

# EL ARBITRAMENTO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

–EL CASO COLOMBIANO–

Por JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ<sup>1</sup>.

## Sumario

I. Estado de la cuestión. II. Origen y aceptación de la aplicación del arbitramento en los contratos públicos. III. Las reglas generales del arbitramento aplicables a los contratos públicos. IV. Las especialidades del arbitramento derivadas de la presencia de la administración pública en la situación litigiosa.

## A MANERA DE INTRODUCCIÓN:

Constituye para mí un honor el poder pergeñar estas cortas líneas, no profundas, pero con sentimientos de hermandad en esta patria que alguna vez fue nuestra sobre uno de los temas que a día de hoy constituyen sin hesitación de ninguna índole un punto importante de encuentro entre particulares y Estado para resolver controversias que se derivan de las relaciones jurídico negociales que se vierten en la institución del contrato de la Administración Pública, sobre todo en los ordenamientos jurídicos (el caso colombiano), en

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá D. C.). Doctor en Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (España). Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario en Bogotá D. C. (Colombia). Diplomado en Organización de Empresas por la Universidad Politécnica de Madrid (España). Docente Investigador de tiempo completo de la Universidad Externado de Colombia. Autor de la Obra “La Configuración del Contrato de la Administración en derecho Colombiano y Español. Análisis de la Selección de Contratistas” y de artículos relacionados con el tema de la contratación estatal, ponente y conferencista sobre el mismo tema a nivel nacional e internacional, Abogado litigante, Asesor y Consultor tanto de entidades estatales como del sector privado. Árbitro en ejercicio.

donde la institución del arbitraje ha tenido una gran acogida desde que se implantó legalmente a partir del texto del Estatuto actual de Contratación Estatal –Ley 80 de 1993, reformada hace poco por la Ley 1150 de 2007-.

Lo anterior, ha significado que bajo la especialidad que representa la técnica arbitral, quienes hacen parte de ella, se han convertido en verdaderos especialistas, garantizadores de las más elementales prácticas del debido proceso y del derecho de defensa que igualmente deben estar presentes en esta clase de procesos en donde la tutela judicial efectiva es de la esencia de ellos.

Siendo todo ello así, me resta dar las gracias a los organizadores de este evento sobre el arbitraje, en especial a la Cámara Panameña de la Construcción y a su centro de Solución de Conflictos, su Directora IDELCARMEN PÉREZ DEPALMA, pero ante todo al Licenciado ERIC BRITTON, alumno destacado en la Universidad Externado de Colombia en Bogotá D. de quien no sólo hablo bien por ello, sino por su calidad humana y su saber estar, además de la inteligencia que lo caracteriza, a tal punto que por ayesado, el litigio no le queda grande y cabiendo así en todo su intelecto, por eso podría afirmar que en cuanto a estos temas, es de las pocas personas que con bastante tino son verdaderas conocedoras de la cuestión.

## I. ESTADO DE LA CUESTIÓN.

A pesar de que ha tenido una existencia histórica indudable (la doctrina ha registrado casos de la utilización del mecanismo del arbitramento tanto en Grecia como en el derecho romano)<sup>2</sup>, en los últimos tiempos el arbitramento ha cobrado un auge inusitado como consecuencia del aumento cada vez mayor de las relaciones comerciales y, especialmente,

---

<sup>2</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO, *Jurisdicción y Arbitraje en derecho Romano*, Iustel Biblioteca Jurídica Básica, 1ª ed., 2006, Madrid, pp. 199 y ss.

por efecto de los fenómenos de inversión extranjera en el marco de una economía globalizada.

En ese contexto, poco a poco se ha venido desplazando la presencia absoluta de la justicia institucionalizada y perteneciente al Estado, la cual ha sido sustituida por una justicia "privada", en el sentido de que es administrada por particulares investidos de jurisdicción por voluntad de las personas sometidas al conflicto, aunque a nombre del Estado y con los mismos efectos de la administrada por aquél.

