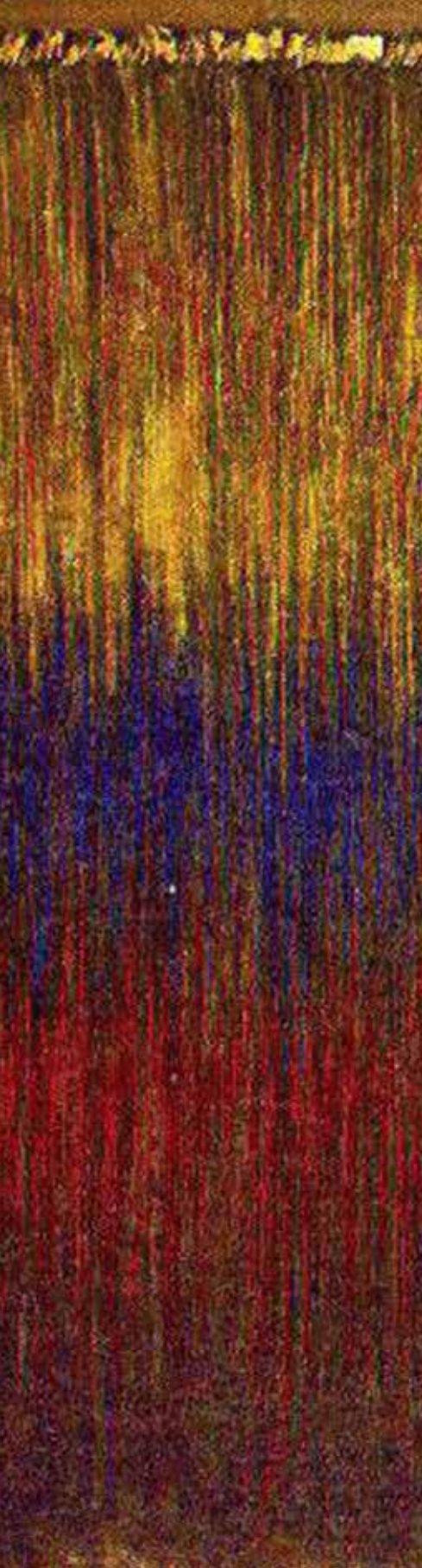




*Solución alternativa de controversias en los  
contratos con el Estado*

*Tatiana Lorena Bustacara-Silva*



## Resumen

**Objetivo:** Conciliar el Arbitraje en los contratos concluidos por la Administración según dos perspectivas: primera, se concibe al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias y, segunda, aparecen en el panorama los contratos estatales como herramientas y formas de actuación del Estado. De esta forma, el estudio pretende demostrar que estas dos figuras no son excluyentes y, por el contrario, se configuran como instituciones complementarias cuyo uso se hace necesario. **Metodología:** el estudio se realiza a través del análisis de Jurisprudencia y se pretende conocer la procedibilidad del arbitraje en el campo de los contratos estatales, determinando la posibilidad de someter la solución de controversias surgidas en este ámbito a particulares investidos de la facultad de administrar justicia como lo son, en efecto, los árbitros. **Resultados:** la Constitución de 1991 autoriza el Arbitraje. En los contratos con el Estado se puede incluir una cláusula compromisoria que autorice dirimir algún conflicto mediante el Arbitraje. Esta cláusula se puede incluir en cualquier momento. **Conclusiones:** es posible acudir al Arbitraje en los contratos con el Estado y para ello se dispone de varios procedimientos.

**Palabras clave:** Arbitraje, Contrato Estatal, Mecanismos Alternativos, Justicia, Particulares.

## **Solución alternativa de controversias en los contratos con el Estado\***

*ADR in contracts with the State*

*ADR em contratos com o Estado*

Tatiana Lorena Bustacara-Silva\*\*

Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja - Colombia

Recibido el 6 de abril de 2015 - aprobado el 3 de julio de 2015

Para citar este artículo  
Bustacara-Silva, T. L. (2015). Solución alternativa de controversias en los  
contratos con el Estado. Ambiente Jurídico N° 18, pp. 61-79

---

\* Artículo de investigación, resultado del trabajo de investigación en solución alternativa de conflictos adelantado dentro de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, seccional Tunja..

