

CONSEJO DE ESTADO, DECISIVO EN LA LIMITACIÓN DEL ARBITRAJE EN
CONTRATACIÓN ESTATAL

MARÍA VICTORIA BERMÚDEZ ESPINOSA
AUTORA
CÓDIGO 3500897

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
DIRECCIÓN DE POSTGRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SEMINARIO DESARROLLO DEL TRABAJO DE GRADO
BOGOTÁ D. C. - 2014

CONSEJO DE ESTADO, DECISIVO EN LA LIMITACIÓN DEL ARBITRAJE EN
CONTRATACIÓN ESTATAL

MARÍA VICTORIA BERMÚDEZ ESPINOSA

AUTORA

CÓDIGO 3500897

Trabajo de grado para obtener el título de especialista en Derecho Administrativo
(Ensayo argumentativo)

Tutor temático: JAIRO SANDOVAL CARRANZA

Tutor metodológico: DIEGO ESCOBAR PERDIGÓN

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
DIRECCIÓN POSGRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SEMINARIO DESARROLLO DEL TRABAJO DE GRADO
BOGOTÁ D.C.- 2014

Resumen

Según las tesis formuladas por el Consejo de Estado en jurisprudencia sobre ¿Por qué el Consejo de Estado limita la competencia del arbitraje para conocer asuntos sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales o exorbitantes?, se conocería la necesidad de reformar o reformular las normas en las cuales se sustentan, con el fin de descongestionar la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante un análisis jurídico con enfoque cuantitativo y descriptivo que permitió como resultado establecer si la mencionada institución tuvo fundamentos veraces en sus tesis, para que continuara su aplicación o determinándose en la aplicación de una de tesis intermedia.

Palabras Clave: Actos administrativos, Arbitraje, competencia, contractuales, legislador.

Abstract

According to the theses formulated by the State council in jurisprudence on why does State council limit the competition of the arbitration to know matters on the legality of the administrative contractual acts dropped by virtue of exceptional or exorbitant power?, there would be known the need to reform or re-formulate the procedure in which they are sustained, in order to clear the contentious administrative jurisdiction, by means of a juridical analysis with quantitative and descriptive approach that it allowed as result to establish if the mentioned institution had veracious foundations in his theses, in order that it was continuing his application or deciding in the application of one of intermediate thesis.

Key words Administrative acts, Arbitration, competition, contractual, legislator.

Introducción

El Consejo de Estado en sus diferentes tesis presentadas en sus jurisprudencias limita el arbitraje para conocer asuntos sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales, fundadas en el desconocimiento de la calidad de administración de justicia transitoria que le otorgo el artículo 116 de la Constitución Política a este tipo de particulares (árbitros), para lo cual se presenta tres tesis fundamentales, en las cuales el Consejo de Estado limita totalmente la competencia, en otra acepta parcialmente la competencia mediante una posición intermedia y en una última presentada en los salvamentos de votos en la cual se aceptaría una competencia total.

Es importante establecer cuál de las tesis presentadas por el Consejo de Estado es la más adecuada y beneficiosa respecto de la congestión en la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual no debe ir en contra de las normas especiales del derecho administrativo, pero que tampoco disminuyan los mecanismos que la Constitución Política otorga para una eficiente administración de justicia.

De esta forma el impacto de una reforma de las normas en que se sustentan las tesis del Consejo de Estado y de las normas actualmente vigentes para el caso que nos ocupa, conllevaría a una agilización en la solución de las controversias presentadas *inter partes* en materia contractual, ya que en esta normatividad se continua excluyendo la competencia arbitral en esta materia.

Pregunta de investigación científica

¿Por qué el Consejo de Estado limita la competencia del arbitraje para conocer asuntos sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales o exorbitantes?

Hipótesis

Probablemente al conocer la necesidad de reformar las normas en las cuales se sustentan las tesis formuladas por el Consejo de Estado en la jurisprudencia, sobre los límites de la competencia del arbitraje sobre asuntos de legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales, fundadas en el desconocimiento de la calidad que le otorgo la Constitución Política a este tipo de particulares (árbitros), se daría otro gran paso a la continuidad en la descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Metodología

Para la comprensión, descripción y conclusión real del problema jurídico, se aplicó como metodología la descriptiva, para lo cual fue necesario iniciar por la determinación y delimitación del problema específico respecto del por qué el Consejo de Estado limita la competencia del arbitraje para conocer asuntos sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales o exorbitantes.

Una vez se concretó de manera real y tangible el problema jurídico, se procedió a la elaboración de una hipótesis de la cual se infirió de manera aproximada una posible solución, pero para llegar a esta posible solución, se estudió y analizó tanto el tema específico como los posibles conexos aplicables a este, mediante una investigación jurídico descriptiva cualificada, en la que se analizó la base del problema con sus respectivas características tanto normativas como sociales y su incidencia en el entorno de la aplicación en el Derecho Administrativo, lo cual fue apoyado en su gran mayoría por las investigaciones de otros autores respecto de la jurisprudencia repetitiva del Consejo de Estado.

Del análisis lógico y coherente de la jurisprudencia más importante y destacada del tema confrontada con las diferentes posiciones de tipo doctrinal se pudo llegar a una posición final, que solo se podrá determinar una vez se sigan los pasos de la investigación jurídica presentada en este artículo, el cual radico en la importancia de definir las razones fundamentales por la cuales el Consejo de Estado continua, a través de sus fallos, limitar la competencia del arbitraje para conocer asuntos sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales o exorbitantes.

Argumentos

Para la comprensión del problema jurídico es necesario conocer los conceptos de los elementos esenciales que la componen, como el arbitraje, los actos administrativos contractuales y los poderes excepcionales o cláusulas exorbitante o excepcional, en cuanto al arbitraje la reciente Ley 1563 de 2012 en su artículo 1, lo define como: “...un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice...”; Feldstein y Leonardi señalan que:

[...] el arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales...Se llaman árbitros, a fin de distinguirlos de los jueces o magistrados. (Feldstein y Leonardi 1998, pag 12)

Por otra parte el autor Caviano explica:

La materia arbitral es, en la generalidad de los casos –excepto cuando es forzosa por disposición de la ley-, producto del consentimiento de las partes que deciden desplazar la jurisdicción natural de los jueces ordinarios hacia los árbitros. Por eso resulta lógico que también puedan pactar las normas por las que tramitará el proceso. Dichas normas tienen así, como principio general, el de la libre disponibilidad de las partes, a excepción de aquellos casos en que la voluntad individual deba ceder por razones de orden público. (Caivano 2000, pag 209)

El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC) en materia contractual, por primera vez, fue traído por la Ley 80 de 1993, como una solución a las controversias surgidas entre una entidad pública y un particular por una

relación contractual durante o con ocasión de su ejecución, con el fin de resolver los conflictos de forma directa y no acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, pero solo en los casos determinados por la mencionada ley.

Respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje el autor Salcedo es enfático en aseverar que al año 2010 no existe en el mundo concordancia sobre el área del derecho en donde se enmarque el arbitraje, para lo cual afirma:

Son varias y de diferentes linajes las teorías que se han construido en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, al punto de que no existe aún en el mundo un consenso respecto al área del derecho a la cual pertenece y que algunos ubican como procesal, otros como contractual, otros como comercial y otros como una figura autónoma que hace parte de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. (Salcedo 2010, pag 148)

Salcedo centra su artículo, en las que para él son las teorías más destacadas, i) jurisdiccional o procesalista sostiene que se trata de una concesión en donde le da competencia a los privados en materia de derecho para resolver conflicto mediante árbitros con función pública para mantener el control sobre los procesos arbitrales y reconocer efectos al pacto arbitral, por lo que al tratarse de un proceso debe reconocerse su naturaleza jurisdiccional; ii) contractualista, argumenta que es la oposición a la anterior ya que es netamente de derecho privado por la voluntad de las partes siendo que el laudo arbitral es un negocio jurídico; y iii) autónomo o supranacional afirma que se trata de un fenómeno económico que no se puede enmarcar en las teorías anteriores porque se debe observar como un fenómeno práctico del comercio.

En cuanto a una teoría desde la sociología, continúa con el tema el autor Salcedo con la denominada teoría de los equivalentes funcionales, afirmando:

La “teoría de los equivalentes funcionales”, que nace desde la sociología, ha sido ampliamente aplicada en el derecho, por ejemplo, en el campo comercial a la desmaterialización de los títulos-valores, el comercio electrónico y prevista con amplísimos efectos substanciales y probatorios en la legislación colombiana por la ley 527 de 1999.14/15 De la misma manera en el campo penal en cuanto se refiere a la sustitución de las penas por equivalentes funcionales que cumplen con el mismo papel de éstas.

En consecuencia, si la función estructural de la justicia estatal, en el derecho privado, es la de resolver conflictos entre particulares, al permitir el mismo estado mediante la ley, que los mismos particulares designen sus jueces y éstos, mediante un procedimiento decidan un conflicto, estaremos claramente en presencia de un equivalente funcional, al papel que cumple la justicia estatal. No se trata de otra justicia. Se trata de la misma con otros actores principales (árbitros), pero con las mismas partes y el mismo conflicto a resolver, todo lo cual nos libera de tener que tomar partido, en el caso del arbitraje, por una naturaleza jurídica contractualista, jurisdiccional, mixta o ecléctica. (Salcedo 2010, pag 153-154)

En Colombia respecto a la evolución de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, señala la autora Montes:

En Colombia con la entrada en vigencia de la constitución política de 1991 se plasmó una nueva concepción del derecho orientado más a la realidad social, y hacia el pluralismo jurídico dando paso a mecanismos alternos de resolución o solución de conflictos, originados en parte por la crisis de regulación social, legitimidad y gobernabilidad del monopolio del derecho del Estado nacional⁴. Estos mecanismos adquirieron rango constitucional y se plasmaron en los artículos 116, 246 y 247, es así como tenemos modalidades autocompositivas y heterocompositivas, entre estas últimas se encuentra el arbitraje o arbitramento.

[...] De acuerdo con el Dr. Jorge Hernán Gil Echeverry. (2002). Se le ha denominado por la doctrina arbitramento administrativo, y también para el Dr. Arnaldo Mendoza Torres. (2006) el arbitraje contencioso administrativo, pero para Ricardo Hoyos Duque. (2005) no hay un arbitraje administrativo, toda vez que “la facultad que tienen los particulares de impartir justicia, en forma transitoria, es una y hoy está prevista en la Constitución (art. 116). No hay, pues, un arbitramento administrativo, ni otro civil o comercial. Simplemente el legislador, en ejercicio de una competencia constitucional y en atención a la materia, ha regulado de diferente manera la institución arbitral cuando en ella interviene como parte el Estado.” (Montes, 2010, p. 68-69).

La Ley 80 de 1993 en defensa de estos mecanismos prohibió cualquier estipulación en el contrato que obstaculizara recurrir a los MASC, como lo establece en su inciso 1 del artículo 69: *“Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.”*, este mecanismo se da por el acuerdo de incluir al contrato la cláusula compromisoria, para lo cual el inciso 2 del mencionado artículo regló: *“Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.”*, y que consiste en el acuerdo de voluntades de las partes en no recurrir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para la solución de este tipo de controversias.

Para recurrir al arbitraje debe haber sido pactado previamente en el contrato o en un documento aparte con la firma de las partes e identificación del contrato, una cláusula compromisoria, como se encuentra en la Sentencia del 7 de diciembre de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., Ruth Stella Correa Palacio:

La cláusula compromisoria que corresponde al pacto celebrado entre las partes de un contrato, con el fin de excluir del conocimiento de la jurisdicción competente un determinado asunto, para someterlo a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, tiene su sustento en la libre autonomía de la voluntad de las partes y por ende su alcance está circunscrito a lo manifestado por éstas, habida cuenta de que sólo la voluntad de los contratantes expresada en tal sentido, habilita a particulares para administrar justicia en los términos del artículo 116 superior. La determinación de la competencia de los árbitros y por ende de los temas que las partes han decidido retirar de la jurisdicción institucional del Estado, se deriva de los precisos términos en que se haya pactado la cláusula compromisoria.

Y de acuerdo a lo considerado en Sentencia del 4 de diciembre de 2006 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., Mauricio Fajardo Gómez: *“Así la cláusula compromisoria no se incorpore en el contrato, los tribunales de arbitramento son competentes para resolver los conflictos originados en la contratación pública, si el pacto arbitral está contemplado en los pliegos de condiciones”*, por jurisprudencia no se hace necesario constituir físicamente la cláusula compromisorio, cuando en los procesos de selección en los cuales existen pliegos de condiciones definitivos, los cuales no serán objeto de modificación alguna, se ha incorporado el compromiso de acudir al arbitraje para resolver cualquier controversia presentada entre las partes contractuales, justificando la competencia de los jueces de arbitramento en los casos delimitados por la ley.

Afirma el autor Orozco:

Caso éste el de los actos administrativos expedidos con motivo de la celebración y ejecución de un contrato, con lo que encontramos un nuevo límite a la facultad de las partes de pactar la cláusula compromisoria; [...]

Con lo anterior queda claro que si bien las partes tienen libertad para acudir a una instancia arbitral y de limitar su alcance, no es posible que ésta conozca de la legalidad u oportunidad de los actos administrativos expedidos con ocasión del mismo contrato, dado el interés público que éstos envuelven y la imposibilidad de verificarse la transacción sobre el contenido y efecto de los mismos por la indisponibilidad que limita a las partes. (Orozco, 2010, p. 253-254).

Para lo cual el artículo 4º de la Ley 1563 de 2012 establece:

La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él.

La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.

