

**La transigibilidad en actos administrativos contractuales como garantía de seguridad
jurídica del arbitraje estatal.**

Monografía como Opción de Grado Maestría en Derecho Administrativo

Jessica Milena Diagama Amador

Proyecto de investigación presentado a:

Dr. Fernando Moreno González.

Profesor



**Universidad Libre
Instituto de Posgrados
Facultad de Derecho
Bogotá D.C.
2021**

Agradecimientos.

A todas aquellas personas que hicieron valiosos aportes en el presente trabajo de investigación

Dedicatoria.

A Pedro, Ofelia y Cecilia, de vida ausentes, pero siempre presentes

Tabla de contenido.

Introducción	6
Capítulo 1 Materialización del principio de seguridad jurídica en laudos arbitrales.	13
1.1 laudos arbitrales Cámara de Comercio de Bogotá	13
1.2. Posturas del Consejo de Estado.....	20
1.3 Posiciones de la Corte Constitucional	32
Capítulo 2 La Transigibilidad al derecho público como limitante.....	38
2.1 Concepto de transigibilidad, disponibilidad y arbitrabilidad objetiva.....	40
2.2 Transigibilidad en el derecho comparado - arbitraje internacional.	46
2.3 Principios relacionados: Juez natural y seguridad jurídica.	49
Capítulo 3 Reinterpretación de la transigibilidad	59
3.1 Juez competente de conocer sobre legalidad de actos administrativos, excepciones a la jurisdicción contencioso-administrativa	59
3.2 Aplicación de la propuesta: test de balanceo.	70
3.3. Ampliación hacia nuevas arbitrabilidades, arbitraje tributario.	76
Conclusiones.....	78
Referencias	81

Índice de tablas

Tabla 1: <i>Jurisprudencia sobre Inexistencia de competencia arbitral</i>	26
Tabla 2 : <i>Jurisprudencia sobre Inexistencia de competencia arbitral restrictiva</i>	29
Tabla 3: <i>Jurisprudencia sobre competencia arbitral ante cláusulas excepcionales en contratos estatales</i>	31
Tabla 4: <i>Jurisprudencia sobre Inexistencia de competencia arbitral</i>	35
Tabla 5: <i>Jurisprudencia sobre Inexistencia de competencia arbitral restrictiva</i>	36

Introducción

Colombia como un Estado social de derecho, desde la Constitución política de 1991 habilitó a los árbitros para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determinara la ley. Esto quiere decir que en la actualidad los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia y ejercer dicha función jurisdiccional. Sin embargo, el árbitro no es funcionario judicial, es decir, está habilitado por las partes por un pacto arbitral que puede ser una cláusula compromisoria o un compromiso. La función arbitral es de naturaleza heterocompositiva, y es considerada como un mecanismo alternativo de solución de conflictos. En el derecho privado, de donde nace el arbitraje, es asimilado al contrato de transacción que conlleva a que se puede hacer referencia a la transigibilidad como un requisito previo para acudir al arbitraje.

Conforme a lo anterior, debe destacarse que, en los contratos celebrados con entidades públicas, el Estado tiene todas las facultades y prerrogativas para incluir estas cláusulas arbitrales. De hecho, se consagran en los pliegos tipo que son modelos de contratación estatal obligatorios en la mayoría de los casos. Siguiendo con esto, y desde el planteamiento en el que actualmente no existe una reglamentación que prohíba expresamente el conocimiento de los actos administrativos contractuales en tribunales de arbitraje, esto porque no hay una limitación constitucional y el precedente jurisprudencial prohibitivo se basa en disposiciones derogadas del estatuto de la contratación pública, se pretende abordar si la introducción del concepto de transigibilidad en los actos administrativos contractuales proferidos en uso de las facultades excepcionales de la administración, contribuiría a superar el precedente fallido frente a tribunales arbitrales.