\*\* Abogada. Candidata a Magíster en Derecho Administrativo. E-mail: tianabustacara@hotmail.com

## Abstract

**Objective:** Reconciling Arbitration in contracts concluded by the administration according to two perspectives: first, is conceived to arbitration as an alternative dispute resolution mechanism and, second, they appear in the picture state contracts as tools and forms of state action. Thus, the study intended to show that these two figures are not exclusive and, conversely, are configured as complementary institutions whose use is necessary. **Methodology:** The study is conducted through analysis of Jurisprudence and aims to meet the procedural arbitration in the field of state contracts, determining the possibility of submitting the settlement of disputes arising in this area individuals vested with the power to administer justice as are indeed the referees. **Results:** the 1991 Constitution authorizes the Arbitration. In contracts with the State may include an arbitration clause authorizing resolve any dispute through arbitration. This clause can be included at any time. **Conclusions:** It is possible to go to arbitration in contracts with the state and it is available for various procedures.

**Keywords:** Arbitration, State Contract, Alternative Mechanisms, Justice, Private.

## Resumo

**Objetivo:** Conciliar Arbitragem em contratos celebrados pela administração de acordo com duas perspectivas: primeiro, é concebida a arbitragem como mecanismo de resolução alternativa de litígios e, em segundo lugar, eles aparecem nos contratos com o Estado imagem como ferramentas e formas de ação do Estado. Assim, o estudo pretende mostrar que estas duas figuras não são exclusivos e, por outro lado, são configurados como instituições complementares cuja utilização é necessária. **Metodologia:** O estudo é realizado por meio de análise de Jurisprudência e tem como objetivo atender a arbitragem processual em matéria de contratos com o Estado, determinando a possibilidade de submeter a resolução de litígios resultantes neste indivíduos da área investido com o poder de administrar a justiça como são de fato os árbitros. **Resultados:** a Constituição de 1991 autoriza a arbitragem. Em contratos com o Estado pode incluir uma cláusula que autoriza arbitragem resolver qualquer controvérsia por meio de arbitragem. Esta disposição pode ser incluído em qualquer momento. **Conclusões:** É possível ir à arbitragem em contratos com o Estado e está disponível para vários procedimentos.

**Palavras-chave:** Arbitragem, Contrato Estado, mecanismos alternativos, Justiça e privado.

### Introducción

Dado que el contrato es uno de los medios de actuación de la administración pública, la expresión de la libertad contractual de la administración difiere de la de los particulares. A primera vista, se podría pensar que los principios del derecho público imponen límites a la actuación de la administración, que debe ser competente para cumplir con sus obligaciones. Por ello, la administración no puede hacer sino aquello que le está permitido expresamente, porque su obligación es actuar dentro de los límites de la legalidad.

Sin embargo, los supuestos de origen público y privado, que aparentemente pueden presentarse como contradictorios, en realidad no lo son, lo cual se pretende demostrar con el desarrollo del presente análisis.

Para que el arbitraje sea posible sin haberse pactado, es necesario que la controversia pueda ser sometida a los árbitros (Controversia Arbitrable), es decir, que se ajuste a los parámetros del ordenamiento jurídico actual. En esta forma, el arbitraje es un instrumento que se adapta a las necesidades actuales de la Administración Pública. Aquí, surge el interés por determinar el rol de la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto a la solución de controversias en materia de contratos concluidos por la Administración Pública. De acuerdo con la naturaleza de las partes que intervienen en la relación contractual estatal y el objeto del contrato, a primera vista, permitirían identificar la autoridad competente encargada de dirimir las controversias al respecto. Así, el arbitraje conduce a la resolución de conflictos fuera de las estructuras oficiales de justicia y es aplicado especialmente en materia contractual.

En consecuencia, el arbitraje es una alternativa importante respecto de la prerrogativa estatal de administrar justicia hacia los particulares, situación que se concreta en el estudio de la jurisdicción Administrativa en tránsito hacia la Justicia Arbitral. Con base en lo anterior se formuló la siguiente pregunta de investigación:

*¿De qué manera, sin mediar pacto arbitral, procede el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos en las controversias surgidas de los contratos concluidos por la Administración Pública –Estado?*

### Metodología

El presente estudio adopta una metodología Analítico–Descriptiva–Documental. El componente analítico del estudio integra un número con-

siderable de fuentes doctrinales y de Sentencias, que desglosa en unidades significativas. Es descriptivo porque se recopila la información de sectores doctrinales y jurisprudenciales que aluden a la materia tratada. En efecto, el razonamiento que se expone se endosa a un cotejo entre la Jurisprudencia y la Doctrina permitiendo determinar las conclusiones pertinentes sobre el tema y se realiza el respectivo análisis holístico de las fuentes que permiten determinar el presente estudio, atendiendo a los planteamientos de análisis de precedente judicial.

