto de que el resultado interpretativo sólo termina por descansar en el subjetivismo caprichoso del juez, será posible conjeturar sobre la existencia de una vía de hecho por este concepto” (Corte Constitucional. Sentencia SU-600-99. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Uno de los casos más significativos en los que la Corte Constitucional se ha pronunciado frente a tutelas contra laudos arbitrales se da con la Sentencia T-046-02 y su anulación mediante auto 027 de su misma Sala Plena del 2 de abril de 2002.

En esta sentencia se dirime el conflicto surgido entre la Clínica Shaio y sus trabajadores agrupados en la Asociación Nacional de Trabajadores y Empleados de Hospitales, Clínicas, Consultorios y Entidades Dedicadas a Procurar la Salud de la Comunidad –ANTHOC-.

El conflicto se inicia con una convención colectiva de los trabajadores que fue denunciada por la Clínica, llegándose al Tribunal de Arbitramento Obligatorio que profirió laudo en equidad adverso al empleador, laudo posteriormente homologado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Contra el laudo proferido el empleador interpuso acción de tutela aduciendo que el laudo “carecía de motivación” y que era “irrazonable”, en síntesis, aducía vías de hecho que a juicio del empleador hacían procedente la acción de tutela contra el laudo arbitral.

En primera instancia le fue negada la tutela, pero posteriormente la Sala de Revisión de la Corte Constitucional la concedió⁴, fijando además criterios con los cuales establece las vías de hecho susceptibles de impugnación en los laudos arbitrales. En dicha Sentencia la Sala de Revisión de la Corte Constitucional insiste de nuevo en que las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. Es así como la Corte ha sostenido que “[...] no es admisible constitucionalmente una interpretación de un texto legal que sea manifiestamente irrazonable, porque “las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables” (Corte Constitucional. Sentencia C-011-94. M.P Alejandro Martínez Caballero).

Por ello esta Corporación había señalado que “la autonomía que la Corte reconoce a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados” (Corte Constitucional. Sentencia C-301-93. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y Corte Constitucional. Sentencia C-496-94. M.P Alejandro Martínez Caballero).

En sentencia de tutela, la Corte Constitucional estableció:

“La exigencia de que “las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables” no es, sin embargo, predicable en igual forma de los árbitros en equidad, precisamente porque ellos no están obligados a fallar en derecho, lo que los exime de la fundamentación rigurosa de su decisión. No obstante, lo decidido por ellos no puede carecer de razonabilidad.

De los límites constitucionales que enmarcan la actuación de los árbitros – en especial del mandato de interdicción de la arbitrariedad que se deduce del principio de Estado Social de Derecho, se manifiesta en las exigencias del debido proceso y se refleja en la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución – se desprende el requisito de que sus decisiones no sean evidentemente irrazonables. Si bien los árbitros gozan de un amplio margen para decidir, más aún cuando los asuntos a resolver son de naturaleza económica, de cualquier forma deben respetar unos mínimos de razonabilidad. Se resaltan, sin ánimo taxativo, los mínimos de mayor trascendencia:

⁴ No obstante, la misma fue anulada mediante auto 027 de su misma Sala Plena del 2 de abril de 2002, pero esta vez por razones de procedimiento en los que no se analizaron los argumentos que la Sala de Revisión adujo para el establecimiento de las vías de hecho en los laudos arbitrales.

a) Los árbitros en equidad no deben ignorar a una de las partes en contienda. Este no impide que descarten las peticiones de una de ellas cuando existan razones que lo justifiquen, como sucede cuando los árbitros estiman que el empleador no puede con la denuncia de la convención suscitar el conflicto colectivo ni delimitar el ámbito del mismo.

b) Los árbitros deben tener en cuenta las circunstancias fácticas del caso, o sea que no pueden pasar por alto la información empírica; esto es así, ya que una decisión en equidad no puede prescindir del contexto ni desentenderse de los efectos que puedan recaer sobre las partes como consecuencia de lo que los árbitros determinen. Lo anterior no significa que deban decretar, practicar y valorar pruebas puesto que no son jueces de derecho.

c) Los árbitros deben abstenerse de decidir con base en prejuicios, como lo son las opiniones racistas, sexistas o exclusivamente ideológicas. La razón de ello es obvia: los árbitros deben respetar los derechos fundamentales de las partes, ya que ellos, al administrar justicia, son autoridad y ejercen una función pública.

Es necesario distinguir entre las decisiones “en derecho”, “en equidad”, “en conciencia” y “verdad sabida y buena fe guardada”. La más exigente de ellas es la decisión en derecho que supone el conocimiento, la interpretación y aplicación de normas objetivas respetando criterios hermenéuticos.

El fallo en equidad, aunque mucho menos exigente que el fallo en derecho, como se ha sostenido anteriormente, no puede desatender las particularidades concretas del caso, vgr. las circunstancias fácticas del contexto en el que decide, puesto que su sentido es buscar el equilibrio en la decisión evitando cargas y efectos excesivamente gravosos para las partes y asignando beneficios a quien los necesita o merece.

Es por ello que las motivaciones del fallo en equidad resultan importantes en la determinación de la razonabilidad de la decisión.

Por el contrario, la decisión en conciencia y la decisión verdad sabida y buena fe guardada remiten a la esfera interna del fallador quien adopta una decisión cuya finalidad no es necesariamente la justicia o la equidad.

No es posible, por lo tanto, equiparar ambas instituciones. Quien falla verdad sabida y buena fe guardada no tiene que hacer explícitos los hechos en que se funda ni justificar con razones sus conclusiones.

En cambio quien decide en equidad debe considerar las particularidades fácticas de la situación, apreciar su valor para que sus conclusiones sean justificables, no a partir de su conciencia subjetiva, sino del concepto indeterminado pero objetivo de equidad. La flexibilidad asociada a la equidad, inclusive en la definición más restrictiva de la misma, estriba en que es posible apartarse de una aplicación estricta de las reglas jurídicas precisamente cuando los hechos especiales del caso - las particularidades del mismo - así lo requieren para que la decisión sea justa. De tal manera que las razones de equidad son las que parten de los hechos y justifican una decisión que consulta las especificidades de un conflicto determinado, sin depender de la aplicación estricta de cierta regla⁵.