La manera en que ha evolucionado esta concepción va desde tesis restrictivas hasta tesis de avanzada que permiten conocer los efectos económicos de los actos administrativos contractuales dictados en ejercicio de las facultades exorbitantes con las que cuenta el Estado en una relación contractual, de ahí que se haga énfasis en la necesidad de brindarle seguridad jurídica a los usuarios del arbitraje en el país, incluyendo al inversionista extranjero, por lo que se pretende tratar la vulneración al principio de seguridad jurídica en tribunales de arbitraje en los que una de sus partes es una entidad estatal por interpretaciones disímiles que conllevan anulación de laudos arbitrales.

Es así como el objetivo general del presente trabajo de investigación gira en torno de la interpretación del concepto de transigibilidad en los actos administrativos a partir de las dinámicas sociales y económicas a favor de la seguridad jurídica de los laudos arbitrales que conocen de actos administrativos contractuales dictados en uso de las facultades excepcionales de la administración, desde un enfoque economicista y haciendo uso del paradigma metodológico cualitativo, siguiendo el método deductivo y utilizando fuentes documentales. Como objetivos específicos dentro de la presente investigación en primer lugar se pretende demostrar las falencias en la materialización del principio de seguridad jurídica en laudos arbitrales que involucran la arbitrabilidad de actos administrativos contractuales proferidos en uso de las facultades excepcionales de la administración. En segundo lugar, explicar la funcionalidad de la transigibilidad como limitante del arbitraje en los actos administrativos contractuales expedidos con facultades excepcionales a partir de la seguridad jurídica reputable de un laudo arbitral con la participación de una entidad estatal. Y por último desarrollar la posibilidad de introducir el concepto de transigibilidad a los actos administrativos contractuales expedidos en uso de las facultades excepcionales de la administración a partir de la interpretación de los hechos sociales y dinámicas económicas

para la superación del precedente fallido en tribunales arbitrales y asegurar la eficacia de los mismos.

Lo anterior se plantea debido a que tanto jurisprudencial como legalmente se ha establecido que los tribunales de arbitramento tienen restricciones al no poder pronunciarse sobre la legalidad de los actos que se emiten dentro de una relación contractual en uso de las facultades exorbitantes del Estado. Sin embargo, se indica que en ocasiones al evaluar la carga económica de un acto se incide directamente sobre los efectos del mismo, aún más cuando su contenido sea netamente patrimonial.

La Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 116 habilita a que los particulares puedan ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos que determine la ley, es decir, autoriza de manera general el uso del arbitraje en Colombia. De igual manera la ley 80 de 1993 permite el uso de cláusulas compromisorias en los contratos estatales, no obstante, la Corte Constitucional en el año 2000, por medio de un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del artículo 70 de dicha disposición, indica que los tribunales de arbitraje no pueden pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos, como los que declaran la caducidad, terminación, modificación, interpretación de un contrato estatal, pues, “en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública” (C.C., Sentencia C 1436/00, Colom.).

Por otro lado, el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2011, en su artículo 141 contentivo de las controversias contractuales, indica que cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, implica entonces esta afirmación que como se trata de un asunto del que puede conocer una autoridad judicial,

también puede ser tratado por un tribunal de arbitraje al no existir una limitación legal expresa, aunque la ley 1682 de 2013 en su artículo 14 literal C indica que los árbitros no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.

De igual manera, a modo de ejemplo relevante se pueden encontrar el caso Telefónica Móviles de Colombia S.A contra ETB, anulado por un fallo de tutela en la sentencia T-058-09, caso en el cual los árbitros estimaron tener competencia sobre la legalidad de algunos actos administrativos de carácter particular, en este caso, resoluciones de la Comisión de Regulación de Comunicaciones; el precedente referido, se contrapone al caso anulado por el Consejo de Estado en el año 2012 al encontrar que los árbitros no se pronunciaron sobre todos los puntos debido a que ellos no se consideraron competentes para pronunciarse sobre la legalidad de estos actos.