Los actos administrativos contractuales refieren a los que son expedidos en la actividad contractual en cualquiera de sus etapas (precontractual, contractual o postcontractual), por generalidad tal como lo regla la Ley 80 de 1993, ejemplos de los mismos pueden ser las resoluciones que contienen i) la justificación de una contratación directa; ii) la liquidación unilateral; iii) la declaratoria de incumplimiento o la declaratoria de caducidad del contrato. Sin embargo, y de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo (CPACA), diferencia los actos contractuales de los actos generales así:

Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, podrán demandarse en los términos de los artículos 137 y 138 de este Código, según el caso. [...]

Por lo que se interpreta que los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual, pero antes de la celebración del contrato, serán equiparados a los actos administrativos de carácter general, los demás especificados en el inciso primero se podrían considerar actos administrativos contractuales, ya que se demandaran para declarar la nulidad dando aplicación a dicha normal especial.

Sin embargo se puede inferir que los actos administrativos contractuales son los dictados una vez se haya celebrado el contrato, en su vigencia, tal y como se menciona

en la Sentencia del 9 de junio de 2010 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., Ruth Stella Correa Palacio: “[...] estos actos administrativos contractuales, expedidos por la entidad pública contratante durante la ejecución o cumplimiento o liquidación del contrato (caducidad, terminación, modificación, interpretación o liquidación) [...]” los cuales son susceptibles de la revocación, clasificada por la Ley 80 de 1993 como unos de los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, la cual se podrá realizar en cualquier tiempo mientras no existe sentencia ejecutoriada; y para los que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, ya que para iniciar cualquiera de las anteriores debe existir la negociabilidad característica de situaciones particulares, situación particular que solo puede darse si existe perfeccionado un contrato. (Mutis y Quintero. 2001).

Los poderes excepcionales o cláusula exorbitante o excepcional refieren a la voluntad del órgano estatal dictada en ejercicio de su función administrativa generando efectos jurídicos, satisfaciendo los fines jurídicos de la Administración procurando el beneficio de los administrados mediante la prestación de servicios públicos, estos poderes o potestades son la expresión de voluntad de la administración conferidas por la ley o al menos autorizadas por la misma, por tal razón trascienden sobre los derechos y facultades de los particulares, y su característica principal es su unilateralidad que proviene de la administración pública.

Por lo que en estas estipulaciones a las partes no se tiene en cuenta la libertad de consentimiento o *motu proprio* como en materia civil o comercial, facultando a la entidad pública para imponerlas, y no por ello serian ilegales ya que la ley permite pactarlas en los contratos estatales, algunos ejemplos son la terminación del contrato de manera unilateral, modificaciones, imponer sanciones, entre otros de acuerdo a lo preceptuado en el numeral 1 del artículo 14 de la Ley 80 de 1993; dichas cláusulas son irrenunciables por parte de la entidad pública, esto quiere decir que aun cuando no se estipulen dentro del contrato no se renuncian a ellas por tener el carácter de control y

dirección, se tiene como tácitas inciso 3 del numeral 2 del artículo 14 de la mencionada ley.

Es de entender que como en toda norma existen excepciones; la estipulación o cláusula exorbitante o excepcional no es aplicable para todos los contratos estatales, pactar las mismas o considerarlas tácitamente depende si van dirigidas a la prestación de un servicio o no, tal como lo regla el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, determinando que se prescindirá de las mismas en los casos en los que se celebren contratos con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales diferentes de los que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

El Doctor Almonacid respecto de su explicación en cuanto al que *“el pacto arbitral no apareja la renuncia al ejercicio de los poderes excepcionales de la Administración Pública”* menciona lo criticado, propuesto y exigido por el Profesor Jorge Eduardo Chemás Jamarillo, aunado a su criterio confrontado y analizado teniendo en cuenta también el punto de vista de la Corte Constitucional, para lo cual afirma:

El profesor Jorge Eduardo Chemás Jaramillo se acongoja porque las altas cortes del país han limitado las facultades de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre las controversias que tengan relación con un acto administrativo expedido en ejercicio de los poderes exorbitantes de la Administración Pública; y se abruma porque, corolario de ello, 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 sus potestades excepcionales, para “inhibir” la efectividad de la cláusula compromisoria en virtud de la cual, cualquier controversia que se presente entre las partes debe ser sometida al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento. Con ello, la Administración no sólo decide de un “tajo”, en forma “unilateral”, las diferencias existentes, sino que “difiere” por varios años la revisión de legalidad de su conducta contractual a sabiendas de que las consecuencias serán afrontadas por “lejanos” sucesores, todo con la “complacencia” y al lamentable “amparo” de la jurisprudencia de las altas cortes (Chemás, 2008, 6)

De ahí que, apoyada en el tratadista Garrido Falla, la Corte Constitucional haya recordado la necesidad de “corregir” la típica y rigurosa “inflexibilidad” de los contratos civiles, a partir de reconocer y dar la prevalencia, no sólo al interés general, sino a los fines estatales que fundamentan y justifican el ejercicio de los poderes excepcionales de la Administración Pública, interés, fines y poderes que fuerzan a aceptar, de una vez por todas, que la dinámica particular de la contratación pública impone que el Estado se rija por disposiciones extrañas a la contratación entre particulares, que buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, inherentes a los contratos estatales, dinámica también moldea una fisonomía particular del arbitramento en la contratación pública:

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

Al hablar de “disposiciones extrañas a la contratación particular”, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos intereses y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo “determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles”. Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos.” (Resaltado fuera de texto) (58).

58 Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra, sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, referencia: expediente D-2952. (Almonacid, 2011, pag. 39-40)

Dentro de la contratación estatal en Colombia y respecto del arbitramento las normas relativamente han sido pocas, debido a la falta de interés en la solución de conflictos más ágil, bien por desconocimiento o simplemente por la limitación que se presente debido a la intromisión en temas de competencia que se encuentran ya consagrados y que por temor no son adaptados a la innovación en la soluciones de conflictos, de la primeras normas podemos nombrar la Ley 2ª de 1938, de allí nos vamos hasta el año 1964 con la Ley 4ª la cual reconoció la solución de conflictos reconociendo la validez de la cláusula compromisoria, posteriormente nacieron normas

como los Decretos 150 de 1976, 222 de 1983, 2279 de 1989, 1818 de 1998, la Ley 80 de 1993, La ley 315 de 1996, la Ley 1150 de 2007, derogados o modificados en sus apartes por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.

Antes de la expedición de la Ley 1563 de 2012, el arbitraje pasaba por el peor momento en la historia de nuestro país, aun cuando se encontraba en un movimiento expansivo a nivel internacional, se menospreciaba a nivel nacional, perdiendo importancia, siendo desplazado y hasta sustituido dentro de las decisiones de las altas Cortes del Estado por lo que siempre se tendió a su restricción o limitación, pese a encontrarse expresamente señalado en la Constitución Política (1991), en su artículo 116: *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”*

El arbitraje se debe adelantar conforme a la ley sin ninguna clase de prohibición, limitación o restricción; de existir alguna debe ser expresa en una ley como por ejemplo la que consagrada en el artículo 90 de la Ley 418 de 1997 respecto de a la facultad de declarar la caducidad o decretar la liquidación del contrato sin acudir a este mecanismo cuando el contratista incurra en tratos con grupos al margen de la ley con ocasión del contrato; siendo tan clara la misma que inclusive permite que el arbitraje sea independiente, puesto que ninguna norma prohíbe el conocimiento de los árbitros sobre las controversias que surjan por el nacimiento jurídico de un acto administrativo por facultad exorbitante, por lo que no debería existir impedimento alguno respecto de su competencia.