La equidad impone, a lo menos, dos límites a la autoridad que la invoca para justificar sus decisiones. El primero toca con el proceso decisorio, el cual no puede ser evidentemente irrazonable como se acaba de mostrar. El segundo toca con el contenido de lo decidido y sus efectos. En materia arbitral laboral la Corte Suprema de Justicia ha dicho, con razón, que las normas creadas por el laudo no pueden ser manifiestamente inequitativas” (Corte Constitucional. Sentencia T-046-02. M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

Si bien la Sentencia fue anulada posteriormente mediante auto 027 de su misma Sala Plena del 2 de abril de 2002, esta vez por razones de procedimiento en los que no se analizaron los argumentos que la Sala de Revisión adujo para el establecimiento de las vías de hecho en los laudos arbitrales, la argumentación de la Sentencia analizada es clara al definir los criterios de razonabilidad que deben guiar, tanto el procedimiento como las decisiones de los árbitros de los Tribunales de Arbitramento y, “[...] marca la pauta para desterrar por completo las ideas que sugieren o propugnan por la improcedencia de la acción de tutela o por la imposibilidad materia de que se invoquen reparos constitucionales contra las vías de hecho en los fallos en equidad” (Gamboa, 2003, pp. 115-116).

⁵ Por eso, se ha debatido si los laudos, además de ser equitativos, deben ser expresamente motivados. Las razones que justifican el laudo ofrecen un criterio valioso para que en los conflictos colectivos venideros las partes orienten la negociación puesto que se han hecho explícitos criterios de equidad relevantes en el contexto dentro del cual se sitúa el conflicto. Consideraciones semejantes llevaron a que en las conclusiones del seminario sobre Conciliación y Arbitramento en Disputas Industriales llevado a cabo por la Organización Internacional del Trabajo, en Kampala en 1969, se estimara que era aconsejable que los árbitros dieran razones para justificar sus decisiones. Ver *International Encyclopedia of Comparative Law, Labour Law*, Vol. XV, Chapter 14: *Prevention and Settlement of Labour Disputes, Other than Conflicts of Rights*, by Jean Givry, Tübingen et al, 1984, p. 54. (Cita de la Corte Constitucional).

También para el arbitramento en los casos de contratación estatal, el tema reviste capital importancia si se tiene en cuenta que son muchas, y cada vez son más, las empresas nacionales y extranjeras que operan en Colombia y que hacen negocios con los nacionales y con el Estado.

A manera de conclusión, cabe señalar la importancia de la razonabilidad de los argumentos esgrimidos por los árbitros a la hora de fundamentar sus laudos, pues como jueces⁶ que son, han de esgrimir, como lo señala Rawls, “razones públicas”. En efecto, la autoridad de la que están investidos los jueces y magistrados de las Cortes en su interpretación de la Constitución y los árbitros en la interpretación de los elementos de juicio está sujeta a que dicha interpretación se lleve a cabo en el marco conceptual y hermenéutico de la razón pública.

“[...] El papel paradigmático de los tribunales se debe a que los jueces tienen el deber institucional de respetar los límites de la razón pública, guiarse por ella y no por lo que, según sus propias doctrinas comprensivas, ellos consideran ‘toda la verdad’. Dado que ‘los jueces tienen que explicar y justificar sus decisiones como decisiones que se apoyan en su comprensión de la constitución y de los precedentes relevantes’ (PL 216 [*250 s.]), sus argumentos han de respetar las restricciones de la razón pública. [...]” (Rodilla, 2006, p. 304).

⁶ Así lo sean de manera temporal.

EXTRACTOS SELECCIONADOS DE JURISPRUDENCIA ARBITRAL

Se presentan extractos de jurisprudencia arbitral según algunos temas relevantes que orientaron la determinación del laudo.

Laudo del Instituto de Desarrollo Urbano IDU Vs. Sociedad de Ingenieros Civiles Asociados S. A. De C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000

El presente extracto de jurisprudencia arbitral ofrece una argumentación sobre el principio de colaboración.

“[...] Se trata, entonces, de determinar hasta dónde debe llegar el deber de colaboración que deben restarse las partes de un contrato que, como el [de] obra pública, genera obligaciones recíprocas, prestaciones correlativas y en donde deudor y acreedor deben comportarse con sujeción a las reglas de la más absoluta corrección, deber que se deriva de la naturaleza misma del contrato, de lo dispuesto por el artículo 871 del Código de Comercio y del estatuto general de contratación de las entidades públicas previsto por la Ley 80 de 1993, en el cual el Estado y los contratistas son colaboradores, que no partes contrapuestas, contendientes u opositoras, como fluye nítidamente de los términos de los artículos 3 y 5 de dicha Ley.

Según la primera de esas normas, el principio de colaboración entre el contratista y la entidad contratante es la norma rectora de la actividad contractual, que persigue la consecución de los fines estatales.

Conforme a la segunda, los contratistas “colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto del contrato se cumpla”.

De ahí que se haya admitido por la doctrina y la jurisprudencia, que a cargo del sujeto activo de la prestación existan deberes que tienden a facilitar y, a veces, a hacer posible el cumplimiento de lo que el deudor, se ha comprometido a hacer, uno de los cuales uno de los cuales y no el de menor importancia es el de colaboración.

La jurisprudencia arbitral ha decidido que “el acreedor que no ha obrado con la diligencia, providencia, previsión a él correspondientes, (...) no puede reprocharle al deudor a quien no proveyó la información, el apoyo, la colaboración indispensables, desaciertos, imprecisiones, o falta de la plenitud deseable, o de la propia ejecución de la

prestación” y ha puntualizado que sobre cada participante en el proceso de formación del contrato “pesan cargas de claridad, precisión, información, colaboración, de modo que al omitir los actos necesarios correspondientes, él asume exclusivamente las consecuencias adversas de su inercia o de su incuria. Lo cual es más significativo y exigente en los contratos de colaboración y en las obligaciones que la presuponen e imponen, y puede llegar a implicar la propia extinción de la obligación por defecto de dicha colaboración del acreedor que impidió, obstaculizó o retardo el ejercicio por parte del deudor de su derecho a liberarse de la obligación por medio del cumplimiento exacto.” (Laudo arbitral del 26 de octubre de 2000, entre el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santafé de Bogotá, D.C. Vs. Sociedad Francesa de Exportación de Materiales Sistemas y Servicios del ministerio del interior – SOFREMI, págs. 65 y 66).