Precisamente por lo anterior, se ha considerado al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, toda vez que permite que las situaciones litigiosas sean solucionadas de manera definitiva sin acudir a los mecanismos y a los órganos formalmente establecidos que pertenecen al Estado, lo cual resulta ser la clave para determinar el carácter alternativo del arbitramento<sup>3</sup>.

Ahora bien, a pesar de ese carácter alternativo que se reconoce al arbitramento, ello no significa que no se trate de un mecanismo de heterocomposición de los litigios, en el cual la solución definitiva no proviene de las partes ni como iniciativa de ellas (como ocurre en los casos de la conciliación o la transacción), sino que la solución proviene directamente de un tercero ajeno a la situación litigiosa, como es el Tribunal de Arbitramento.

Las bondades del arbitramento se han resumido en las de ser, de una parte, una justicia rápida y eficaz, en el sentido de que la decisión que pone fin a la situación litigiosa en un término considerablemente inferior al que tardaría dicha solución en la justicia formal del Estado, y de otra, una justicia especializada administrada por expertos en los asuntos que

---

<sup>3</sup> Aunque sobre esta postura no hay unanimidad, habida consideración de que para algunos doctrinantes la utilización del arbitraje no se constituye en un mecanismo alternativo de solución de conflictos como sí lo es la conciliación, o la transacción o la amigable composición. Así, en Derecho Colombiano PEÑA CASTRILLÓN, GILBERTO, "Solución de controversias en la contratación estatal", en *Universitas*, revista de la Pontificia Universidad Javeriana, núm. 87, 1994, pp. 23 y ss

son objeto de la situación litigiosa, expertos que además son de plena confianza de las partes que forman parte del litigio, toda vez que han sido designados por ellos mismos. Con todo, persiguiendo ambas formas de justicia el mismo ideal<sup>4</sup> y bajo un principal efecto, que elimina la posibilidad para los tribunales de justicia institucionalizada de conocer las controversias que les vienen asignadas por Ley una vez se materializa su derogatoria, bien sea por medio de la inclusión de la cláusula compromisoria o de la suscripción del contrato de compromiso<sup>5</sup>.

No obstante la importancia que ha tenido el arbitramento en la solución de conflictos entre particulares y, especialmente, de conflictos entre comerciantes, así como de las comprobadas bondades que dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos tiene, la aplicación de la figura mencionada en relación con los conflictos derivados de la celebración, ejecución, terminación y liquidación de los contratos públicos, esto es, de los contratos celebrados por entidades públicas, no ha sido de aceptación pacífica en los diversos ordenamientos jurídicos.

Además, en los ordenamientos jurídicos en que ha sido aceptada la aplicación del mecanismo del arbitramento, legislación, jurisprudencia y doctrina han construido severos límites, derivados de las especialidades que reviste la presencia de un sujeto especial, como lo es la Administración Pública, en la relación jurídica de la cual se desprende el litigio puesto a consideración de la justicia, que han permitido construir una fisonomía particular del arbitramento en los contratos públicos.

En ese orden de ideas, conviene estudiar separadamente los orígenes y posibilidad del arbitramento en los contratos públicos, de una parte, y posteriormente, los aspectos

---

<sup>4</sup> Así, OPETIT BRUNO, *Teoría del arbitraje*, obra traducida por EDUARDO SILVA ROMERO y Otros, Legis, Bogotá, 2006, p. 45.

<sup>5</sup> Así, MORALES DE BARRIOS, MARÍA CRISTINA, "Efectos del Pacto Arbitral Frente al Proceso Jurisdiccional", en *El Contrato de Arbitraje*, obra dirigida por SILVA ROMERO, EDUARDO, Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, Página 697 y SS.

generales del arbitramento que son aplicables a los contratos públicos, para finalmente, analizar las especialidades del arbitramento derivadas de la presencia de la administración pública en la situación litigiosa.

## II. ORIGEN Y ACEPTACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ARBITRAMENTO EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Francia y España son dos de los países que mayor influencia han tenido sobre el régimen de los contratos públicos en Latinoamérica, por lo cual, junto con la referencia al derecho colombiano, serán analizados en cuanto a la posibilidad de aplicación de la solución arbitral a los contratos celebrados por entidades públicas. Al respecto, debe comenzar por señalarse que, desde un punto de vista histórico, las soluciones adoptadas en el derecho francés y español han sido diametralmente diferentes a las adoptadas en el derecho colombiano.