Sobre el problema de investigación planteado anteriormente, algunos autores se vienen cuestionando lo planteado, como el autor Hoyos Duque, quien refirió sobre el tema lo siguiente:

Aquí surge el interrogante: ¿pueden ser los contratos estatales materia arbitrable y, en caso afirmativo, lo pueden ser en las mismas condiciones que los contratos entre particulares o presenta en este caso esa figura algunas particularidades?

[...] En la práctica, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional condujeron a la ineficacia del arbitramento en los contratos estatales que hubieran sido objeto de liquidación unilateral a través de un acto administrativo. (7) Esta circunstancia dio lugar a que en sentencia del 4 de julio de 2002 (Exp. 19333) se replanteara ese criterio aunque en forma bastante confusa. En efecto, allí se dijo que la liquidación unilateral del contrato por parte de la administración “tiene una composición o contenido diverso o plural”. En estas condiciones, “la negativa de la entidad contratante a las reclamaciones del contratista, contenidas en el acto de liquidación del contrato no constituyen acto administrativo” y, por lo tanto, “bien podían los árbitros revisarla y juzgarla”. Tal distinción, que se hace a partir de las diferentes decisiones adoptadas por la administración en el acto administrativo de liquidación unilateral del contrato, sólo pretende eludir la rigidez del criterio jurisprudencial adoptado por el Consejo de Estado y acogido por la Corte Constitucional en las decisiones a que se hizo alusión antes, lo cual constituye un avance plausible en cuanto significa que la expedición de actos administrativos, en el desarrollo de la relación contractual, no hace ineficaz el pacto arbitral. Sin embargo, tal solución no deja de presentar dificultades a la hora de definir la competencia de los árbitros. Por esa razón, habría sido mejor admitir, sin ambages, que la existencia de actos administrativos en una controversia contractual, incluida la liquidación unilateral del contrato, no es obstáculo para que la cláusula compromisoria produzca la plenitud de sus efectos y, por consiguiente, los árbitros están habilitados para ponerle fin a todas las discrepancias suscitadas entre las partes.(8). (Hoyos R., 2005, p. 1 y 6)

Respecto de la clasificación de los efectos legales de los actos administrativos expedidos con ocasión de las facultades exorbitantes, apoya las tesis la autora Montes, sobre las respuestas desde el punto de vista de las altas cortes, quien señaló:

Existen respuestas divergentes sobre los aspectos relacionados con la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales que Edgar González (2002) agrupa en: “sus efectos legales; los aspectos patrimoniales o económicos que se derivan de la declaratoria de voluntad de la Administración; el tema del incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y su cuantificación; la liquidación del contrato y su contenido, y otras actuaciones de la Administración,” se agrega la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, expedidos con ocasión de las facultades exorbitantes de la administración pública.

Para responder al tema han surgido según la jurisprudencia y doctrina tesis intermedia, negativa y positiva que explica Mónica Liliana Ibagón (2002), al decir de la intermedia donde “el juez de lo contencioso administrativo es competente para juzgar la legalidad de los actos administrativos, originados en un contrato emanado de las potestades exorbitantes de la administración. Pero las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos, si pueden ser solucionados por la justicia arbitral”, la negativa propugnada por la sección tercera del Consejo de Estado y por la Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000, indica que “los árbitros son incompetentes para pronunciarse sobre los actos administrativos contractuales, proferidos en virtud del ejercicio de facultades exorbitantes” basados en el principio de la irrenunciabilidad al ejercicio de las potestades públicas y la tesis de los límites de la justicia arbitral. Por su parte, la tesis positiva considera que el juez arbitral si puede examinar la legalidad del acto administrativo contractual. (Montes, 2010, p. 69-70)

Sobre el particular, en cuanto a la existencia del acto administrativo en material de contratación estatal, el autor Cárdenas afirmó:

[...] el acto administrativo sólo existe cuando el Estado actúa dotado de prerrogativas que no poseen los particulares. Como quiera que, en materia de contratación estatal, el Estado se sujeta al derecho privado, salvo lo dispuesto en la Ley 80, hay que concluir que en materia contractual sólo procede la expedición de actos administrativos cuando la ley lo prevé. Ello es lógico porque, como lo veremos más adelante, es realmente la existencia del acto administrativo lo que establece la existencia de una prerrogativa excepcional de la administración. (Cárdenas, 2007, p. 382)

Aun cuando en la ley el arbitraje en materia contractual no tiene limitación alguna, esta característica esencial fue desconocida en la gran mayoría por los fallos de la jurisprudenciales, sobre todo por Consejo de Estado, ya que sustrajeron por completo del conocimiento de los tribunales de arbitramento las controversias surgidas de los actos administrativos dictados en ejercicio de las llamadas facultades exorbitantes, excluyéndolos o restringiéndolos totalmente de este tipo de justicia, al punto de darle un carácter de excepcionalidad, presentándose las restricciones del arbitraje según la materia como por ejemplo la decisión judicial en la Sentencia del 15 de mayo de 1992 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado M.P., Daniel Suárez Hernández, en el cual la controversias presentadas sobre los efectos económicos de los actos administrativos podían conocerse por los tribunales de arbitramento solo porque eran susceptibles de transacción.(Chemás), que además refiere:

Puede afirmarse que en el proceso arbitral caben las disposiciones sobre las diferencias suscitadas entre las partes acerca de la cuantificación concreta que la administración haga como consecuencia de las declaraciones de caducidad o terminación, modificación e interpretación unilaterales, porque lo que la norma prohíbe es que se discuta la aplicación de tales cláusulas y sus efectos jurídicos, más no las consecuencias económicas de dichos efectos.[...] (Chemás 2012, pag 9)

Por otra parte, sustenta que es imposible someter al arbitraje el control jurídico de los actos administrativos por tratarse de una materia que no es transigible que no es negociable, tesis fundada en el principio de irrenunciabilidad al ejercicio de potestades públicas. (Ibagón, 2012), debido a que en legislador condiciono al arbitraje sobre la característica de que el asunto a su competencia debe ser transigible y negociable,

entonces no podría tener competencia sobre la legalidad de los actos administrativos, aunque fueran de tipo contractual, puesto que además se encuentran revestidos de unilateralidad, también dependen directamente del ejercicio del poder y de la autoridad administrativa, por lo que el control jurídico solo podrá realizarse por la jurisdicción de lo contencioso administrativa al ser indelegable e intransferible y meno a un particular revestido de administrar justicia de forma transitoria.