A las anteriores consideraciones, que el Tribunal comparte en su integridad por hallarlas ajustadas a la ley y a las más estrictas reglas de hermenéutica contractual, es preciso alegar que el deber de colaboración así concretado [h]a de tener linderos. Tales límites son los que se desprenden del acatamiento de las regulaciones positivas que enmarcan la licitud de la actuación tanto de las entidades contratantes como de sus contratistas colaboradores, porque no es posible ni plausible llevar el deber de colaboración hasta el punto de que so pretexto de cumplirlo, se incurra en excesos de poder, en usurpación de atribuciones o en cualquier otra modalidad de violación de la legalidad objetiva”.

Laudo de Cooperadores I.P.S. S.A. Vs. Fiduciaria La Previsora S.A. 10 de abril de 2000

El presente extracto de jurisprudencia arbitral ofrece una argumentación sobre los principios de transparencia, economía, colaboración y responsabilidad.

“Son el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines.

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán las mismas normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas

de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines”.

Laudo de Termorrío Vs. Electrificadora del Atlántico. 21 de diciembre de 2000

El presente extracto de jurisprudencia arbitral ofrece una argumentación sobre los principios de buena fe y de no proceder contra los actos propios.

“La doctrina de los “actos propios”, condensada en el principio “*non concedit venire contra factum proprium*”. Ha dicho al respecto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Sentencia de Septiembre 11, 1997 – Proceso No. 9207 – Ariza Aldana y Asociados Ltda. Vs Alcaldía Mayor de Bogotá): “La doctrina de los actos propios tiene su fundamento en el principio general del derecho que predica que se debe proceder de buena fe en la conducción de la relación negocial.

La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro a la conducta que los actos anteriores hacían prever. Como dice una sentencia de 22 de abril de 1967, ‘la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, impone que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo que no es dable [al] actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y que, conforme con la doctrina sentada en sentencias de esta jurisdicción, como la del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963 y 19 de diciembre de 1964, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus actos propios. Y la de 27 de febrero de 1981. (Ponente: Martín del Bugro) dice que ‘constituye un principio de derecho civil, y de la Teoría General del Derecho, la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa, como una exigencia de *fides* que impone el mantenimiento de la palabra dada, la constancia de la conducta, la

lealtad a lo pactado o prometido, la observancia de la buena fe, una de cuyas exigencias [...es] la de impedir ‘*venir contra factum proprium*’.

Laudo del Consorcio Constructora Andrade Gutiérrez y Otros Vs. Ferrovías. 7 de marzo de 2002

El presente extracto de jurisprudencia arbitral ofrece una argumentación sobre los principios de responsabilidad de la entidad y responsabilidad del oferente.

“[...] el reconocimiento que la Ley 80 de 1993 hace la autonomía negocial privada, busca principalmente que el Contrato Estatal cumpla con los fines contemplados en el artículo 3 de dicho Estatuto, esto es, que con la celebración y ejecución del contrato “[...] las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de dichos fines”.

La falta de claridad con que se manejó en los pliegos de condiciones y en el contrato el tema de las licencias, permisos y autorizaciones ambientales, poco contribuyó al cumplimiento de tales fines. Así mismo la conducta [a]sumida por el contratista, igualmente merecedora de reproche por la ausencia de una determinación clara del contenido de las prestaciones que en materia ambiental se estaba obligando a cumplir, en nada sirvió para dichos fines, pues el mismo artículo 3 dispone en su segundo inciso que “[...] los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.

Laudo de Mallas Equipos Y Construcciones Ltda. - Maeco Ltda. Vs.

Fondo Nacional del Ahorro. 10 de marzo de 1999

El presente extracto de jurisprudencia arbitral ofrece una argumentación sobre el principio de prevalencia del pliego de condiciones como fuente del contrato.

“Es obvio que esta discordancia entre el contrato y el pliego de condiciones tiene que dirimirse por lo dicho en este último como quiera que el referido pliego según lo ha entendido la jurisprudencia y la doctrina, contiene el marco de referencia de todas las

obligaciones generales de las partes en el contrato proyectado, por lo que se ha advertido que el contrato que se celebre como resultado de la licitación “encuentra su fuente en el pliego de condiciones y no puede ser sin su desarrollo. Estas condiciones son elementos integrantes del contrato” (Sentencia del Consejo de Estado, 16 mayo de 1967. Anales Tomo LXXII y página 21).

El pliego de condiciones siempre debe prevalecer sobre el contrato, pues lo contrario abriría la posibilidad de que el oferente seleccionado burle las previsiones de éste, modificándolas, de común acuerdo con la entidad oficial, en las cláusulas contractuales, lo que resulta lesivo del derecho de igualdad que tienen los concursantes dentro del proceso licitatorio.

Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, que en reciente pronunciamiento reiteró la antes referida opinión, mediante sentencia de fecha 3 de febrero de 2000, con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos Duque, Expediente No. 10339, que en lo pertinente afirmó: “Para la sala, tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular no solo en la etapa de formación de la voluntad sino también en la de cumplimiento del contrato y hasta su fase final. De ahí el acierto que se tenga como “la ley del contrato””.

Laudo de Sepúlveda Lozano Cía. Ltda. Vs.

Instituto de Desarrollo Urbano – IDU 5 de mayo de 1997

El presente extracto de jurisprudencia arbitral ofrece una argumentación sobre los principios de errores en la oferta, responsabilidad del oferente e inaplicación de la teoría del desequilibrio.

“En la parte pertinente de las consideraciones jurídicas, el Tribunal dejó sentado su posición en relación con el tratamiento que deben revestir los descuidos, negligencias o simples errores en que haya podido incurrir, el inicialmente proponente y después

contratista, en la elaboración de su oferta. Se dijo entonces que no es de recibo estructurar teorías absolutas sobre el desequilibrio contractual cuando la verdadera causa del desfase se encuentra en un error cometido por el proponente. Error inexcusable por demás, en tratándose de expertos en las materias respecto de las cuales licitan”.

Laudo de Concesión Santa Marta, Paraguachon S.A. Vs.
Instituto Nacional de Vías, INVIAS. 24 de agosto de 2001

El presente extracto de jurisprudencia arbitral ofrece una argumentación sobre el principio de responsabilidad estatal.

“El fundamento de la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado, se concretó en la noción del “daño antijurídico” reparable, que el constituyente consagró en el artículo 90 de la Constitución Política, noción constitucional que informa el concepto legal del equilibrio económico de los contratos estatales, como lo ha establecido en forma reiterada el Consejo de Estado (Sentencia 28 de octubre de 1996 M.P.: Jorge Valencia Arango; s 27 de marzo de 1992, M.P.: Daniel Suárez Hernández; s 9 mayo de 1996 MP.: Daniel Suárez Hernández).