En efecto, en el derecho francés se ha construido la figura del arbitramento en torno a la idea de la "interdicción del arbitramento en los contratos administrativos", es decir, que en principio, no es posible aplicar la solución de la justicia arbitral a los litigios derivados de la celebración de los contratos administrativos. No obstante, esta prohibición de la aplicación de la figura del arbitramento a los contratos administrativos tiene algunas excepciones que se refieren a actuaciones y contratos puntuales. Las excepciones se aplican a ciertos establecimientos públicos industriales y comerciales, a los llamados *marchés publics* y a los contratos internacionales suscritos por la administración pública<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Así, RICHER, LAURENT. *Droit des contrats administratifs*, 4<sup>a</sup> ed., Paris, LGDJ, 2004, núms. 453 y ss., y PATRIKIOS, APOSTOLOS. *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 27 y ss.

Lo anterior, permite concluir que en el derecho francés la regla general es la prohibición de la aplicación de la solución arbitral a los litigios derivados de los contratos celebrados por la Administración Pública, de tal manera que la autorización es absolutamente excepcional y la solución es aplicable de manera marginal.

A su vez, en el derecho español, también ha operado de vieja data la prohibición de utilización de la justicia arbitral en los contratos administrativos, prefiriéndose dejar la solución a los litigios derivados de esta clase de contratos al orden jurisdiccional contencioso administrativo<sup>7</sup>. No obstante esa prohibición histórica de acudir a los tribunales de arbitramento, la reciente ley de contratos del sector público española (Ley 30 de 2007), autorizó la utilización de la figura en relación con los “efectos, cumplimiento y extinción de los contratos”.

Como se ve, si bien en el derecho europeo la solución arbitral a los contratos públicos ha sido de aceptación parcial y, por el contrario, ha reinado la idea de la prohibición de la misma, las tendencias legislativas recientes buscan la autorización de la utilización del mecanismo de manera más generalizada<sup>8</sup>.

No ocurre lo mismo en el derecho colombiano, donde históricamente se ha permitido aplicar la solución arbitral a los contratos celebrados por las entidades del Estado. En este sentido, aún antes que la ley admitiera expresamente la posibilidad de utilizar el mecanismo de los

---

<sup>7</sup> Así HUERGO LORA, ALEJANDRO. *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000, pp. 149 y ss, y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO. “Las negociaciones y el derecho administrativo: transacciones, convenios y arbitraje”, en *El derecho público a comienzos del siglo XXI, Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Madrid, Editorial Civitas, 2003, pp 1818 y ss.

<sup>8</sup> Es interesante recordar como en sus orígenes el arbitraje fue concebido como una forma de resolver conflictos ya existentes. Por eso en un principio el medio natural era con la suscripción de un compromiso, que en palabras de CAIVANO, ROQUE J., “...bien podía ser un acuerdo detinado a sustraer una contienda ya judicializada o que o había llegado a ser planteada ante los jueces estatales. Pero en todo caso, siempre referida a divergencias ciertas. En este acto, las partes designaban a los árbitros, definían las materias que serían sometidas a su decisión y, eventualmente, convenían las normas de procedimiento”, en *La Cláusula Arbitral. Evolución Histórica y Comparada*, Cámara de Comercio de Bogotá, 2008, página 35.

tribunales de arbitramento, la jurisprudencia de negocios generales de la Corte Suprema de Justicia colombiana permitió que las personas jurídicas públicas acudieran a la figura del arbitramento para solucionar los litigios relacionados con sus contratos<sup>9</sup>. Posteriormente, la Sala Constitucional de la misma Corte Suprema de Justicia autorizó a la Administración Pública a incluir pactos arbitrales en sus contratos y, por lo mismo, a acudir a la figura de los tribunales de arbitramento<sup>10</sup>.