## **El arbitraje como punto de partida**

En Colombia, el arbitraje es considerado como una justicia convencional calificada como función pública, a pesar de ser impartida por los particulares. La jurisprudencia constitucional determina que los poderes jurisdiccionales de los árbitros, a pesar de su origen convencional –pacto arbitral manifestado a través de la cláusula compromisoria o del compromiso– emanan de la ley. Debido a ello, la justicia arbitral es de tipo jurisdiccional. En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional ha determinado que:

Es la misma ley la que admite la posibilidad de que, en virtud de sus disposiciones, la jurisdicción pueda ser ejercida en casos particulares bajo ciertos y determinados presupuestos y condiciones por otros órganos que no sean los de la jurisdicción ordinaria. El otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los terceros designados como árbitros, si bien se origina en un negocio jurídico privado (compromiso o cláusula compromisoria) emanada de la ley. Ello es así porque el derecho objetivo vincula a dicho acto no sólo efectos jurídicos privados (entre las partes), sino también efectos jurídicos públicos (Entre el Estado y los árbitros) que se concretan en la atribución de funciones jurisdiccionales a estos últimos (CC Sentencia C-431/95, 1995).

Por su parte, el artículo 69 de la Ley 80 (1993) invita a solucionar ágil, rápida y directamente las diferencias surgidas de la actividad contractual. Para ello, se podrán utilizar, entre otros, mecanismos previstos por la norma, de modo que el arbitraje tiene implicaciones contractuales: 1. La cláusula compromisoria, regulada por el Artículo 70; y 2. El compromiso, regulado por el Artículo 71.

Es preciso hacer referencia a la tesis que se pretende demostrar en el presente estudio, puesto que se aspira a establecer que es procedente el Arbitraje en materia de contratos estatales concluidos cuando no ha sido

pactada la correspondiente cláusula compromisoria que impone a las partes el deber de acudir a la Justicia Arbitral.

En este entendido, conviene recordar que el objeto del estudio se centra en la ausencia de cláusula compromisoria y, pese a ello, se examina la posibilidad de usar la justicia arbitral como forma de solución de conflictos en los contratos concluidos por la Administración Pública, teniendo como derrotero la precila diluación –Ausencia de Pacto Arbitral–. Entonces, si se piensa en la ausencia de la citada cláusula en un Contrato Estatal, se podría afirmar la imposibilidad de someter una eventual controversia a la justicia arbitral.

Sin embargo, a pesar de esta situación, se quiere establecer la viabilidad de este mecanismo de solución de conflictos sobre contratos concluidos por la Administración Pública. Debe recordarse que, antes de la Ley 80 (1993), algunas entidades públicas condenadas por Tribunales Arbitrales prohibieron por medio de circulares internas la estipulación de la cláusula compromisoria en los contratos concluidos por la Administración. Por esto, el legislador reaccionó contra esta situación, y estableció el Estatuto general de Contratación de la Administración pública:

Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de 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 (art. 69).

En consecuencia, bajo los postulados de la citada norma, cobra plena vigencia la tesis que se maneja en este estudio, y se demostrará que, así no se haya pactado cláusula compromisoria, será posible, si se desea, hacer uso de la justicia arbitral a través de la suscripción de un compromiso por las partes en el campo de los contratos concluidos por la Administración. Así, el arbitraje, de acuerdo con las normas procesales aplicables, puede ser catalogado como legal, institucional y ad hoc. Se tiene como legal cuando el régimen jurídico procesal, en este caso el arbitraje, está regulado por la ley, institucional porque se rige por los reglamentos internos del centro de arbitraje al que se acude; y ad hoc –o independiente– cuando las partes en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad son libres de establecer el procedimiento aplicable

## Fundamentos constitucionales del arbitraje

En Colombia, la autorización para aplicar el arbitraje tiene origen constitucional, los árbitros ejercen una función jurisdiccional pública, transitoria, excepcional, regulada por la ley. La autorización constitucional del arbitraje implica que los principios de función jurisdiccional, establecidos en el Título VIII de la Constitución, también se apliquen a los árbitros. La administración de justicia es una función pública que garantiza la eficacia del ejercicio de los derechos, las garantías y las libertades de los ciudadanos. La Corte Constitucional (CC Sentencia C-037, 1996) se ha pronunciado en este punto de la siguiente manera:

Uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de Derecho, es el de contar con una debida administración de justicia. A través de ella, se protegen y se hacen efectivos los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados (...) La justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el Artículo 228 del Estatuto fundamental. Significa lo anterior que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la República, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar, cual es la de hacer realidad los propósitos que inspiran la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados, en otras palabras, que esta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos (CC Sentencia C-037, 1996).

Junto a esta función pública, la Constitución Política (CP, 1991) garantiza el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de forma permanente. Este derecho implica la posibilidad para todas las personas de solicitar a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que protegen la Constitución o la ley. A su vez, la Constitución (1991) establece los órganos que aseguran la función jurisdiccional en el territorio colombiano, y se refiere a los particulares así:

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 (Art. 116).