De esta manera surgirá para el Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que sufra el particular contratista, siempre que el mismo no le sea imputable, y no se encuentre en la obligación surgida de la ley o del contrato.

De esta manera resulta claro para el Tribunal:

a) Que la responsabilidad contractual de la administración sólo es predicable frente a los daños antijurídicos derivados de su acción u omisión.

b) Que la existencia del “daño antijurídico” reparable, en los términos del constituyente presupone que aquél que lo padece no está en el deber constitucional, legal, contractual o extracontractual de soportarlo.

c) Que por lo mismo, el contratista del Estado que alegue el padecimiento de un daño o perjuicio derivado de la celebración, ejecución o terminación de un contrato estatal y pretenda su reparación, ha de probar primero la realización del daño o perjuicio y la ausencia de la obligación surgida de la ley o del contrato de preverlo o asumirlo”.

Laudo de Comunicación Celular S.A., Comcel S.A. Vs.

La Nación - Ministerio de Comunicaciones. 10 de mayo de 2000

El presente extracto de jurisprudencia arbitral ofrece una argumentación sobre los principios de equilibrio financiero del contrato, causas del desequilibrio, poderes exorbitantes e indemnización.

“El principio general del equilibrio económico del contrato busca que las condiciones económicas al momento de contratar, se mantengan durante todo su desarrollo. En la contratación administrativa se reconoce que el contratista contrata con la administración pública, con el objeto de obtener un beneficio, el cual, si sufre un menoscabo, le debe ser restablecido en las condiciones de ley.

La ley 80 de 1993 en su artículo 3 garantiza a los contratistas la protección de sus utilidades cuando contratan con el Estado. El artículo 4 a su vez establece como deber de las entidades estatales el adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar.

Para el Tribunal el equilibrio contractual puede romperse por causas imputables a las partes y por causas ajenas a las partes. Entre las primeras se encuentra la utilización de poderes exorbitantes que tiene la administración en materia contractual, como son: la declaratoria de caducidad y la modificación, terminación e interpretación unilaterales del contrato. En estos casos la administración, al imponer nuevas cargas al contratista, debe indemnizarlo, con base en el principio de equidad”.

Laudo de Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías Vs. Consorcio Constructora

Norberto Odebrecht S. A. y Conciviles S. A. 11 de diciembre de 2001

El presente extracto de jurisprudencia arbitral ofrece una argumentación sobre los principios de equilibrio financiero del contrato, fórmulas de reajustes, sistema de revisión del contrato por mayores costos y teoría de la imprevisión.

“Las fórmulas de reajustes constituyen el mejor antídoto contra la inflación de costos y de precios. Las fórmulas procuran, para eso se pactan, remediar las condiciones

variables e imprevisibles de la economía y la consecuente afectación de esos fenómenos en el contrato.

La doctrina advierte que entre el sistema de revisión del contrato por mayores costos y la teoría de la imprevisión de donde se deriva el primero, existen varias diferencias: La primera y la más importante es que la teoría de la imprevisión tiene aplicación en casos excepcionales, mientras que el régimen de mayores costos se aplica a hechos normales como lo son los elementos previsibles en el mercado. La segunda estriba en que la teoría de la imprevisión ofrece soluciones, igualmente excepcionales, que van desde la rescisión del contrato hasta el pago de indemnizaciones parciales para que el contrato no fracase, mientras que en la teoría de los mayores costos el principio es de mantener lo más exactamente posible la ecuación económica del contrato. [...].

Una tercera diferencia es que la teoría de la imprevisión se aplica en todos los contratos administrativos, en cambio el de los mayores costos es propio, en principio, de los contratos de obra pública”.

Laudo de Constructora Ática Estudio Internacional Vs. Distrito Capital de Bogotá
(Secretaría de Educación Distrital). 20 de mayo de 2000

El presente extracto de jurisprudencia arbitral ofrece una argumentación sobre los principios de el hecho del príncipe (*Factum principis*), medida general y abstracta y compensación económica.

“Desde la perspectiva del derecho colombiano, el *factum principis* es una figura jurídica, que le permite al contratista solicitar el reconocimiento de una indemnización o compensación económica, en los casos en que se presente una ruptura de la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, **imputable a una medida general y abstracta que legítimamente adopte el Estado en ejercicio de sus poderes normativos** de intervención en la sociedad y en la economía, y que no fue prevista por las partes al momento de la celebración del contrato. (Las negrillas son del Tribunal para destacar) Tomado del tratadista Rodrigo Escobar Gil.

En un sentido lato, “el hecho del príncipe” designa, según el tratadista francés De Laubadère, “toda intervención de los poderes públicos que tenga por resultado el afectar

de cualquier manera las condiciones jurídicas o aun solamente las condiciones de hecho en las cuales un contratista de la administración ejecuta su contrato”.

Estas diferentes intervenciones pueden revestir modalidades muy diferentes y provenir de autoridades muy diversas: el legislador, el gobierno en ejercicio del poder reglamentario, la autoridad administrativa contratante o aún una autoridad administrativa diferente de aquella que ha celebrado el contrato.

El “hecho del príncipe”, en su sentido restringido, se define a la vez por su origen y por sus efectos. “es una medida tomada por la autoridad contratante, que afecta las condiciones de ejecución del contrato”. Dentro de estas medidas, algunas tienen por objeto la modificación de las condiciones de ejecución del contrato mientras que otras, sin tener este objeto, tienen no obstante este efecto.

Según Marienhoff, sólo los actos de carácter general dan lugar a la aplicación de la doctrina del príncipe, no así los de carácter individual, pues estos últimos generan responsabilidad contractual por violación de sus estipulaciones.

El Consejo de Estado se ha referido al “hecho del príncipe” como causa de rompimiento del equilibrio contractual, así: “cuando las autoridades de la colectividad actúan en virtud de una competencia diferente de la que tienen por el contrato, es decir, cuando ejercen sus competencias en materia de policía u organización o funcionamiento de los servicios públicos, en condiciones tales de que ellas derivan repercusiones sobre el contrato [...] cuando se produce ese desequilibrio financiero por razón de un acto del legislador, como el decreto de alza de salarios, o el restablecimiento, o incremento de prestaciones sociales patronales [...]”.