De lo anterior puede concluirse que hay una colisión legal y jurisprudencial, lo que implica un detrimento en la seguridad jurídica de laudos arbitrales que acojan alguna postura, pues estos pueden ser anulados en términos de la ley 1563 artículo 41 numeral 9, puesto que en términos de cifras, desde la entrada en vigencia de la ley 1563 de 2012, según un reporte de la Cámara de Comercio de Bogotá del año 2021, se han proferido 806 laudos, de los cuales, vía recurso de anulación, han pasado a conocimiento del Consejo de Estado 323 laudos, en vía de acción de anulación, y vía acción de tutela esta cifra es de 75 laudos, es decir que aproximadamente 402 laudos han sido objeto de impugnación, ya sea con el recurso de anulación o por acción de tutela.

Todo lo anterior será revisado desde la siguiente pregunta de investigación ¿La introducción de una nueva interpretación del concepto de transigibilidad en los actos

administrativos contractuales proferidos en uso de las facultades excepcionales de la administración favorece la aplicación del principio de seguridad jurídica en los laudos arbitrales que conocen de actos administrativos dictados en uso de las facultades excepcionales de la administración?

Vale la pena advertir que una de las razones por la que se piensa en la arbitrabilidad de actos administrativos contractuales expedidos en uso de facultades excepcionales de la administración tiene que ver directamente con la inversión extranjera en nuestro país, puesto que el hecho de que las empresas extranjeras prefieran hacer uso de una justicia más rápida y efectiva dentro de los términos del arbitraje genera confianza de inversión; sumado a que en este momento las directrices de la contratación estatal en Colombia indican la necesidad de pactar en la mayoría de contratos las cláusulas compromisorias de arbitraje, lo que significa que a gran escala este problema significa la acumulación de más procesos para el conocimiento del juez contencioso en recurso de anulación, yendo en contravía de la celeridad reportada de un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

De ahí que se tenga como objetivo explicar la interpretación del concepto de transigibilidad o disponibilidad sobre los actos administrativos contractuales dictados en uso de las facultades excepcionales de la administración a partir de las dinámicas sociales y económicas a la luz del derecho público por medio del análisis legal y jurisprudencial en favor de la seguridad jurídica y eficacia de los laudos arbitrales para la superación del precedente fallido en las Altas Cortes.

La presente investigación se abordará desde el enfoque jurídico economicista debido a que la finalidad de abordar la problemática es la de contribuir a que el derecho logre convocar un beneficio en la confianza de los inversionistas extranjeros en Colombia, y, de

otra parte, facilitar el desarrollo de la justicia arbitral en el país; es decir, se está haciendo uso de instituciones propias del derecho como instrumento para la mejora de ciertos procesos sociales y económicos.

De igual manera, la presente investigación se desarrolla dentro de las llamadas jurídicas, esto, siguiendo la definición propuesta por Odar, quien entiende este tipo de investigación como “aquella en donde se estudia a las estructuras del derecho objetivo –o sea la norma y el ordenamiento jurídico normativo- por lo que se basa esencialmente en las fuentes formales del derecho objetivo” (2016, p.3). Conforme con lo anterior, se seguirá bajo un enfoque economicista en concordancia con los postulados de (León, 2018, p.32), al indicar que con este enfoque se pretende “contribuir a que el derecho logre convocar un beneficio en la confianza de los inversionistas extranjeros en el país, el derecho como instrumento para la mejora de ciertos procesos sociales y económicos”. A su vez, el alcance de la investigación es proyectiva debido a que propone solución a futuro, por cuanto consiste en “la elaboración de una propuesta como solución a un problema o necesidad de tipo práctico, a partir de un diagnóstico preciso de las necesidades del momento, los procesos explicativos o generadores involucrados y de las tendencias futuras” (Hurtado, 2010).