Es claro que el constituyente de 1991 decidió ampliar el alcance orgánico y funcional de la administración de justicia y, en consecuencia, autorizó para esta tarea a los particulares proferir fallos en derecho o en equidad, según los términos establecidos por la ley. Entonces, con base en lo dicho, y una vez revisados los fundamentos jurídicos de aplicación del arbitraje, es necesario analizar el alcance de la autorización constitucional en Colombia en materia de los *contratos de la Administración*.

### **Alcances de la autorización constitucional respecto de la aplicación del arbitraje en los contratos de la administración pública**

Debe precisarse que no hay propiamente un arbitraje administrativo, como se pudiera entender en forma equivocada, sino que, la institución arbitral, entendida como la facultad que tienen los particulares de impartir justicia, en forma transitoria, es una, y hoy está prevista en la Constitución Política.

Es claro hasta el momento que el Artículo 116 de la Constitución Política autoriza expresamente el arbitraje, y de esta manera garantiza a los ciudadanos el derecho de acceder a la administración de justicia. Sin embargo, no se puede explicar la autorización del arbitraje en Colombia sin tener en cuenta los principios constitucionales que rigen la administración de justicia, y al respecto ha mencionado la Corte Constitucional (2013):

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos encuentran base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el Artículo 116 superior, sino también en otros principios y valores constitucionales... la Carta establece un régimen democrático y participativo, que propicia entonces la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos (CC Sentencia C-305, 2013).

Los árbitros ejercen la función pública de administración de justicia y, por ello, el artículo 116 de la Constitución no puede apartarse de lo dispuesto en el artículo 228, que determina el carácter de la administración de justicia:

La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo (CP, 1991, art. 116).

El alcance que emana del Artículo 116 constitucional no se circunscribe únicamente a su texto y a la Carta propiamente dicha, sino que se extiende al ordenamiento jurídico en conjunto, de tal suerte que tienen plena acogida las disposiciones que surgen de la ley estatutaria de administración de justicia, Ley 270 (1996), de tal suerte que en ella se desarrolla la precitada norma constitucional y dispone: “La ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados...” (Art. 8).

El arbitraje constituye una facultad de las partes del eventual litigio. Son ellas, entonces, quienes ponen en marcha el arbitraje. Por ello, no se puede afirmar que con este mecanismo se remplace la función jurisdiccional del Estado, y por esta razón se habla de una figura excepcional, ante lo cual debe decirse lo siguiente:

A pesar de que la Corte ha garantizado la justicia arbitral como medio alternativo de resolución de conflictos, eso no significa en ningún caso que esta justicia esté privilegiada con relación a la justicia del Estado... Al contrario, es necesario hacer más fuerte la justicia estatal para que sea preferida (xxx).

Entonces, se podrá afirmar que, el arbitraje es una figura procesal, puesto que es un instrumento por el cual los árbitros resuelven un litigio.

## **Procedibilidad del arbitraje a pesar de no haber estipulado pacto arbitral en el contrato estatal**

El artículo 70 de la ley 80 (1993) indica que los contratos estatales pueden incluir la cláusula compromisoria para someter a la decisión de los árbitros las controversias surgidas en la celebración del contrato y, su ejecución –desarrollo, terminación o liquidación–. En seguida, en el inciso primero del Artículo 71, relativo al compromiso, establece que si en el contrato no se ha incluido la cláusula compromisoria, una de las partes contratantes puede solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un tribunal de arbitramento, con el fin de resolver las diferencias presentadas en la celebración del contrato y su ejecución, terminación o liquidación, aspectos relacionados con el objeto del presente estudio. Al respecto, Gil (1999) afirma:

Interpretando lo dicho en la norma anterior –Artículo 71, l. 80 de 1991–, con la regulación prevista en el título VIII de la ley 80, se puede concluir que en aquellos eventos en que no se haya pactado cláusula compromisoria,

es deber de la administración invitar a sus contratistas a la celebración de un compromiso, antes de acudir a la jurisdicción de lo contencioso, como quiera que el arbitraje es un mecanismo más ágil y eficaz para obtener la pronta definición del litigio (pág. xx).

De acuerdo con lo dicho, la omisión de incluir la cláusula compromisoria en el contrato, debe entenderse como la voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción administrativa, siempre que no decidan posteriormente al surgimiento de la controversia, someterse expresamente a la decisión arbitral mediante un compromiso.