De igual manera el Consejo de Estado en sentencia del 20 de septiembre de 1979, considera: “[...] cuando la causa de la agravación consistente en un acto de la propia administración contratante, o en un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas, el origen del entuerto oneroso ha determinado que a la figura se le denomine hecho del príncipe””.

Laudo de Unión Temporal,

(Distral S.A., C.M.D. S.A. y el Consorcio Tito Marcelo Pavicon Ltda. y Primont Ltda).

Vs. Ecopetrol. 20 de junio de 2001

El presente extracto de jurisprudencia arbitral ofrece una argumentación sobre los principios de cláusulas exorbitantes y concepto de caducidad.

“Según el mandato del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, cuando el incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista afecta de “manera grave y directa la ejecución del contrato” la administración pública lo dará por terminado y ordenará su liquidación. La cláusula de caducidad es obligatoria en los contratos de obras públicas y se entiende pactada aun cuando no se incluya expresamente.

Es una sanción para el contratista que incumple en atención a que las entidades estatales deben buscar “el cumplimiento de los fines estatales” y la adecuada prestación de los servicios públicos. Según Jaime Vidal Perdomo la caducidad “opera como sanción por incumplimiento” (Derecho Administrativo 11 Edic., Pág. 209).

En consecuencia, la cláusula que consigna la caducidad constituye una obligación para la administración y la declaratoria de la misma no es un mecanismo de presión, ilícito o ilegítimo ni puede considerarse como una “manifiesta ventaja”. Es simplemente la consecuencia legal de la aplicación del estatuto de contratación cuando el contratista incurre en alguna de las causales previstas en el contrato y en la ley.

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, “la caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

Delimitando sus características, la H. Corte Constitucional ha señalado: “La institución de la caducidad, constituye el instrumento idóneo para que la administración, sin la intervención del juez, declare la extinción del vínculo contractual, cuando a su juicio, el contratista, incurso en alguna de las situaciones o conductas descritas, no esté en condiciones de cumplir con los fines públicos que se persiguen con la realización del objeto del contrato”.

“Por otra parte, la cláusula de caducidad es una de las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común por parte de la doctrina y la jurisprudencia y pone de manifiesto el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato” (Corte Constitucional, Sentencia de octubre 8/98. T – 569/98).

Obsérvese que el principal efecto de la declaratoria de caducidad como cláusula exorbitante de la contratación estatal, es la terminación anticipada o anormal del contrato por motivos de incumplimiento, cuando estos afecten de manera grave y directa su ejecución, para lo cual la entidad contratante deberá precisar tales motivos o causas que dieron lugar a la caducidad.

Debe entenderse pues como una consecuencia jurídica señalada en la ley que proviene del incumplimiento del contratista.

Si bien el contrato constituye ley para las partes, la libertad contractual en materia de contratación estatal está subordinada a los límites impuestos por la ley y la realización de intereses dignos de protección jurídica y circunscritos a la prestación del servicio público, en donde la entidad estatal debe realizar las conductas necesarias encaminadas a evitar que se exponga la efectiva obtención del interés general.

Es así como la caducidad ha sido delimitada por la jurisprudencia como un acto contractual expedido en uso de los poderes exorbitantes cuya finalidad consiste en garantizar una adecuada prestación del servicio público, cuando éste se ve expuesto en razón al incumplimiento grave y directo del contratista.

La legitimidad de la caducidad se fundamenta no sólo en su definición legal dentro del ordenamiento jurídico, así como en la posibilidad que la administración ostenta de utilizarla durante toda la vida del contrato, sino además en la verificación de los supuestos de hecho que se requieren para su correcta procedibilidad y los cuales permiten darle aplicación concreta en un determinado caso, existiendo la posibilidad de atacar el acto en sede administrativa cuando el contratista considera que no se dieron tales supuestos de hecho, aduciendo para ello las razones pertinentes encaminadas a desvirtuar la presunción de legalidad del acto proferido por la administración. Quiere decir lo anterior, que una vez proferida la caducidad, el contratista goza de la facultad de recurrir el acto cuando considera que su declaración no se ajusta a los preceptos legales””.

Estas transcripciones de extractos de jurisprudencia arbitral recogen los temas principales motivo de controversias en la contratación estatal y permiten develar la decantación y calidad que la justicia arbitral ha logrado, con la ventaja además, de su especialización.

Se espera además, que con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, las sentencias y jurisprudencia arbitral logren aún una mayor decantación, calidad, probidad y especialización, toda vez que en esta Ley se establecen condiciones y requisitos más exigentes para ejercer cómo árbitro.

“[...] El árbitro debe ser colombiano y ciudadano en ejercicio; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o haber sido sancionado con destitución.

En los arbitrajes en derecho [que rigen para la contratación estatal], los árbitros deberán cumplir, como mínimo, los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, sin perjuicio de las calidades adicionales exigidas por los reglamentos de los centros de arbitraje o por las partes en el pacto arbitral” (Ley 1563 de 2012, Artículo 7).

DERECHO COMPARADO: CONTEXTO INTERNACIONAL DEL ARBITRAMENTO EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Con la promulgación de la Ley 1563 de 2012, Colombia marca distancia de tendencia respecto de la mayoría de países que en los últimos años han dictado normativas sobre arbitraje.

“[...] la nueva legislación colombiana propone un régimen arbitral dualista⁷, que si bien sigue en lo referente al régimen del arbitraje internacional a la Ley Modelo de 1985 de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, para el Arbitraje Internacional ([...] “Ley Modelo”), para el de carácter interno plantea un proceso arbitral radicalmente distinto” (Rodríguez, 2012, p. 381).

La Ley 1563 de 2012 establece dos regímenes arbitrales distintos en función del carácter nacional o internacional del arbitraje. Para el arbitraje nacional, la referida Ley aclara aspectos que en el Decreto 1818 de 1998 no resultaban claros. El arbitraje interno, en contraste con el internacional, es asimilable a un proceso judicial formal con todo lo que ello implica. En cuanto al arbitraje internacional, en la Ley 1563, y siguiendo la mayoría de países a nivel mundial, se adopta casi textualmente, con algunas variaciones en la redacción, la Ley Modelo de 1985 junto con sus enmiendas del año 2006.