Con posterioridad a la bendición jurisprudencial de la utilización del arbitramento en los contratos públicos en Colombia, la ley 4ª de 1964 autorizó a la Nación y a las entidades descentralizadas para someter a la decisión de un tribunal de arbitramento, los conflictos derivados de los contratos de obra. Frente a esa norma, la jurisprudencia impuso algunas limitaciones bajo la idea de que ella no podría excluir la caducidad ni mucho menos podría pactarse un fallo en conciencia, sino que siempre debía ser en derecho<sup>11</sup>.

Más adelante, en el decreto-ley 150 de 1976 se autorizó la inclusión del pacto arbitral en toda clase de contratos administrativos y no simplemente en los contratos de obra, y además, se previó que podría utilizarse la figura del "arbitraje técnico". No obstante, debe hacerse notar que dicha autorización no se extendió a los contratos de las entidades territoriales y se limitó expresamente la posibilidad de utilizar la institución arbitral para solucionar los conflictos derivados de la aplicación de la cláusula de caducidad.

A su vez, en el decreto-ley 222 de 1983 se reiteró la posibilidad de utilizar la justicia arbitral en los contratos públicos y la extendió a toda clase de entidades públicas. Sin embargo, en cuanto a los límites a la arbitralidad objetiva, estos fueron ampliados en el sentido de que la

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencias del 5 de noviembre de 1925 y del 23 de junio de 1936.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencias de 29 mayo de 1969, M.P.: Luis Sarmiento Buitrago, y de 28 de julio de 1977, M.P.: Eustorgio Sarria.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 14 de marzo de 1977, C.P.: Samuel Arango Reyes.

figura no sería aplicable cuando se tratara de un conflicto derivado de la aplicación de una cláusula exorbitante, situación que recibió expresa autorización de la Corte Suprema de Justicia<sup>12</sup>.

Como puede verse, históricamente se ha permitido utilizar en el derecho colombiano la solución de la justicia arbitral a los litigios derivados de los contratos estatales, aunque se han impuesto ciertos límites a la arbitralidad objetiva relacionados con la prohibición de que los árbitros fallen en equidad y que conozcan sobre controversias derivadas de la aplicación de las cláusulas exorbitantes.

Finalmente, en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública colombiano que se encuentra vigente, contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, se aceptó de manera amplia la utilización del arbitramento en los contratos públicos, con base en la aceptación constitucional expresa de la figura en el artículo 116 y por demás como una expresión del principio de economía, postulado específico en nuestro sistema de contratación pública, se introdujo esa posibilidad cuando en el artículo 25-5 de la Ley 80 de 1.993, se preceptuó que: "En virtud del principio de economía...Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten".

Concordante con lo anterior, lo ordenado en los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 que consagran lo siguiente:

**Artículo 70. De la cláusula compromisoria.** En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia de 31 de enero de 1985, M.P. Carlos Medellín Forero.

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

**Artículo 71. Del compromiso.** Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de los árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo.

A su vez, en el artículo 74 se previó la posibilidad de utilizar la figura del arbitramento técnico de la siguiente manera:

**Artículo 74. Del arbitramento o pericia técnicos.** Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.

A fortiori, la misma normativa contractual preceptúa que está prohibido impedir que se limite la inclusión de la cláusula compromisoria en el contenido de los contratos estatales (artículo 69 de la Ley 80 de 1993).

De las anteriores normas, resulta evidente la aceptación amplia en el derecho positivo colombiano de la figura arbitral en los contratos públicos, la cual, no obstante y como lo veremos, ha sido limitada severamente por la jurisprudencia administrativa.

### III. LAS REGLAS GENERALES DEL ARBITRAMENTO APLICABLES A LOS CONTRATOS PÚBLICOS

El primer aspecto que es indispensable tener en cuenta cuando nos referimos al arbitramento en los contratos públicos, tiene que ver con la **voluntad de las partes como origen y fundamento del arbitramento**. Así, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado colombianas ha sido enfática en señalar que para poder acudir a la vía arbitral, es indispensable que previamente exista habilitación expresa de las partes para que el tribunal de arbitramento tenga competencia para la solución del litigio, competencia que en todo caso es temporal<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencias C-294 de 1995, C-242 de 1997, C-163 de 1999, C-211 de 2000, C-330 de 2000, C-1140 de 2000, C-098 de 2001, C-060 de 2001, C-1038 de 2002, C-878 de 2005, SU-174 de 2007.