En síntesis, el arbitraje en materia de contratos estatales presenta ciertas ventajas: las partes que someten su conflicto a un tribunal arbitral, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden regular varios aspectos del desarrollo del arbitraje, como, por ejemplo, tienen la posibilidad de escoger las personas que, siendo especializadas en la materia objeto del litigio, actuarán como árbitros. Si no se menciona la forma como se escogerán, será como lo determine la ley. También deben señalar la duración del arbitraje, pero en ausencia de estipulación se entiende que será máximo de seis meses.

### **Criterios para determinar la naturaleza administrativa de los contratos**

En Colombia, solo la ley puede autorizar el Arbitraje. En efecto, se han planteado varias teorías frente a la existencia del Contrato Estatal y, en virtud de ello, se ha analizado la posibilidad de que las personas públicas acudan al arbitraje. Como bien sabemos, la administración pública celebra contratos para satisfacer los intereses generales. Se entiende por contrato un acuerdo de voluntades, generador de obligaciones. Esta definición es plenamente aplicable a los contratos de la Administración Pública y a los particulares. De modo que la Administración puede, en ejercicio de sus potestades administrativas, efectuar los contratos de derecho público, es decir, contratos administrativos.

Sin embargo, uno de los problemas más discutidos en materia de contratos administrativos es el concurso de voluntades, en el que una de las partes como el Estado y la otra, un particular, origina una relación por la cual se crean derechos y obligaciones respecto de la administración. En esta materia, pueden presentarse algunas teorías sobre la existencia de los contratos administrativos. Así las cosas se tienen:

- a Teoría Negativa. La teoría Alemana se opuso a la idea del contrato administrativo con el criterio de que este, en sentido propio, es inaplicable en derecho administrativo y los que se llaman contratos son, en realidad, actos administrativos. Las razones para asumir esta posición se basan en que no se da igualdad jurídica de las partes que, en este caso, son la Administración pública y los particulares. El contrato requiere autonomía de la voluntad de las partes que lo conciertan y esta posibilidad no la puede asumir quien acepta o rechaza las condiciones de la Administración que se encuentran regladas. El objeto del contrato administrativo se encuentra fuera del comercio. Así las cosas, bajo esta teoría se considera que el contrato estatal es un Acto Administrativo para el cual no se requiere la voluntad del particular.
- b Teoría Positiva. Los franceses se consideran los máximos líderes del Contrato Administrativo. Plantean la existencia de los contratos administrativos propios de la Administración, los cuales, bajo la teoría de Actos de Poder, se determina que el Estado mantiene su poder y en razón de ello al intervenir en la celebración de un contrato configura el contrato propiamente administrativo.
- c Teoría de la Ley. Esta es la que rige hoy en día en Colombia y se enfoca al papel de la ley, que será la encargada de determinar cuáles son los contratos que se consideran como administrativos.

Así, en Colombia, el arbitraje es autorizado por primera vez en materia de contratos públicos en virtud de la ley 4 (1964), pero no se podía ejercer sino de manera limitada. Poco a poco, atendiendo las evoluciones conceptuales al respecto, a partir de los años noventa, en razón de la congestión de los despachos judiciales, se comenzó a estimular la utilización de los métodos alternativos de solución de conflictos.

En estas circunstancias, la Ley 80 (1993), Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, reconoció cierta autonomía a la administración contratante para acudir al Arbitraje en la resolución de conflictos. Entonces, a partir de esta Ley, el Arbitraje es considerado como un modo de resolución de conflictos de los contratos concluidos por la Administración, que se rigen por normas sobre la Administración, y por los procedimientos señalados por el derecho común del Arbitraje.

## **Aplicación del arbitraje en los contratos concluidos por la administración**

La delimitación de las dos órbitas de competencia –arbitral y contencioso administrativa–, ha sido un punto polémico en la jurisprudencia. Así, mientras unos estiman, con apoyo en la ley 80 de 1993, en especial con lo que disponen los artículos 70 y 71, que el juez arbitral, por voluntad de las partes, podrá conocer los procesos contractuales sin limitación de materia o de objeto. Otros consideran Tesis 1: que el juez arbitral tiene una competencia residual y meramente transitoria; Tesis 2: que el ejercicio de los poderes exorbitantes o de excepción no puede ser objeto de convenio entre las partes ni es transigible; y que el Artículo 77 de la ley, en armonía con el 238 de la Carta Política (CP, 1991), contiene un mandato inequívoco que impedirá, mientras esté vigente, la cómoda operancia de la primera tesis. Señala esta norma lo siguiente:

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles del recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del código de lo contencioso administrativo (Ley 80, 1993, art 77).