Partiendo de un paradigma metodológico cualitativo frente al objetivo de construir conocimiento desde el análisis propio, el método a utilizar en la presente investigación es el inductivo-deductivo debido a la necesidad de partir de un estudio de numerosos casos particulares, que permitan llegar a determinadas generalizaciones empíricas que a su vez constituirán puntos de partida para inferir o confirmar las formulaciones teóricas del planteamiento hipotético ya realizado. (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010), por lo que la herramienta o técnica de investigación a utilizar será una matriz de procesamiento y

análisis de información, lo que nos lleva a la utilización de una fuente documental debido a que la finalidad de esta investigación requiere partir de un diagnóstico que se encuentra plasmado en las diferentes fuentes documentales, tales como sentencias y laudos arbitrales, aplicación de tratados internacionales, jurisprudencia vigente, y análisis de derecho comparado buscando en dichas fuentes la utilización o no del concepto de transigibilidad para el caso de decisiones que involucren legalidad de actos administrativos contractuales expedidos en ejecución de facultades excepcionales de una entidad estatal desde la ley 80 de 1993.

Conforme a lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta un enfoque desde el pluralismo jurídico y a partir de una relación interdisciplinar, derecho-economicismo jurídico, analizando los factores sociales que inciden en los cambios de paradigma a través de herramientas dentro del marco de una investigación cualitativa, tales como el método sistémico de análisis que se compila en distintas matrices analíticas contentivas de laudos arbitrales, jurisprudencia nacional y aplicación de tratados internacionales en decisiones judiciales, dispuestas para abordar el problema de eficacia, entendida esta última, en términos de Parejo, como la consecuencia o materialización en la realidad de los fines u objetivos de las prácticas arbitrales en el país (1989, p.20). todo lo anterior con la finalidad de demostrar una interpretación errónea de la legislación nacional, que conlleve a una reinterpretación del concepto de transigibilidad.

Capítulo 1 Materialización del principio de seguridad jurídica en laudos arbitrales.

1.1 laudos arbitrales Cámara de Comercio de Bogotá

El artículo 116 de la Constitución Política de Colombia permite una práctica arbitral abierta, indicando que es el legislador quien determina cómo se va a desarrollar la permisión descrita. A partir de esta habilitación, la ley 80 de 1993 en su artículo 70 (derogado por la ley 1563 de 2012) establecía la facultad de pactar cláusulas de arbitraje en los contratos estatales en general, es decir, en esta disposición tampoco se limitó de alguna manera la práctica; idea que viene a ser reiterada en la ley 270 de 1996, “estatutaria de la administración de justicia” porque si bien interpuso la limitación hacia los asuntos susceptibles de transacción, no estableció expresamente de que asuntos se trataba, entonces vuelve a hacer una remisión al legislativo. Siguiendo con esta línea se puede afirmar que hasta ese momento legislativamente no existían fundamentos para la restricción de la práctica arbitral respecto a los actos administrativos contractuales expedidos con ocasión de una facultad excepcional. En el año 2000 el pronunciamiento C-1436 de la Corte Constitucional, al hacer un juicio de constitucionalidad mencionado artículo 70 de la ley 80 de 1993, declaró al mismo exequible pero lo condiciona en la medida en que prohibió a los tribunales de arbitraje pronunciarse sobre los actos administrativos que se emitían con ocasión de un contrato estatal en uso de los poderes excepcionales, idea que es reiterada jurisprudencialmente y recogida por la ley 1682 de 2013 en su artículo 14 literal C, al indicar que los tribunales de arbitraje carecen de competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos mencionados con anterioridad.

De manera general, el fundamento de las prácticas arbitrales en el país se puede encontrar en la habilitación que hace la Constitución Política en el artículo 116 tal como se

mencionó; la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos tiene su razón de ser en que la justicia estatal no siempre resulta efectiva, y se busca descongestionar el aparato judicial, como lo ha afirmado la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, resulta necesario indicar que dichos mecanismos son equivalentes funcionales de la justicia estatal, como lo indica la sentencia C-160/99. Pero la misma Corporación tiene pronunciamientos que van en contravía de esta postura, como es el caso de la sentencia T-057 de 1995 que indica que no todo asunto competencia de los jueces ordinarios puede ser traslado a los árbitros. Complementada dicha contradicción por leyes tales como la ley 734 de 2002, que asimila la función del árbitro a la de un juez al interponer sanciones proporcionales en ejercicio de sus funciones, y en segundo lugar leyes tales como, la ley 1285 de 2009 que amplía la lista de facultados para hacer uso de los MASC, se puede afirmar que normativamente la función arbitral es semejante a la función jurisdiccional permanente, al legislativamente.