Como consecuencia de esa voluntariedad en el arbitramento, para acudir a dicha figura, es indispensable que las partes hayan celebrado un pacto arbitral, el cual, como se desprende de las normas citadas atrás, puede revestir el ropaje de cláusula compromisoria o de compromiso, según el pacto se encuentre en el texto del contrato o en un documento aparte en el cual las partes identifiquen el conflicto que pretenden que resuelva el tribunal de arbitramento.

Este pacto arbitral es fundamental, pues como lo ha expresado repetidamente el H. Consejo de Estado, éste determina y limita al ámbito de competencias del tribunal de arbitramento respecto de los conflictos derivados de un contrato en particular<sup>14</sup>. Además, el H. Consejo de Estado ha señalado que si bien es cierto que el pacto arbitral debe ser expreso, éste puede estar en el texto de la minuta del contrato, pero también puede estar en el pliego de condiciones que forma parte del contrato o en cualquier otro documento posterior por voluntad de las partes<sup>15</sup>, siempre que no haya finiquitado la relación jurídica negocial, porque si ello sucede, tendría necesariamente que acudirse a la celebración de un contrato de compromiso, luego de verificada la controversia.

Igualmente, en cuanto al pacto arbitral, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado colombiano ha sido enfática en señalar que en el mismo debe aparecer la voluntad inequívoca de acudir a la solución arbitral, es decir, debe ser un pacto arbitral expreso, de tal manera que no resulta válido iniciar un trámite arbitral sin previo pacto arbitral, o pretender que el pacto surja del silencio administrativo positivo o, incluso, suponer que existe pacto

---

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 26 de marzo de 2009, expediente 2008-8499, C.P.: María Claudia Rojas Lasso.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, expediente 29.476, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 32.871, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

arbitral cuando en una cláusula simplemente se mencionan los “mecanismos alternativos de solución de conflictos”<sup>16</sup>.

Así mismo, la jurisprudencia ha señalado que el carácter expreso del pacto arbitral implica también la limitación de la competencia de los árbitros a la materia en particular a la que se refiere la cláusula, la cual, en caso de ser general, da lugar a que se interprete en el sentido de que la competencia del tribunal de arbitramento se pueda dar frente a todos los conflictos que tengan relación directa o indirecta con el contrato<sup>17</sup>.

Otro aspecto muy importante del arbitramento aplicable a la situación de los contratos públicos se refiere a la **naturaleza jurisdiccional del arbitramento**. En efecto, como bien se desprende del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, el arbitramento se deriva de la habilitación expresa de las partes en conflicto para que un particular, investido de jurisdicción, resuelva definitivamente el conflicto, mediante una decisión que resulta vinculante para las partes que se encuentran en conflicto y que hace tránsito a cosa juzgada, de la misma manera que lo hacen las decisiones adoptadas por los jueces ordinarios. Por consiguiente, no cabe duda la condición de jueces que ostentan los árbitros en el derecho colombiano<sup>18</sup>.

Ese carácter jurisdiccional del arbitramento implica que una vez atribuida la habilitación a los particulares para la administración de justicia, se produce una derogación de la justicia formalmente establecida perteneciente al Estado. No obstante, la derogación de esa justicia es transitoria, pues cada tribunal de arbitramento sólo tiene la posibilidad de resolver el conflicto puesto a su consideración (contenido en las pretensiones de la demanda y en las

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2001, expediente 18.063, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 23 de febrero de 2000, expediente 16.394, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, y de 28 de abril de 2005, expediente 25.811, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencias C-426 de 1994, C-431 de 1995, C-242 de 1997, C-1436 de 2000 y SU-174 de 2007.

excepciones de la contestación de la demanda), pero no de todos los demás conflictos que puedan llegar a derivarse de la celebración del contrato, para los cuales habrán de conformarse nuevos tribunales de arbitramento.