Como se ve, si existieran solamente los Artículos 70 y 71 de este Ley, el asunto no tendría discusión alguna y por tanto tomaría plena vigencia la Tesis 1, –ampliada– en el sentido que la justicia arbitral conocería, en todo caso, cuando así lo acordaran las partes, los conflictos contractuales en su integridad, es decir, los derivados del contrato. Sin embargo, esa no fue la voluntad del legislador que quiso someter el juicio de legalidad de los actos y el ejercicio de los poderes de excepción y con estos el conocimiento de los actos administrativos que los desarrollan el juez natural o propio del contrato Estatal, que sería el Administrativo.

De manera que, mientras esté vigente el Artículo 77 (Ley 80, 1993), el juez arbitral no podrá conocer los litigios que giren en torno a tales actos que, por definición legal, son los *expedidos por la entidad contratante luego de la celebración del contrato*.

En virtud de lo anterior, no se puede afirmar que la justicia arbitral tiene el carácter de permanente o principal, puesto que no es posible desconocer la consagración legal al respecto, como se acaba de ver. Así, lo que se pretende plantear es que las posibles controversias que se originen con motivo de un contrato concluido por la Administración pudiesen ser so-

metidas a dicha justicia privada al estar dotada de ventajas que implicarían la celeridad y la economía procesal en la solución del litigio determinado.

De esta manera, no sería absurdo pensar la posibilidad de que, por ejemplo, en caso de no haber incluido en el contrato cláusula compromisoria, las partes puedan suscribir un compromiso que, al ser un acto consensual, podría ser suscrito aún después de terminado el contrato. Lo anterior tendría fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes intervinientes en el contrato estatal, y es una herramienta idónea por medio de la cual se aspira solucionar una controversia que ha surgido con razón del no entendimiento entre el contratista particular y la Administración Pública.

Podría considerarse entonces la posibilidad de hacer uso del Arbitraje inclusive luego de liquidado el contrato estatal, puesto que, en caso de que una de las partes no se sienta satisfecha con la situación que se le plantea luego de concluido el contrato, posiblemente en el caso del particular, este tenga la posibilidad de acudir a un mecanismo de solución de conflictos ágil que dirima el problema de manera eficaz y rápida.

Lo que se argumenta permite materializar principios de orden constitucional y legal como la transparencia, la economía procesal, la igualdad entre las partes, la celeridad y el debido proceso. De acuerdo con el dinamismo planteado en el objeto de estudio, si bien uno de los beneficios más apreciados del arbitraje ha sido permitir que un litigio pueda ser juzgado fuera de las estructuras oficiales del Estado, en Colombia las controversias surgidas respecto a la aplicación del arbitraje en los contratos concluidos por la Administración Pública han dado lugar a que el juez administrativo –al referirse a la arbitrabilidad de los conflictos que vinculan a la administración– restrinja la aplicación del arbitraje, proclamando la existencia de principios que atienden a la competencia natural para juzgar los asuntos del Estado, apoyando así la Tesis 2 –restringida– que se planteó arriba.

Debe tenerse presente que, con base en el Artículo 116 de la Constitución Política, que autoriza el Arbitraje en Colombia, los límites de su aplicación, en la práctica se circunscriben a la ley. De esta manera, el Artículo 111 de la Ley 446 de 1998 establece que solo pueden ser sometidos al Arbitraje los asuntos transigibles.

A su vez, los Artículos 70 y 71 de la Ley 80 (1993), disponen que el pacto arbitral puede estipularse para resolver un litigio en la celebración, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del contrato.

Sin embargo, ni la ley 80 (1993) ni las normas que regulan propiamente el arbitraje dicen de manera expresa cuáles conflictos surgidos de los contratos concluidos por la administración pueden ser considerados de carácter transigible, y, por tanto, susceptibles de ser sometidos al arbitraje.

La ausencia de una norma específica que regule esta cuestión en materia de contratos concluidos por la Administración Pública ha generado una fuerte controversia en el ámbito doctrinal, centrada en determinar si los litigios provenientes de actos administrativos contractuales son susceptibles de arbitraje.

En efecto, como se planteó antes, y, a través de la tesis restringida, el juez administrativo se basa en el principio de “plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia” y en la “innegociabilidad de las potestades públicas” para sustentar la improcedibilidad del Arbitraje en materia de contratos concluidos por la administración.