Sin pretender ofrecer un listado completo, otros países latinoamericanos que han optado por un régimen dualista son Perú: Decreto Legislativo 1071 de 2008; Costa Rica: Ley 8937 sobre Arbitraje Comercial Internacional, manteniendo para el arbitraje interno la Ley 7727 de 1997; Chile: Ley 19971 de 2004 sobre Arbitraje Comercial Internacional, y mantiene antiquísimas regulaciones sobre el arbitraje nacional en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 y el Código de Procedimiento Civil de 1902.

Se destaca del régimen internacional de la Ley 1563, el artículo 62, la prohibición que un “Estado, empresa de propiedad de un Estado u organización de propiedad de un Estado que sea parte de un acuerdo de arbitraje”, invoque su propio derecho para “impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje”, disposiciones que constituyen pilares fundamentales para el desarrollo de la figura del arbitraje internacional (Sanín, 2012, p.68).

⁷ El régimen dualista supone dos normativas distintas e individuales: una para el arbitraje nacional y otra para el arbitraje internacional.

De este mismo artículo cabe precisar que recoge lo estipulado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-347 de 1997. (M.P. Jorge Arango Mejía), al establecer que:

“[...] Es claro que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio, y estando éste en Colombia, puede existir un elemento extranjero. Basta pensar en la posibilidad de que en el conflicto sea parte una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia. Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio. [...] Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de las partes sea extranjera” (Corte Constitucional, 1997).

En efecto, el nuevo estatuto, el cual deroga la Ley 315 de 1996, establece tales criterios para determinar el carácter de internacional de un arbitramento.

De otra parte, la misma citada Sentencia la Corte Constitucional dispone:

El laudo que profiera el tribunal internacional debe someterse al procedimiento del *exequatur*⁸, procedimiento que garantiza el respeto al ordenamiento jurídico nacional. Porque si bien pueden los árbitros aplicar una legislación extranjera, no podrán quebrantar normas de orden público vigentes en Colombia, excepto las de procedimiento.

Además debe tenerse en cuenta que el proceso arbitral internacional, a diferencia del nacional, no puede ser en equidad, al menos no si entre las partes en litigio está el Estado de Colombia, sino que comporta un verdadero proceso

“[...] en el sentido técnico del término, porque se trata la litis entre dos partes [...]y...] Los árbitros, que son verdaderos jueces, gozan de los poderes de éstos para conducir el proceso, impulsarlo y decidirlo. [y] como proceso que es, un arbitramento internacional se rige por el derecho al debido proceso. [...]” (Botero y Correa, 2004, pp. 31-32).

Otro aspecto de capital importancia en el presente análisis del contexto internacional del arbitramento lo constituye el carácter supranacional de las normas derivadas de convenios o tratados internacionales de integración económica, obligando a que el derecho comunitario que

⁸ *Exequatur* (*Exequator* o *Execuator*) es el conjunto de reglas conforme al cual el ordenamiento jurídico de un Estado verifica si una sentencia judicial emanada de un país extranjero reúne o no los requisitos que permiten su homologación en tal Estado. Este procedimiento tiene por objeto determinar si es posible brindarle a una sentencia extranjera (entendiendo esta como aquella resolución pronunciada por un tribunal que escapa a la soberanía del Estado en que se desea ejecutarla), reconocimiento y permitir su cumplimiento en un Estado distinto a aquel que la pronunció.

nace del tratado de integración, se aplique de preferencia sobre el derecho nacional de cada Estado miembro.

Esta obligación también rige para los tribunales de arbitramento, aún en casos en los que diriman controversias internas sin ningún componente internacional, pero que deban fallar con base en normas que comportan un carácter supranacional toda vez que surgen del tratado de integración del cual es miembro el Estado en el cual opera el tribunal de arbitramento.

Tal es la situación en la controversia surgida con ocasión del contrato de acceso uso e interconexión entre la red de TPBCL y TPBCLE de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la red de TMC de Comcel S.A.

El tribunal de arbitramento nombrado para dirimir la controversia, omitió solicitar la interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto de aquellos litigios que, como éste, tiene relación con temas de interconexión en materia de telecomunicaciones.

En efecto, el referido Tribunal de Justicia Internacional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“[...] este Tribunal debe señalar que en relación con estos temas de interconexión y del Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones, se encuentran reglados dentro del Ordenamiento Jurídico de la Comunidad Andina y constituyen normas supranacionales, de efecto directo y de aplicación inmediata que prevalecen sobre cualquier normativa nacional, razón por la cual dichas normas debieron aplicarse por el Tribunal Arbitral para la resolución de fondo del proceso interno, solicitando la interpretación prejudicial al Tribunal Comunitario, conforme se aclara y se explica en líneas seguidas” (Consejo de Estado, 2012).

En virtud de lo anterior, el Consejo de Estado anula el laudo arbitral, argumentando que:

“En este orden de ideas, el Consejo de Estado al conocer de un recurso extraordinario en las circunstancias anteriormente mencionadas, por encima de las limitaciones formales de su normativa interna, tiene que hacer primar el orden comunitario andino, lo que implica que debe declarar la nulidad de la sentencia o laudo arbitral que no cuente con la correspondiente interpretación prejudicial, generando con esto que todos los operadores jurídicos se inserten en el sistema jurídico comunitario de una manera adecuada. Es muy importante reiterar una vez más, que la falta de interpretación prejudicial, de conformidad con los principios de primacía, aplicación

inmediata y efecto directo, entra a formar parte de las causales de nulidad o anulación consagradas en la normativa interna.

El Consejo de Estado, independientemente de las causales que haya esgrimido el recurrente, está investido de todas las prerrogativas para salvaguardar el orden supranacional comunitario y, por lo tanto su primera función es examinar si el juez de última o única instancia, en este caso el Tribunal de arbitramento, cumplió con su obligación de solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. El juez que conozca un recurso extraordinario siempre debe tener presente que la consulta prejudicial es esencial, básica y angular para el funcionamiento del sistema de integración subregional; por esta razón, se justifica la acción de anular la sentencia que no cuente con este requisito toral.

[...] Los árbitros o tribunales de arbitramento que son de única o última instancia y fallan en derecho, se incluyen dentro del concepto de juez nacional contenido en los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de su Estatuto y, en consecuencia, tienen la obligación de solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, de conformidad con las previsiones consagradas en la normativa comunitaria.

Por lo señalado anteriormente, el concepto de juez nacional, de acuerdo a las normas comunitarias, alcanza a los árbitros en derecho, que decidirán el proceso, ateniéndose a la Ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina”.