Del reconocimiento del carácter jurisdiccional que tiene el arbitramento sigue el hecho de que en su tramitación deben respetarse la totalidad de garantías constitucionales y legales relacionadas con los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. En ese orden de ideas, para el H. Consejo de Estado no resulta admisible que se pacten requisitos de procedibilidad para la iniciación del trámite arbitral, como lo son las etapas de arreglo directo o de conciliación previas, las cuales resultarán en consecuencia opcionales y su ausencia no impedirá la constitución del tribunal y tramitación del proceso arbitral<sup>19</sup>. Esto último ha quedado refrendado con la Ley 1285 de 2009, reformatoria de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia contenida en la 270 de 1996, el Decreto 1716 de 2009 sobre conciliación y la SC-713 de 2008 que estudió la constitucionalidad de la Ley Estatutaria.

A su vez, como efecto de la naturaleza jurisdiccional del arbitramento, se reconoce que los árbitros de los contratos públicos tienen los mismos poderes que un juez, aunque con ciertas limitaciones relacionadas con la vinculación de terceros (quienes deben aceptar expresamente el pacto arbitral) y con las medidas cautelares (cuya clase y oportunidad es seriamente limitada). Así, se reconoce que los árbitros tienen poder de decisión para poner fin al conflicto, poder de coerción para procurar los elementos indispensables y remover los obstáculos para adoptar la decisión y poder de instrucción para la práctica de las pruebas a que haya lugar.

---

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de mayo de 2004, expediente 25.156, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

#### IV. LAS ESPECIALIDADES DEL ARBITRAMENTO DERIVADAS DE LA PRESENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA SITUACIÓN LITIGIOSA.

Cuando el conflicto puesto a consideración de los tribunales de arbitramento se deriva de la celebración de un contrato público, esto es, de un contrato en el cual es parte la Administración Pública o en términos de nuestro Estatuto de Contratación Estatal, entidades estatales, aparecen serias limitaciones a las posibilidades de poner litigios contractuales a consideración de un tribunal de arbitramento.

El primer límite que aparece se refiere a la **clase de arbitraje** al cual puede someterse la Administración. Al respecto, la ley colombiana autoriza la utilización del arbitramento en derecho, en equidad y técnico. Como lo expresamos atrás, desde hace tiempo la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha proscrito la aplicación del arbitramento en equidad a los litigios derivados de los contratos públicos, de tal manera que sólo es posible utilizar el arbitramento en derecho, lo cual ha sido corroborado con las definiciones de cláusula compromisoria y compromiso señaladas en la ley<sup>20</sup>.

Además del arbitramento en derecho, la ley ha permitido la utilización de la figura del arbitramento técnico para la solución definitiva de controversias derivadas de un contrato público que tengan un carácter exclusivamente técnico, arbitramento que, en cualquier caso, deberá seguir el mismo procedimiento previsto para el arbitramento en derecho.

Igualmente en relación con la clase de arbitraje, debe hacerse notar que el artículo 112 de la ley 446 de 1998 prevé la posibilidad de que exista arbitraje independiente (en el cual las partes pactan las reglas de procedimiento), arbitraje institucional (en cuyo caso las partes se

---

<sup>20</sup> Vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de agosto de 2001, expediente 19.273, M.P.: María Elena Giraldo Gómez.

someten al procedimiento previsto por un centro de arbitraje) y arbitraje legal (en el cual se aplica el procedimiento legalmente establecido). Según lo ha expresado la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado la posibilidad de aplicar arbitraje independiente se encuentra prohibida en el caso de los contratos públicos y sólo se autoriza para contratos entre particulares<sup>21</sup>; mientras que existen serias dudas en relación con la posibilidad de utilizar el arbitraje institucional, sin embargo la jurisprudencia ha venido aceptando que las entidades públicas pueden someterse a las reglas de un centro de arbitraje<sup>22</sup>.