El dilema principal y más espinoso si se quiere, se presenta cuando el objeto del litigio es un Acto Administrativo. El problema más relevante derivado de esta situación es el relativo a la competencia de los árbitros para controlar dichos actos. Sin embargo, para determinar de manera clara si el Arbitraje es procedente en los contratos concluidos por la Administración Pública, conviene hacer referencia al siguiente caso que es digno de estudio y permite esclarecer el problema:

Caso INVIAS vs. Consorcio Nigrinis Sánchez y giraldo: “Dicho consorcio, presentó una demanda arbitral en contra del INVIAS el 7 de Noviembre de 2001, sin embargo, el INVIAS había expedido la resolución de liquidación del contrato el 8 de Octubre de 2001, pero el consorcio sólo fue notificado hasta el 19 de diciembre de 2001. Para la fecha en que el consorcio presentó la demanda arbitral no tenía conocimiento de la resolución de liquidación del contrato. La demanda arbitral fue notificada al INVIAS el 15 de Febrero de 2002 y el consorcio, por su parte, supo el 27 de Febrero de 2002 de la resolución del recurso de reposición ejercido contra la resolución.

El tribunal arbitral se declaró COMPETENTE para conocer el litigio, a pesar de que uno de los árbitros salvó su voto bajo la consideración de que dicho acto existía y resolvía la controversia sometida al tribunal arbitral. Por su parte, el Consejo de Estado, declaró infundado el recurso de anulación presentado por el INVIAS al considerar que “la decisión arbitral no supuso la revisión de la legalidad de un típico acto administrativo contractual, dado que, el punto debatido no podía ser objeto de decisión por parte

de la administración por medio del ejercicio de su facultad exorbitante de liquidar unilateralmente el contrato (Referencia).

En efecto, se tiene que para el caso, el tribunal arbitral no consideró el contenido de la resolución, de manera que el tribunal se ocupó de resolver el litigio y de declarar el incumplimiento del contrato por el convocante del tribunal. En consecuencia, se considera real el fundamento de la competencia de los árbitros que se comenta en el presente caso, puesto que en el mismo sentido lo había expuesto el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia en la siguiente forma:

En virtud de la ley, la justicia arbitral puede conocer de las diferencias presentadas en tomo a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos administrativos, pero le está vedado pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos materiales, entendidos estos como los dictados con anterioridad al momento en que la controversia arbitral adquiere un carácter vinculante para las partes, lo cual sucede al momento de integrarse la relación jurídico procesal, con la notificación al demandado del auto admisorio de la solicitud de la convocatoria, ya que desde ese momento el juez (sea de excepción u ordinario) asume plena competencia sobre los temas sometidos a su conocimiento y la administración la pierde, debido a que ya están siendo debatidos en sede judicial. Lo anterior obedece a que el campo de acción de la justicia, sea de excepción u ordinaria, no puede quedar supeditada en su ejercicio, a que la Administración haga uso o no de sus potestades excepcionales en relación con los temas discutidos (referencia).

Se observa, pues, que el uso del arbitraje en materia de contratos concluidos por la administración tiene plena operancia siempre que las decisiones y los temas que ellos revisan no han de versar sobre la legalidad de los propios Actos Administrativos ya que le corresponde a la jurisdicción contenciosa su control por medio de los recursos apropiados para ello. Sin embargo, cuando, con ocasión de la celebración o terminación de un contrato estatal, la autoridad pública contratante manifiesta su voluntad, y adopta alguna decisión que también podrían tomar los particulares en desarrollo de sus facultades negociales no se produce realmente un acto administrativo. De esta manera, no toda respuesta o decisión que adopte la entidad estatal contratante, frente a las peticiones del contratista tiene el carácter de acto administrativo, aún en el evento de que tales manifestaciones de voluntad consten en el acto de liquidación unilateral del contrato porque en cada caso, debe establecerse si tales expresiones de la Adminis-

tración constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, sean exorbitantes de las facultades y derechos que se predicán respecto de las relaciones contractuales de los particulares.

Entonces, de acuerdo con la jurisprudencia que se analiza, se puede apreciar que, el juez administrativo, independientemente de la calificación legal del acto –Vg. Acto Administrativo de liquidación– en la ley 80 (1993), se determina que este puede ser arbitrable cuando en su contenido no constituye realmente el ejercicio de una potestad de poder público. De esta manera, corresponde a los árbitros revisar la naturaleza del “acto administrativo” y analizar si contiene o no una manifestación exclusiva de poder público.

En efecto, no se puede deducir que porque exista un acto administrativo ligado a la controversia, el árbitro es instantáneamente incompetente, puesto que solo lo será en caso de que para juzgar el objeto del litigio sea indispensable la anulación de un acto administrativo que involucra potestades públicas. De esta manera lo expresó la Consejera de Estado María Elena Giraldo así:

La conducta que por su naturaleza REAL de contenido no sea un acto administrativo, puede ser juzgada por los árbitros al igual que todas aquellas divergencias originadas en un contrato estatal, salvo las imputaciones de ilegalidad del contrato por causales de nulidad absoluta (referencia).