CONCLUSIONES

El arbitraje se constituye en un recurso llamativo, en especial para empresarios y hombres de negocios, para quienes es importante contar con herramientas dinámicas alternativas a la jurisdiccional para resolver las controversias propias del mundo de los negocios, pues saben de la lentitud y costo financiero de los tiempos involucrados en los procesos jurisdiccionales tradicionales.

El arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos también se ha venido consolidando en virtud de la inminente vigencia de acuerdos de integración económica y tratados de libre comercio; “[...] ámbito donde mecanismos como el arbitraje son connaturales al comercio internacional, y ya tienen, incluso en países con realidades muy similares a la nuestra, un desarrollo considerable y una sombrilla universal en organismos que hacen parte del Sistema de Naciones Unidas” (Villegas, 2004).

En general, los métodos alternativos para la solución de conflictos resultan ser un complemento ideal a la actividad jurisdiccional estatal y promueven y coadyuvan el desarrollo económico y político de la sociedad, pues la celeridad y eficiencia en la resolución de conflictos resulta ser un buen estímulo a la inversión privada, la cual se desestimula frente a la posibilidad de resolución de conflictos contractuales ante jurisdicciones lentas o poco dinámicas.

En América Latina se ha venido consolidando positivamente el recurso a tribunales de arbitramento a partir de la década de 1990, en especial, por tres factores principales, a saber: 1) por la globalización de la economía; 2) por la transformación que el arbitraje ha comportado, pasando de un arbitraje artesanal a una verdadera industria del arbitraje y; 3) por la mayor presencia operativa de los Estados en el arbitraje.

En efecto, en primer lugar, en cuanto a la globalización de las economías mundiales, los métodos alternativos de solución de conflictos en general, y el arbitraje en particular, son la respuesta del derecho frente a la incidencia global de los fenómenos económicos. La globalización económica supone, tanto un proceso dinámico de aproximación cultural como una globalización de la institución misma de dichos métodos, los cuales han trascendido de su ámbito original y exclusivo, a uno variado y mundial.

Por otra parte, “[...] El éxito del arbitraje ha originado un mercado arbitral, en donde diversos centros de arbitraje y las oficinas de asesoría jurídica entran en un juego de fuerzas (que incluye tácticas propias de la negociación de servicios) para ocuparse de los asuntos arbitrales.

Ello no debe oponerse a que la esencia del arbitraje deba permanecer inmutable ante dichos fenómenos, y atender a la justicia. [...]” (Villegas, 2004).

En Colombia ha venido creciendo en cantidad y calidad el número de Centros de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de las diferentes Cámaras de Comercio y Colegios Profesionales de Abogados. “[...] Actualmente en Colombia existen 125 centros de arbitraje que tramitan aproximadamente 400 arbitrajes cada año (Exposición de Motivos, Ley1563 de 2012). Esto quiere decir que, en promedio, cada centro arbitral en Colombia maneja solo 3,2 arbitrajes al año, una cifra supremamente baja que demuestra unas tasas pobres de utilización del mecanismo. [...]” (Consejo Privado de Competitividad, 2012). Es decir, aunque se pacte la cláusula compromisoria o el compromiso, son mecanismos que escasamente son usados por la partes.

De otra parte, el Estado ha jugado un papel importante en el desarrollo de los Centros de Arbitraje y con el proceso de globalización, los Estados, incluido Colombia, en sus negociaciones de tratados de libre comercio han terminado por aceptar la importancia de estos tribunales para la resolución de los conflictos propios de un tratado de libre comercio, al punto que han terminado por aceptarlos y someterse a ellos. “[...] Hoy la figura puede ser considerada como fundamental en los tratados comerciales internacionales, propiciando la aceptación y promoción de las soluciones arbitrales, por organismos de carácter interestatal, lo que redundaría en una garantía para el Estado, [el cual termina por aceptar] soluciones diversas a la jurisdicción propia” (Villegas, 2004).

Un ejemplo de esta situación es la consagrada en la Ley 1464 de 29 de junio de 2011, “Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia", elaborado en Bogotá, el 17 de marzo de 2010, y el "Entendimiento sobre el Trato Justo y Equitativo en el Acuerdo Bilateral de Inversión entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia", firmado por los jefes negociadores de ambas partes y anexada a las minutas de la última ronda de negociaciones en Londres, el 19 de mayo de 2009”, en la que reguló en el artículo IX - Solución de Controversias entre una Parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante -, resaltando en qué casos y cuál es el procedimiento para que las controversias entre un inversionista serán sometidas a las cortes locales o al arbitraje internacional.

Resulta objetivo concluir que la jurisprudencia comporta, aunque lenta, una tendencia hacia el reconocimiento de la plena competencia y autonomía de la justicia arbitral, si bien con la sentencia de tutela T-481-05 (que sólo tiene efectos interpartes), la Corte Constitucional contradujo su propia jurisprudencia, finalmente dicha sentencia fue anulada.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha manifestado en varias de sus decisiones estar de acuerdo con aquella tendencia legislativa de ampliar los asuntos que pueden ventilarse en sede arbitral. Para la Corte Constitucional es el legislador quien tiene la “potestad de regulación de los procesos”, siendo uno de ellos precisamente el arbitraje. La Corte Constitucional argumenta:

“El que los asuntos susceptibles de transacción sean los únicos que pueden someterse a la justicia arbitral es tema que le compete al legislador determinar. Este puede decidir que ello sea así, o decidir qué tal criterio desaparezca del ordenamiento jurídico como delimitador de la competencia de la justicia arbitral, tal y como lo hizo en la Ley 1285 de 2009, avalada en este punto por la Corte Constitucional” (Corte Constitucional, 2010).

Pero es preciso continuar las presentes conclusiones, indicando si se cumplieron los objetivos de análisis inicialmente propuestos en el anteproyecto que dio origen a la presente investigación, a saber, el análisis de riesgos que surgen para las partes en virtud de las competencias y limitaciones que tradicionalmente le ha asignado la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional a la justicia arbitral en las controversias de casos de contratación estatal.