Al realizar un examen de la regularidad en la seguridad jurídica respecto al arbitraje de los actos administrativos contractuales, la tensión se presenta por la existencia de varias tesis jurisprudenciales tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, tal es el caso de los pronunciamientos de la tesis más restrictiva como lo son las sentencias T-058/09 por parte de la Corte Constitucional y la sentencia del 6 de junio de 2013 con radicado 45922 del Consejo de Estado, casos en los cuales es nula la posibilidad de conocer la legalidad de los actos administrativos contractuales. En la segunda tesis menos restrictiva se expone que si bien es cierto los tribunales no pueden pronunciarse respecto la legalidad de los actos administrativos, los tribunales de arbitraje sí pueden regular las consecuencias económicas de la aplicación de las cláusulas exorbitantes en los contratos; se encuentra esta postura en sentencias como la SU-174/07 y la del 31 de octubre de 2016 con radicado 57.422 por parte

del Consejo de Estado. Sin embargo, a pesar de la existencia de esta última tesis, el estatuto de arbitraje nacional e internacional, ley 1563 de 2012, no soluciona la ambigüedad jurisprudencial puesto que en su artículo 1 se limitó a indicar que cuando una entidad hace uso de las facultades excepcionales dentro de una relación contractual el laudo va a proferirse en derecho, no limitando o permitiendo expresamente el pronunciamiento sobre la legalidad de los mismos.

Las facultades excepcionales con las que cuentan las entidades estatales al celebrar un contrato con un particular para el cumplimiento de los fines propuestos desde la misma Constitución, tal como se establece en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, limitándose a aquellos que ordenen la terminación, interpretación, modificación y caducidad, existen en razón de la debida prestación de un servicio público, como lo afirma el Consejo de Estado. La administración tiene la potestad de dirigir la ejecución de los contratos, puesto que de no intervenir se podría afectar la ejecución en la prestación del servicio público, como es el caso en el que aún sin pactarse, se entenderán incluidas dentro de los contratos regidos por la ley 80 de 1993, sin embargo la inclusión de estas cláusulas es taxativo, y solamente autorizado para los casos previstos en la ley 80 de 1993. Conforme a ello, sí se encuentran delimitados los actos administrativos sobre los cuales se debaten las diferentes posturas jurisprudenciales.

Ahora bien, respecto a cómo se ha venido desarrollando la presunción de legalidad de los actos administrativos, vale la pena resaltar que a pesar de la existencia de una disposición constitucional que declara que es la jurisdicción de lo contencioso quien está llamada a conocer de la legalidad de los actos administrativos, tal como se expresa en el artículo 238, reiterado en la ley 1437 de 2011, o Código de Procedimiento Administrativo y

Contencioso Administrativo, jurisprudencialmente se han desarrollado dos mecanismos capaces de romper con la legalidad de los actos administrativos y abrogar la competencia del conocimiento de los asuntos a otras jurisdicciones, tal como lo son el ejercicio de la acción de tutela y la acción de grupo. En estos dos casos la Corte Constitucional se ha declarado competente para resolver controversias y dejar sin efectos actos administrativos, con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable

Por todo lo anterior, se puede afirmar que la tensión presentada resulta ser un problema de eficacia en la aplicación los MASC en Colombia, ya que el Constituyente de 1991, hizo la previsión de permitir el uso de mecanismos alternos de justicia como herramientas que le brindan más alternativas al ciudadano para la resolución de sus conflictos. Conforme a esto, se evidenció que la cláusula constitucional no impuso restricciones al ejercicio del arbitraje y la legislación anterior a la expedición de la sentencia C-1436 del 2000 tampoco lo hizo, de ahí que resulte necesario permitir en arbitraje integral de los actos administrativos; no solo por la exigencia de ambientar las prácticas con las prácticas globales y brindar seguridad jurídica, sino también con la necesidad de actualizar los pronunciamientos constitucionales, pues como se indicó con anterioridad la base de la postura jurisprudencial predominante en este momento se da con ocasión de un pronunciamiento constitucional en el año 2000 de normas que en la actualidad se encuentran derogadas por la ley 1563 de 2012.