El Consejo de Estado en la mayoría de fallos sobre este tema, interpretó que las materias susceptibles de transacción eran las únicas que podrían ser resueltas por el arbitraje, dejando por fuera de su competencia para conocer las materias que tuvieran que ver con la legalidad y los efectos de los actos que se expidieran en virtud de las cláusulas excepcionales, dejado sentado que solo en materias transigibles tiene competencia y cuando el acto administrativo dictado por poderes excepcionales no tiene esta condición de transigibilidad será imposible el conocimiento y decisión por parte de un tribunal de arbitramento, como se encuentra en la Sentencia del 23 de febrero de 2000 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., Germán Rodríguez Villamizar:

[...] Lo anterior, desde luego, sin olvidar que tanto el legislador de 1983, como el constituyente de 1991, dejaron expresamente estipulado que existen aspectos referidos a los aspectos contractuales, respecto de los cuales los árbitros no pueden pronunciarse, como se advierte del artículo 76 in fine del Decreto 222 de 1983 y de la disposición constitucional parcialmente transcrita, sin perjuicio de las limitaciones que las partes contratantes establezcan en la cláusula compromisoria o en el respectivo contrato de compromiso... Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, ello no puede interpretarse en el sentido que aquélla resulte privilegiada frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que ésta pueda verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción.[...]

Sobre el particular en sentencia del 8 de junio de 2000 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el doctor Hernández señaló:

Recogiendo, en parte, esta tradición jurisprudencial, el Constituyente de 1991 prescribió que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.(Destaca la Sala).

En desarrollo de este precepto constitucional, la ley 80 de 1993 autoriza a la justicia arbitral para resolver las diferencias presentadas “por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.” (arts. 70 y 71), pero en ningún momento el estatuto de contratación estatal autoriza a las partes para que habiliten a los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos que se produzcan con ocasión de la relación contractual.

De tal manera que, si bien el compromiso o la cláusula compromisoria nacen de un acuerdo de voluntades de las partes contratantes, al habilitar a particulares para que administren justicia en forma transitoria y excepcional por autorización constitucional y legal, no pueden conferir a los árbitros atribuciones que el ordenamiento legal no autoriza, como la de resolver sobre asuntos sobre los cuales no tienen la capacidad de transigir, pues es de exclusiva competencia del legislador determinar las materias y la forma en que los particulares pueden administrar justicia, en la condición de árbitros, y establecer los límites, términos y facultades para el ejercicio de dicha función.

De acuerdo con Expósito apoyado en la Sentencia del 2 de noviembre de 1977 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., Jorge Valencia Arango.

Tradicionalmente la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha considerado que la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Administración en ejercicio de los poderes derivados de las llamadas cláusulas exorbitantes no resulta transigible y, por lo mismo, ha concluido que su juzgamiento está excluido de la competencia de los tribunales de arbitramento [...] (Expósito-Ministerio Interior y de Justicia, 2009, p. 23).

En concordancia con Expósito sobre la Sentencia del 4 de julio de 2002 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., German Rodriguez Villamizar:

Posteriormente, la jurisprudencia ha hecho algunas precisiones sobre el particular. Es así como respecto del acto de liquidación unilateral, el Consejo de Estado ha precisado que el mismo tiene un doble contenido: por una parte, es efectivamente un acto administrativo en relación con el aspecto de la decisión de poner fin a la relación contractual y, por la otra, se trata de un acto meramente contractual en el aspecto de la decisión que se refiere a la liquidación económica de la relación contractual, de tal manera que los tribunales de arbitramento podrían llegar a ser competentes para conocer de los litigios derivados de la ejecución de un contrato que se encuentre liquidado. (Expósito- Ministerio Interior y de Justicia, 2009, p. 17)

Continúa Expósito:

Además, sobre la competencia de los tribunales de arbitramento para conocer sobre los conflictos derivados de este acto, debe hacerse notar que el mismo no forma parte del catálogo de potestades excepcionales a las que hace referencia la ley 80 de 1993, sino que simplemente se trata de un poder unilateral de una de las partes del contrato, por lo cual, no podría extenderse a este acto el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional mencionado atrás. (Expósito, 2010, p. 17).

Precisando Expósito, basado en la Sentencia del 4 de julio de 2002 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., German Rodriguez Villamizar:

En cuanto a esta materia, debe hacerse notar que el H. Consejo de Estado colombiano había construido la teoría de la escindibilidad de los efectos económicos de los actos administrativos, respecto de la legalidad de los mismos. Con base en esta teoría, la jurisprudencia resultó admitiendo que los tribunales de arbitramento sí eran competentes para conocer de los conflictos económicos derivados de un acto administrativo, pero no lo eran para conocer sobre su legalidad. No obstante, frente a la anterior teoría, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado más reciente, citada atrás, negó su posibilidad bajo el entendido de que el pronunciamiento simplemente procede sobre los aspectos económicos del acto administrativo y no sobre su legalidad, porque considerar esto último violaría la continencia de la causa, lo cual no resultaría jurídicamente admisible. (Expósito, 2010, p. 17-18).

En algunas de las tesis que aplica el Consejo de Estado en sus fallos, sustentan que el juez de lo contencioso administrativo es el único que tiene competencia para resolver respecto de los actos administrativos que se desprenden de un contrato estatal bajo la potestad exorbitante de la administración, dejando solo de forma potestativa la competencia arbitral en los casos que se refieran a las causas y efectos relacionados con dichos actos administrativos, estableciendo de manera puntual que la competencia para conocer y decidir sobre un punto de derecho no podría estar en cabeza de dos jueces. (Ibagón, 2012); de igual manera se refiere sobre el tema en la Sentencia del 25 de agosto de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., German Rodriguez Villamizar:

En cuanto a las materias o temas que pueden ser objeto de decisión arbitral, estima la Sala que aún en el evento de que las partes no señalen límite alguno a las facultades que confieren a los árbitros, no por ello hay lugar a entender siempre que las mismas son ilimitadas, pues no puede olvidarse que existen temas y materias que el legislador excluye del juzgamiento arbitral y sobre los cuales, aún cuando las partes manifiesten en la cláusula compromisoria otorgar tal competencia, no les es posible a estos falladores pronunciarse sobre ellas, como por ejemplo, cuando dicha cláusula permite el juzgamiento de aspectos que comprometen el orden público, el régimen constitucional, o cuando implica un menoscabo de la autoridad del Estado [...] De lo anterior, se colige que en principio, el Tribunal de Arbitramento es competente para pronunciarse acerca de aquellos puntos que le han sido asignados por las partes dentro de la cláusula compromisoria, salvo que se trate de aspectos que comprometen el orden público, o se discuta la legalidad de los actos administrativos, así como aquellos temas que por su naturaleza no sean transigibles, cuya competencia le está vedada a los árbitros, ya que ésta radica únicamente en cabeza de la Justicia Contencioso Administrativa, así las partes hayan pactado lo contrario.