Frente a la anterior duda en cuanto a la posición jurisprudencial, debe tenerse en cuenta que en el artículo 13.3 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, modificado por el artículo 6º de la ley 1285 de 2009, quedó absolutamente proscrita la posibilidad de que el Estado pacte reglas de procedimiento, sea directamente (arbitraje independiente) o mediante la referencia a las reglas de un centro de arbitraje (arbitraje institucional), de tal manera que a partir de la mencionada ley queda claro que el arbitraje de los contratos públicos siempre será arbitraje legal, lo cual resulta corroborado con la interpretación de la Corte Constitucional sobre la citada norma<sup>23</sup>.

El segundo límite que aparece se refiere a la **arbitralidad objetiva o razione materiae**, esto es, a los asuntos respecto de los cuales pueden ser competentes los tribunales de arbitramento. Este límite se refiere a la incompetencia de los árbitros para pronunciarse respecto de la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de potestades excepcionales.

---

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2001 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1º de agosto de 2002, expediente 21.041, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-174 de 2007.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2008.

En efecto, según es comúnmente aceptado, no toda clase de conflictos pueden ser sometidos al conocimiento de un tribunal de arbitramento. De esta manera, para que la justicia arbitral pueda conocer de un litigio, es necesario que el mismo sea susceptible de ser transigido, por lo cual no puede conocer de materias relacionadas con el estado civil de las personas<sup>24</sup> ni con los derechos mínimos de los trabajadores<sup>25</sup>.

De esta manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado, de antaño, no ha considerado transigible la legalidad de los actos administrativos proferidos por la Administración en ejercicio de los poderes derivados de las llamadas cláusulas exorbitantes<sup>26</sup>. En vigencia del actual Estatuto General de Contratación de la Administración Pública colombiano, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que, en virtud de los principios de innegociabilidad de las potestades públicas y de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, los tribunales de arbitramento no son competentes para conocer, ni directamente mediante una pretensión de nulidad ni indirectamente mediante una pretensión que implique necesariamente el estudio del acto, sobre la legalidad del ejercicio de poderes exorbitantes, pues la configuración constitucional de la administración de justicia, reserva a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha competencia<sup>27</sup>.

Esta prohibición de conocer sobre la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se ha ejercido una potestad excepcional (modificación, interpretación y terminación unilaterales, así como caducidad administrativa del contrato), también ha encontrado respaldo en la H. Corte Constitucional, quien declaró constitucional la norma que autoriza el arbitraje en los contratos públicos, con el condicionamiento de que "los árbitros nombrados

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencia C-242 de 1997.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencia C-330 de 2000.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de noviembre de 1977, expediente 2.356, C.P.: Jorge Valencia Arango.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 23 de febrero de 2000, expediente 16.394, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, y de 8 de junio de 2000, expediente 16.973, C.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Más recientemente, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 34.302, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”<sup>28</sup>.

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<sup>29</sup>.

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.

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

---

<sup>28</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1436 de 2000.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 4 de julio de 2002, expediente 19.333, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, y de 11 de marzo de 2004, expediente 25.021, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

para conocer de los conflictos económicos derivados de un acto administrativo, pero no lo eran para conocer sobre su legalidad<sup>30</sup>. 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<sup>31</sup>.

Finalmente, en este aspecto, debe hacerse notar que a diferencia de lo que ocurre con los actos administrativos, con fundamento en los artículos 20 del Decreto 2651 de 1991 y 116 de la Ley 446 de 1998, puede concluirse que los tribunales de arbitramento sí son competentes para conocer sobre conflictos relacionados con la legalidad de los contratos y de sus cláusulas contractuales, especialmente con base en las nulidades absolutas, situación que ha recibido el respaldo de la jurisprudencia constante del H. Consejo de Estado colombiano, quien también ha expresado que dicha situación es transigible y, por lo mismo, susceptible de ser conocida por un tribunal de arbitramento<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, expediente 5.326, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de febrero de 2000, expediente 16.394, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, autos de 14 de agosto de 2003, expediente 24.344, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, y sentencias de 14 de abril de 2005, expediente 25.489, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, y de 25 de noviembre de 2004, expediente 25.560, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.