Teniendo en cuenta que el objetivo del presente acápite es demostrar las falencias en la materialización del principio de seguridad jurídica en laudos arbitrales que involucran la arbitrabilidad de actos administrativos contractuales proferidos en uso de las facultades excepcionales de la administración. Vale la pena comenzar destacando la importancia del

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en cuanto a la emisión de laudos arbitrales con entidad estatal, siendo este centro uno de los más importantes en el país. Su actividad en cifras puede revisarse según estadísticas recientes del centro de arbitraje y conciliación (CAC) que viene funcionando desde 1983 con el servicio de arbitraje nacional. Conforme a esto, se hizo una revisión del periodo de tiempo comprendido entre 2015 y 2021, en donde se radicaron 340 demandas al año, sin embargo, para relevancia del presente trabajo de investigación, se hará hincapié en que un tercio de dichas demandas corresponde a demandas con naturaleza administrativa -entiéndase, con participación de una entidad estatal o particular con funciones administrativas-, superadas apenas por las solicitudes de arbitraje en temas comerciales de mayor cuantía. (Cámara de comercio de Bogotá, 2021, p.16)

De igual manera las cifras del CAC indican un crecimiento en el número de demandas radicadas a través de los años en la especialidad administrativa, siendo el tema más reiterado el de controversias relativas a contratos de concesión; sin embargo, también se destaca que no sólo en materia administrativa hay intervención de partes públicas, puesto que la especialidad más concurrida con la intervención de parte pública es en la especialidad civil y/o comercial y en conflictos surgidos en contratos de infraestructura (Cámara de comercio de Bogotá, 2021, p.41). En palabras del CAC “Es notorio el posicionamiento del Centro de resolución de controversias en las materias administrativo, infraestructura pública y seguros”

Conforme a lo anterior las materias relacionadas con conflictos administrativos más relevantes son el desacuerdo en la liquidación del contrato y el desacuerdo de las partes por las calidades del producto o servicio, tipología de conflictividad identificada, incumplimiento de los deberes contractuales, pago de perjuicios, terminaciones de contrato, y el incumplimiento en el pago o en la entrega del bien o servicio.

Los contratos de obra pública y de concesión, que son el principal objeto de arbitraje con entidad estatal, tienen como necesidades jurídicas insatisfechas, por ejemplo, el desacuerdo por la calidad de los materiales, desacuerdos con los diseños de la obra, insatisfacción con la calidad de la obra, insatisfacción con los términos en los que se liquidó el contrato, entre otros.

Ahora bien, siguiendo con el planteamiento del problema jurídico del presente trabajo, resulta importante resaltar que, tal como se venía exponiendo, hay una gran cantidad de laudos emitidos en el país en donde una de las partes era una entidad pública, que dentro de las mismas especialidades, resulta necesario no solo tener en cuenta la ley 1563 de 2012 o el estatuto arbitral sino que también resulta necesario el conocimiento sobre la ley 1682 de 2013, “por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte”. Conforme a las anteriores afirmaciones se justifica la delimitación hecha solamente revisando los laudos proferidos por la CAC de la Cámara de Comercio de Bogotá, ya que, en cuanto a controversias surgidas de su anulación por parte del Consejo de Estado, se encuentra que los recursos extraordinarios de anulación que prosperaron a la fecha ante el Consejo de Estado son 27, y aunque parezca una cifra pequeña, sí puede afirmarse que las implicaciones de la anulación de un laudo son altamente perjudiciales para el desarrollo de la administración de justicia en el país.