Por otra parte, y según lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley 80 de 1993, en la contratación administrativa se pueden pactar cláusulas compromisorias para dirimir los conflictos presentados entre las partes en razón la celebración de un contrato estatal, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, siendo plena la competencia de los árbitros ya que tiene la función de impartir justicia de igual forma que los demás órganos investidos de autoridad, por lo que al suplir la actividad del juez dando decisiones en materias de competencia del juez administrativo son susceptibles del recurso extraordinario de anulación. (Hoyos. Londoño, 2010)

Sobre uno de los argumentos del Consejo de Estado se encuentra la carencia de competencia de los árbitros en materia contractual estatal, respecto al carácter privado de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de la nulidad de los actos administrativos, para lo cual la Ley 1437 de 2011 en su artículo 104 inciso 1 y numeral 2 del inciso 2, en concordancia con los artículos 236 y 237 de la Constitución Política, establece la competencia de esta jurisdicción entre esta las controversias y litigios sobre actos y contratos sujetos al derecho administrativo.

A pesar de que el Consejo de Estado sentó su pronunciamiento respecto de la competencia exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativa sobre la legalidad de los actos administrativos proferidos por los poderes excepcionales de la Administración y lo relativo a la falta de claridad en los ya derogados artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 sobre la competencia de los árbitros, la Corte Constitucional en el año 2000 los declaró exequibles por ajustarse a la Carta Magna; actualmente se encuentran derogados, pero esta derogación no obedece a la ilegalidad de la norma, sino por el contrario, al tratarse de una norma relativa al arbitraje y al concentrarse esta materia en la Ley 1563 de 2013, simplemente fue trasladada a diferentes artículos de la misma, y para el caso que nos ocupa inclusive la amplió a las consecuencias

económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, pero de igual forma el legislador no aclaró la situación de preocupación del alto tribunal.

Hoyos y Londoño (2010) quienes además concluyen:

De acuerdo con este criterio jurisprudencial, aplicado al campo del arbitraje, debe concluirse que, al no existir un precepto constitucional que establezca en forma privativa la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para definir la legalidad de los actos administrativos, nada se opone al que el legislador, en ejercicio de la libertad política de configuración de normas jurídicas, pueda facultar a otra jurisdicción, para el caso a la jurisdicción arbitral, para conocer de la legalidad de los actos administrativos. (Hoyos, 2010, p. 322)

En otro de los argumentos del Consejo de Estado, se encuentra el que refiere a la innegociabilidad de las potestades públicas y la indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, la transacción y conciliación sobre los efectos patrimoniales de los actos administrativos y su procedencia, contrario a las tesis anteriormente mencionadas, este argumento permite de manera parcial la competencia del arbitraje, ya que los conflictos entre particulares y Estado tendrán un carácter transigible sobre las consecuencias económicas, por lo que la ley permite la conciliación, dentro de los procesos administrativos, al ser permitida la conciliación, el arbitraje también tendría competencia, ya que se encuentra dentro de los MASC como se encuentra la conciliación, sobre lo anterior:

De ahí que no resulta acertado afirmar que los árbitros no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, por cuanto nuestra legislación condiciona su intervención a la existencia de un conflicto de carácter transigible (art. 11 Ley 446 de 1998, incorporado al art. 115 del Decreto 1818 del mismo año); por consiguiente, las mismas razones que permiten la conciliación respecto de los efectos patrimoniales de los actos administrativos resultan aplicables a la transacción y, a fortiori, le abren paso al arbitramento, como mecanismos alternativos de solución de conflictos que son todos ellos y, en este último caso, por tratarse de un equivalente jurisdiccional. (Hoyos, 2010, p. 327)

Es importante mencionar que otra de las razones que tiene el Consejo de Estado en continuar sosteniendo sus tesis en contra de la competencia de la justicia arbitral para conocer de los actos administrativos mencionados ha sido la cantidad de errores presentados en las decisiones de los mismos en los laudos arbitrales teniendo que

recurrir a la anulación, modificación o reforma fundamentándolas en la violación de los intereses de las partes, hasta el punto que algunos laudos arbitrales fueron anulados por esta corporación por causales que nunca fueron invocadas por los recurrentes o sin existir causal de nulidad.

Sin embargo, no todos los magistrados se encuentran de acuerdo con esta tesis, aun cuando su gran influencia persista, tal como lo menciona Chemás:

No obstante, no todo ha sido unanimidad en las altas cortes, en las que intermitentemente se han alzado voces disidentes. Al respecto, téngase presente el salvamento de voto del doctor RICARDO HOYOS DUQUE a la sentencia del 8 de junio de 2000 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el que señaló:

Frente al claro texto del art. 70 del Estatuto contractual, ¿podrá sostenerse de mantra lógica y racional que los actos administrativos en los cuales la administración ejerce su potestad unilateral de terminación o liquidación, como en el presente caso, escapan a la competencia de la justicia arbitral? En mi opinión no, porque ello sería contrariar no solo la letra y el espíritu que alienta la actual regulación legal del arbitramento sino establecer una justicia capitisdiminuti, lo cual implica la división de la contienda de la cusa, que traería a su vez el grave riesgo de que frente a un mismo punto puedan existir decisiones contradictorias, en detrimento de la seguridad jurídica. (Chemás 2012, pag 10-11)

A pesar de ello, el Consejo de Estado continuo anulando laudos por falta de competencia, como se encuentra en la Sentencia del 15 de octubre de 2008 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., Ramiro Saavedra Becerra:

Con fundamento en que tribunal de arbitramento obró sin competencia al resolver las pretensiones fundadas en la terminación anticipada del contrato, concluye la Sala que está configurada la causal prevista en el artículo 4, artículo 72 de la ley 80 de 1993, toda vez que al proceder en ese sentido, el laudo comprendió aspectos que no estaban legalmente sometidos a la decisión arbitral.

Pero no solo en Colombia se presenta esta problemática, una referencia de un caso muy parecido se registra en Ecuador, en donde la justicia arbitral no ha podido superar los obstáculos de las limitaciones a su competencia y de la aplicabilidad solo en asuntos transigibles, tal como lo menciona Rubio:

Así, en atención a que la competencia arbitral en razón de la materia "contratos públicos" ha sido limitada por la Constitución y las leyes a los asuntos que sean por naturaleza transigibles, tenemos que solamente son arbitrables los asuntos relacionados con la ejecución, interpretación y liquidación de los contratos públicos... Como medida de esa jurisdicción, en el asunto que nos ocupa los árbitros poseen competencia en cuanto a la materia en asuntos que tengan que ver con

la contratación pública. Se concluye entonces que, dentro de los límites que las normas imponen a todo juzgador, no hay motivo para hacer artificiosas distinciones entre árbitros y jueces. No hay razones válidas para obstaculizar su actividad por una preocupación por el orden público que no se ve afectada sino protegida por la intervención de los árbitros. Y es que los árbitros, sobre todo en procesos en los que interviene el Estado, tienen la obligación de aplicar la ley del mismo modo que cualquier otro juez. .. Actualmente, sólo los tribunales de lo contencioso administrativo son los competentes para juzgar la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en uso de las potestades exorbitantes de la Administración; pero las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos sí pueden ser solucionados por la justicia arbitral... (Rubio, A. 2012)