Del análisis realizado en la presente investigación, se evidencio la existencia de los siguientes riesgos que surgen para las partes en virtud de la competencia y limitaciones de los tribunales de arbitramento, los cuales son:

El primer riesgo, es que las partes acudan al mecanismo de solución de conflictos, como lo es el arbitraje, y durante este periodo la entidad contratante haga uso de las facultades exorbitantes consagradas en el artículo 14 y subsiguientes de la Ley 80 de 1993, y de esta forma pierda efectividad la cláusula compromisoria, toda vez, que de acuerdo a la Jurisprudencia del Consejo de Estado, el Tribunal de Arbitramento, no podría pronunciarse sobre la legalidad de ese acto.

Un segundo riesgo que se presenta es la falta de seguridad jurídica respecto de las decisiones que se toman en los laudos arbitrales, toda vez estos se asimilan, a fallos judiciales, siendo por ello susceptibles de acción de tutela, generando que el arbitraje pierda su naturaleza dinámica y ágil en la resolución de conflictos.

Un tercer riesgo, es que jurídicamente el contratista está con las “manos atadas” respecto de la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales en virtud de que el tribunal de arbitramento no se puede pronunciar sobre la legalidad de los mismos sino únicamente de las consecuencias económicas de dichos actos, por cuanto los Tribunales de Arbitramento carecen de competencia para el conocimiento de este tipo de conflictos, como se señaló en las jurisprudencias analizadas, por lo tanto lo obliga a que acuda a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, quedando la figura arbitral como un mecanismo inocuo en estos casos.

No obstante lo anterior, la Ley 1563 de 2012, no se pronunció sobre la competencia a la justicia arbitral para que se pronunciara sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.

Como a la fecha de realización de la presente investigación no se encontró que exista jurisprudencia que se pronuncie sobre la Ley 1563 de 2012, habrá que esperar a que ésta llegue y juzgar de este modo los posibles riesgos que surgen para el contratista particular cuando deba recurrir a la justicia arbitral en la solución de las controversias de casos de contratación estatal.

Los riesgos señalados, a nuestro criterio no han sido resueltos ni por la Ley ni la Jurisprudencia.

De otra parte, una vez analizada la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la competencia y facultades de los tribunales de arbitramento, se concluye que si bien se pueden establecer los riesgos, no es posible cuantificarlos ya que cada caso es único y no es posible prever la forma como será abordado por la justicia arbitral.

REFERENCIAS

Botero Sanclemente, Ana María y Correa Henao, Néstor Raúl (2004). Arbitraje internacional. Segunda Edición. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Jorge Eduardo Chémas Jaramillo. (o). Restricciones al acceso a la justicia arbitral en contratos estatales. 17 de enero de 2015, de Universidad Externado de Colombia Sitio web: <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jorge%20Eduardo%20Chem%C3%83%C2%A1s%20Jaramillo.pdf>

Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicación N° 16394 15 de mayo de 1992. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicación N° 16394 23 de febrero de 2000. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Radicación: 110010326000201000056 00 (39.373) de 21 de noviembre de 2012. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo Privado de Competitividad. (2012). Aprobación del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (EA). 17-01-2015, de Consejo Privado de Competitividad Sitio web: <http://www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/2012/11/Justicia.pdf>.

Correa Ángel, Diana Ximena (2002). El arbitraje en el derecho administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-347-97. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia C-1436-00. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia T-017-05. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia T-481-05. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C-014-10 Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo.

Dávila Vinuesa, Luis Guillermo (2001). Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. Bogotá: Editorial LEGIS.

Decreto 1818 de 1998, Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Gamboa Morales, Ernesto (2003). El arbitraje en equidad. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Hernández, R., Fernández, C., Baptista, P. (1997) Metodología de la investigación. México: McGRAW-HILL.

Lamprea Rodríguez, Pedro A (2007). Contratos estatales. Bogotá, TEMIS.

Laudo del Instituto de Desarrollo Urbano IDU Vs. Sociedad de Ingenieros Civiles Asociados S. A. De C. V- ICA. 30 de noviembre de 2000.

Laudo de Cooperadores I.P.S. S.A. Vs. Fiduciaria La Previsora S.A. 10 de abril de 2000.

Laudo de Termorrío Vs. Electricadora del Atlántico. 21 de diciembre de 2000.

Laudo del Consorcio Constructora Andrade Gutiérrez y Otros Vs. Ferrovías. 7 de marzo de 2002.

Laudo de Mallas Equipos Y Construcciones Ltda. - Maeco Ltda. Vs. Fondo Nacional del Ahorro. 10 de marzo de 1999.

Laudo de Sepúlveda Lozano Cía. Ltda. Vs. Instituto de Desarrollo Urbano – IDU 5 de mayo de 1997.

Laudo de Concesión Santa Marta, Paraguachon S.A. Vs. Instituto Nacional de Vías, INVIAS. 24 de agosto de 2001.

Laudo de Comunicación Celular S.A., Comcel S.A. Vs. La Nación - Ministerio de Comunicaciones. 10 de mayo de 2000.

Laudo de Empresa Colombiana de Vías Férreas, Ferrovías Vs. Consorcio Constructora Norberto Odebrecht S. A. y Conciviles S. A. 11 de diciembre de 2001.

Laudo de Constructora Ática Estudio Internacional Vs. Distrito Capital de Bogotá (Secretaría de Educación Distrital). 20 de mayo de 2000.

Laudo de Unión Temporal, (Distral S.A., C.M.D. S.A. y el Consorcio Tito Marcelo Pavicon Ltda. y Primont Ltda.). Vs. Ecopetrol. 20 de junio de 2001.

Ley 57 de 1887. Código Civil.

Ley 80 de 1993. Estatuto de la contratación pública.

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ley 1464 de 29 de junio de 2011.

Ley 1563 de 2012.

Mutis Vanegas, Andrés y Quintero Múnera, Andrés (2001). La contratación estatal: análisis y perspectivas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultas de Ciencias Jurídicas.

Palacios Mejía, Hugo (1999). El derecho de los servicios públicos. Bogotá: Editorial Derecho Vigente.

Rodilla, Miguel Ángel (2006). Leyendo a Rawls. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

Rodríguez Mejía Marcela (2012). Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. En: Revista de Derecho Privado, N.º 23, julio - diciembre de 2012, pp. 379 a 417.

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

Vega Rodríguez, Miguel Fernando (2004). El arbitraje en la contratación estatal. Descripción y análisis jurisprudencial. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.

Villegas Echeverri, Luís Carlos (2004). Justicia desde la perspectiva del sector empresarial. Ponencia del Presidente de la ANDI en el VII Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria. Pereira: VII Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria.

LABORE ET CONSTANTIA