En este sentido, la posición asumida por quienes afirman la exclusividad de competencia por el juez “natural” excluyendo la competencia arbitral –tesis 2 restringida–, debe entenderse en armonía con lo que se ha expuesto, sin afirmar con certeza la existencia de una sola de las tesis que se plantearon al inicio de la graficación dinámica respectiva. Como se pudo notar en el análisis, tanto la jurisprudencia Constitucional como la del Consejo de Estado, han despejado las hipótesis que permiten determinar los límites de la competencia arbitral.

Es posible encontrar algunas posturas que se han inclinado por una vía interpretativa restrictiva –tesis 2–, la cual, en la práctica, no resulta ser la más sencilla, puesto que, como se vio en el caso analizado en esta sección, se dan alcances de las curnpt:lt:ncias arbilralt:s t:n la resolución de litigios contencioso–administrativos. Al pretender encontrar una situación actual del manejo del Arbitraje en los contratos concluidos por la Administración Pública, y ante la existencia de los poderes excepcionales del

Estado, no se puede desconocer que estos son instrumentos que permite proteger el interés general y garantizar el funcionamiento de los servicios públicos y que la preocupación de someter dichos aspectos a particulares es legítima. Se debe considerar que, en un contexto jurídico en el que los árbitros están ligados a las partes del litigio, solo por un contrato de arbitraje que los obliga a fallar en las condiciones allí descritas, podría justificarse la tesis 1 –Ampliada–.

En efecto, el hecho de que los árbitros sean, a partir de la Constitución de 1991, particulares que ejercen temporalmente la función pública de administración de justicia de carácter reglado, y que, en consecuencia, tengan los mismos deberes y poderes de los jueces, y, adicionalmente, que cuenten con la participación del Ministerio Público en los procesos arbitrales, justificaría plenamente la primera tesis.

## Conclusiones

Siendo el contrato uno de los principales mecanismos de acción de la administración, la expresión de la libertad contractual de la administración difiere de la de los particulares. De esta manera, el arbitraje parte de la libre disponibilidad que tienen las partes del pacto arbitral sobre el objeto del litigio y de la decisión de someter el conflicto a jueces privados o Árbitros. Estos, siendo especializados en el objeto de la controversia, profieren un laudo arbitral que tiene efecto obligatorio para las partes y que presenta los mismos efectos de una sentencia judicial.

Así, los supuestos de origen público y privado, que aparentemente pueden presentarse como contradictorios en realidad no lo son. Para que el arbitraje sea posible, es necesario que la controversia sometida a los árbitros sea arbitrable y las condiciones para determinar dicha arbitrabilidad sean las designadas por el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, el arbitraje en los contratos concluidos por la administración es posible siempre que los litigios que se le sometan sean arbitrables de acuerdo con las normas jurídicas vigentes que lo regulan. En consecuencia, el árbitro, como cualquier juez, al conocer el litigio, se pronuncia sobre su propia competencia y, en caso de que el litigio no sea arbitrable se declarará incompetente. Es así como el arbitraje no constituye una amenaza a la existencia de la jurisdicción Administrativa.

Entonces, el Arbitraje es un instrumento que se adapta a las necesidades actuales de la administración pública. De esta manera, en Colombia, la ley ha permitido el Arbitraje en los contratos concluidos por la administración. De este modo, los árbitros, en su condición de jueces, tienen la obligación de aplicar la ley como lo haría cualquier otro Juez del Estado, y, si bien el Arbitraje no es una institución propia del derecho administrativo, los árbitros que escoja la administración y su contraparte deben ser especialistas en un contrato sobre el que se haya suscitado una controversia.

Finalmente, conviene reiterar que, si bien el arbitraje no puede ser viable para resolver todos los conflictos que se derivan del derecho público, es de una utilidad innegable en materia contractual.

## **Trabajos citados**

- CC Sentencia C-037. (1996). Sentencia C-037. Estatutaria de la Administración de Justicia. MP: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- CC Sentencia C-305. (2013). Sentencia C-305. Estatuto de arbitraje nacional e internacional, MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- CC Sentencia C-431/95. (1995). Sentencia C-431/95 Arbitramento-administración de justicia por particulares, MP Hernando Herrera Vergara. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- CP. (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.
- Gil-Echeverri, J. H. (1999). Nuevo régimen de Arbitramento: Manual práctico. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Ley 270. (1996). Estatutaria de la administración de justicia. El Congreso de Colombia: Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo .
- Ley 4. (1964). Por la cual se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos. Congreso de Colombia: Diario Oficial número 31481.
- Ley 80. (1993). Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. El Congreso de Colombia: Diario Oficial.