Al igual en España el arbitramento como una solución de descongestionamiento de los tribunales, no es tomado con seriedad ni con la confianza requerida debido a los límites impuestos en la normatividad, por lo que Granada y producto de su análisis propone un cambio en la aceptación de esta modalidad de solución de conflictos que podría darse desde el Consejo de Estado y los altos Órganos Consultivos, para lo cual concluyo:

5. En este contexto no puede olvidarse que en nuestro Derecho existen unas instituciones de gran prestigio y tradición, como son el Consejo de Estado y los Altos Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas semejantes al mismo que pueden cumplir perfectamente las funciones dirimientes que se quieren conseguir con la institución arbitral ya que cuentan con las condiciones precisas para ello (leyes especiales habilitantes, competencia técnica, imparcialidad, objetividad, independencia, procedimiento sencillo y barato, carácter facultativo y pre-contencioso) y, además, vienen actuando como garantías institucionales, precisamente en los sectores más proclives al arbitraje, como son los contratos y concesiones administrativas y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Quizá convenga recordar esto a la hora de legislar eventualmente sobre el arbitraje administrativo no sea que estemos descubriendo el Mediterráneo y que, una vez más, resulte cierto que, a través de procedimientos muy sofisticados, lleguemos a una conclusión de sentido común que ya era conocida por todo el mundo, pues, como señala el dicho castizo, "para ese viaje no necesitamos alforjas". (Granada, I. 2005 pag. 56)

En la actualidad es evidente la congestión que se presenta en la jurisdicción contenciosa administrativa por la cantidad de particulares que acuden a ésta con el fin que les sean resueltas las diferentes controversias de tipo administrativo, sobre todo en asuntos contractuales, aun cuando ya pasamos a una justicia oral, encontrándose muchos mecanismos de racionalización, en los cuales los procedimientos se surten con mayor agilidad, se hace necesario continuar con la descongestión, por lo que una solución sería la no limitación a la competencia del arbitraje específicamente en materia

de contratación estatal en los asuntos sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales.

Es importante mencionar que la Ley 1563 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, derogo los artículos 70 al 72 de la Ley 80 de 1993 relacionado con la cláusula compromisoria, ya que en este estatuto se regula toda la materia de arbitraje, por lo que ya no se necesita de una regulación diferente a la determinada en el mismo; estableció que el laudo arbitral sobre las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, siempre deberá proferirse en derecho.

Esta ley insiste en continuar excluyendo de la materia arbitral cualquier tipo de pronunciamiento sobre la legalidad de los actos administrativos, tal y como se presenta en los fallos del Consejo de Estado, ya que ratifica lo sustentado por dicha entidad en cuanto a la limitación de la competencia arbitral solo a los asuntos derivados de las controversias presentadas por las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.

De acuerdo a lo analizado de algunos de los informes de las ponencias para los debates del Proyecto de Ley 176 de 2011 Cámara – 018 de 2011 Senado “*Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*”, se pudo extraer, sobre el tema que nos ocupa, que las tesis del Consejo de Estado, referidas anteriormente, fueron de los argumentos más citados por los ponentes solidificándolas, por lo que fueron incorporadas en dicho estatuto tal y como venía siendo tratado por la jurisprudencia, reconociendo la competencia para conocer

de la legalidad de estos actos administrativos pero tan solo a sus consecuencias económicas., desconociendo los demás casos, por lo que nuevamente ratifica el limitante en la competencia.

Es importante resolver este problema con el fin de conocer la necesidad de reformar las normas en las cuales se sustenta el Consejo de Estado que impiden o limitan la competencia del arbitraje para conocer asuntos sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, con el fin de descongestionar la jurisdicción contenciosa administrativa, y también por el deseo que el arbitraje en Colombia tenga un mejor futuro.

Pues al indagar en las diferentes sentencias emitidas por el Consejo de Estado los fundamentos reales en los cuales sustenta sus tesis que impiden o limitan la competencia del arbitraje, se podrá descubrir las posibles soluciones para que el Consejo de Estado no continúe sustentando en sus jurisprudencias estas tesis, por lo que permitiría definir la necesidad o necesidades de reformar las normas en las cuales se sustentan las tesis formuladas por el Consejo de Estado en la jurisprudencia, que impiden o limitan la competencia del arbitraje.

Conclusiones

Una vez analizadas las razones del por qué el Consejo de Estado limita la competencia del arbitraje para conocer asuntos sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales o exorbitantes en sus diferentes tesis que sustentas su jurisprudencia sobre el tema, se tendrán como conclusiones:

1.- De acuerdo a lo visto a través de las diferentes argumentos presentados en esta investigación tanto doctrinal como jurisprudencialmente es innegable concluir que la competencia de lo contencioso administrativo respecto de los asuntos que traten de la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales o exorbitantes es exclusiva por mandato legal, no debe estarse cerrado a la posibilidad que pueda ser compartida con la justicia arbitral, máxime si desde la suscripción del contrato las partes optan por pactar una cláusula compromisoria, por lo que debería ser decisión de las mismas el acudir a la resolución de su conflicto incluyendo la verificación de la legalidad de tales actos, teniendo que los jueces de este tipo de justicia también tienen calidad e idoneidad para conocer y decidir sobre cualquier asunto.

2.- de acuerdo a lo anterior, es importante ampliar la competencia de la justicia arbitral en el sentido que puedan conocer asuntos sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales o exorbitantes, creando una entidad especializada que apoye a la jurisdicción de lo contencioso administrativa en estos asuntos sin dejar de un lado el fin principal por el cual acuden las partes a la misma.

3.- Se hace necesario la reforma de las normas en las cuales el Consejo de Estado se sustenta para impedir o limitar la competencia del arbitraje para conocer asuntos sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, teniendo en cuenta la innovación de una justicia arbitral en este tipo de competencia especial, como una entidad totalmente especializada en el tema.

4.- Una vez se realicen las reformas necesarias de tales normas, se debe iniciar aplicación de las mismas con la respectiva capacitación en los temas referentes a la problemática presentada, a fin de redistribuir las cargas de acuerdo a las nuevas

competencias implantadas, lo cual conllevaría a la descongestión de la jurisdicción contenciosa administrativa.

5.- Al no existir los límites impuestos por el Consejo de Estado sobre el tema que nos ocupa, llevaría a la agilización en la solución de las controversias presentadas *inter partes* en materia contractual, por tanto se frenaría el innecesario gasto administrativo, pues tanto las partes como la administración se beneficiaría respecto de los costos que se requieren para poner en funcionamiento dos entes de decisión.

Referencias Bibliográficas

1. Almonacid Sierra, J. J. (2011). *Los jueces del diablo fronteras de la justicia arbitral en la contratación administrativa*. Revista del instituto colombiano de Derecho Procesal, 37, pag. 39-40. Recuperado de www.icdp.org.co/revista/articulos/37/JuanJorgeAlmonacidSierra.pdf. Abril 24 de 2015
2. Artehortúa, C. Hernandez, A. Ospina, J. (2010). *Temas en contratos estatales*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica DIKÉ.
3. Alvarado, M. Rivero, M. Pardo, H. (2005). *Las principales problemáticas del arbitraje en la contratación estatal en Colombia análisis jurisprudencial* (Tesis inédita de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
4. Benedetti, J. (2009). *El arbitraje en el derecho Colombiano*, 3ª Edición. Bogotá, Colombia: Temis.
5. Caivano, R. (2000). *Arbitraje*, 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.
6. Caivano, R. (2008). *La Cláusula Arbitral*. Bogotá, Colombia: Universidad Del Rosario.
7. Cárdenas Mejía, J. P. (2007). *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario. Recuperado de https://books.google.com.co/books?id=2VdC_Kb_LTUC&pg=PA359&lpg=PA359&dq=derecho+administrativo+y+arbitramento&source=bl&ots=Tig69jA5JQ&sig=RIAYtJ6rHoSh9wd_pAPr8Aho02o&hl=es&sa=X&ei=3bdcVeaiPle6ggSV9YHoBQ&ved=0CEUQ6AEwBw#v=onepage&q=derecho%20administrativo%20y%20arbitrament o&f=false. Abril 24 de 2015.
8. Correa, D. (2002). *El arbitraje en el derecho administrativo: una forma de justicia*

alternativa para un nuevo modelo de Estado. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

9. Chemás, J. (2012). Restricciones al acceso a la justicia arbitral en contratos estatales. Revista digital de derecho administrativo Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia: pag. 1-18. Recuperado de <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> Abril 20 de 2014 y de <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%83%C2%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/> Mayo 23 de 2015.
10. Dávila, L. (2003). *Régimen jurídico de la contratación estatal*. 2ª Edición. Bogotá, Colombia: Legis Editores.
11. Expósito, J. (2009, Agosto). *Los contratos estatales y el arbitraje*. Ponencia presentada en CESCOON marco del seminario internacional. *El proceso arbitral: actualidad y perspectivas*. Ciudad de Panamá, Panamá.
12. Expósito, J. (2010). *Diagnóstico sobre las MACS en materia de contractual estatal*. Bogotá, Colombia: Ministerio del Interior y de Justicia y el Banco Mundial.
13. Feldstein, S. L. Leonardi, H. M. (1998). *El arbitraje*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
14. Granado Hijelmo, I. (2005). *El arbitraje en derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamento*. Revista Jurídica Navarra España, ISSN 0213-5795, 39, pag. 56. Recuperado de www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?...RJ_39 y

<http://dialnet.unirioja.es/revista/1247/A/2005>. Abril 24 de 2015

15. Hoyos Duque, R. (2005). *Las vicisitudes jurisprudenciales del arbitraje en la contratación estatal*. Periódico de la Asociación de Abogados de la Universidad de Antioquia, ISSN 1900-4729 1, pag. 1 y 6. Recuperado de <http://asociaciondeabogados.udea.edu.co/Apuntes1.pdf> Abril 24 de 2015
16. Hoyos Pizano, A. Londoño Camargo, T. (2003). *Problemática actual del arbitramento nacional en la contratación estatal* (Tesis inédita de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
17. Ibagón, M. (2012). *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
18. Matallana Camacho, E. (2009). *Manual de contratación de la administración pública reforma de la Ley 80 de 1993*. 2ª Edición. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
19. Maya, E. (2003). 20 años de arbitraje y conciliación. *Ámbito Jurídico*, (143), 9B.
20. Montes Alvarino, I. (2010). *Arbitrabilidad en materia administrativa y manifestaciones del estado regulador en el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos*. Erg@omnes – Revista Jurídica de la Corporación Universitaria Rafael Núñez Cartagena de Indias, ISSN 2215-7379, 2, 1, pag. 67-76. Recuperado de <http://revistas.curnvirtual.edu.co/journals/index.php/ergaomnes/issue/view/22/showToc>, y <http://revistas.curnvirtual.edu.co/journals/index.php/ergaomnes/article/view/225/184> Abril 24 de 2015
21. Mutis Vanegas, A. & Quintero Múnera A. (2001). *La contratación estatal: análisis y*

perspectivas. 1ª Edición, Bogotá, Colombia: Pontífice Universidad Javeriana.

22. Orozco Vanegas, J. D. (2003). *De las nulidades contractuales y el arbitramento en materia administrativa*. Revista de Derecho Universidad del Norte, 120: 250-261, 20, 1, pag. 253-254. Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2896/1983>. Abril 24 de 2015
23. Palacios Hincapié, J. (2010). *La contratación de las entidades estatales*. 6ª Edición. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
24. Rubio, A. (2012). *El control de legalidad de los actos administrativos dictados en uso de las facultades exorbitantes de la Administración por tribunales arbitrales ecuatorianos*. Quito, Ecuador: Universidad San Francisco de Quito Colegio de jurisprudencia.
25. Salcedo, A. (2010). *En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje*. Revista analisis internacional. Universidad Jorge Tadeo Lozano, No. 2: 147-159. Recuperado de [http:// http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/viewFile/21/28](http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/viewFile/21/28). Mayo 24 de 2015
26. Salcedo, M. (2006). *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
27. Santofimio, J. O. (2003). *Tratado de derecho administrativo Acto administrativo*. Tomo II, 4ª Edición. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
28. Sentencia del 2 de noviembre de 1977 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado M.P., Jorge Valencia Arango.
29. Sentencia del 15 de mayo de 1992 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado M.P., Daniel Suárez

Hernández.

30. Sentencia del 23 de febrero de 2000 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., Germán Rodríguez Villamizar.
31. Sentencia del 8 de junio de 2000 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado M.P., Alier Eduardo Hernández Enríquez.
32. Sentencia del 4 de julio de 2002 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado M.P., German Rodríguez.
33. Sentencia del 25 de agosto de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., German Rodriguez Villamizar.
34. Sentencia del 7 de diciembre de 2005 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., Ruth Stella Correa Palacio.
35. Sentencia del 4 de diciembre de 2006 de la Sección Tercera del Consejo de Estado M. P., Mauricio Fajardo Gómez.
36. Sentencia del 15 de octubre de 2008 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado M.P., Ramiro Saavedra Becerra.
37. Sentencia del 9 de junio de 2010 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado M.P., Ruth Stella Correa Palacio.
38. Sentencia del 18 de enero de 2012 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado M.P., Enrique Gil Botero.

39. Silva, A. (2003). *La justicia arbitral ante la Constitución*. Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile.
40. Silva, M. (2003). *El arbitraje en los contratos estatales frente a la legislación y la jurisprudencia nacional y comparada* (Tesis inédita de pregrado). Universidad de la Sabana, Chía, Colombia.
41. Villalobos, L. (2003). *El arbitraje en los contratos estatales* (Tesis inédita de pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.