En primer lugar, porque “el arbitraje es un procedimiento de única instancia y el laudo no es susceptible de los recursos ordinarios, por lo que adquiere efectos de cosa juzgada desde el momento en que se profiere, empero, se pueden formular dos recursos de carácter extraordinario, a saber: el de revisión y el de anulación”. (Rivera & Guarín, 2014, p. 16). Ya lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia que “Por esta vía no es factible revisar las cuestiones de fondo, que contenga el laudo ni menos aún las apreciaciones críticas, lógicas o históricas

en que se funda en el campo de la prueba, sino que su cometido es el de controlar el razonable desenvolvimiento de la instancia arbitral” (CSJ, Sentencia SR-175-2005, Col)

Por consiguiente, “si el recurso de anulación contra el laudo arbitral se encamina a corregir irregularidades de la actividad exclusivamente procesal que tengan la virtualidad de anular el proceso, y no a rectificar las de índole intelectual, habida cuenta que por ese mecanismo no es procedente proferir una nueva decisión por carecer de segunda instancia, no es viable volver a examinar la cuestión de fondo, dado que los árbitros fallan inapelablemente sin que pueda abrirse paso a una valoración diferente de las pruebas para determinar si hubo o no error de derecho o de hecho en su apreciación, pues, se itera, las causales de anulación sólo apuntan al aspecto procedimental para corregir errores *in procedendo*, por tratarse de un recurso diseñado para preservar el procedimiento.” (T. Sup, Sentencia 38601-2007, Col.)

De tal manera que cuando se anula un laudo arbitral, si se quiere dar solución efectiva al conflicto en cuestión, tiene que hacerse uso de las vías ordinarias iniciando un proceso desde cero, con las implicaciones en tiempo, dinero, y caducidad o prescripción según sea el caso, por eso la importancia de velar por una rigurosa observancia de la seguridad jurídica en los tribunales de arbitraje.

Por otra parte, también resulta que los casos más importantes de controversias surgidas por el conocimiento de la legalidad de actos administrativos exorbitantes representan una alta tasa de cifras de laudos anulados, y aun así, en todo caso, pareciera que en la mayoría de recursos de anulación de actos administrativos presentados en los últimos años ante el Consejo de Estado se alega la configuración de la causal novena de anulación del laudo arbitral, la cual indica lo siguiente: “ 9) haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido

sobre cuestiones sujetas al arbitramento” (Ley 1563 de 2012, art 41, *Col.*) Esta disposición resulta trascendental para el desarrollo del trabajo de investigación, tal como se tratará o con posterioridad, puesto que justamente esta causal permite argumentar que los árbitros conocieron la legalidad de actos administrativos para los cuales no tenían competencia.

Según lo que se ha venido exponiendo en el presente acápite, se puede concluir que resulta importante entender que hay sustento en cifras que permiten indicar la necesidad de generar seguridad jurídica hacia los laudos arbitrales, sobre todo en la especialidad administrativa ya que tiene un amplio desenvolvimiento frente a tribunales de arbitraje.

1.2. Posturas del Consejo de Estado

Desde la expedición de la Constitución de 1991 existe una habilitación amplia hacia la función arbitral consagrada en el artículo 116. De igual manera la ley 80 de 1993, conocida también como el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no consagra restricción para los árbitros acerca del conocimiento de la legalidad de actos administrativos contractuales, indistintamente de si eran expedidos con facultades exorbitantes o no.

Por lo tanto, resulta importante exponer el estado de las cosas antes de la limitación jurisprudencial hecha en el año 2000 por parte de la Corte Constitucional siguiendo tendencias del Consejo de Estado, siendo entonces como se encuentran los siguientes antecedentes. Sin embargo, “resulta ilustrativo mirar cómo, aún con anterioridad a la expedición de los Decretos Leyes 150 de 1976 y 222 de 1983, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, tuvieron oportunidad de pronunciarse al respecto.”

Así por ejemplo, la primera de esas Corporaciones, en fallo del 24 de octubre de 1957, al establecer la incompatibilidad de las cláusulas compromisorias y de caducidad, manifestó en providencia del 5 de septiembre de 1968, y en concepto del 23 de mayo de 1977 radicado

bajo el número 1143, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al referirse a la regulación que del arbitramento consagraba el Decreto 150 de 1976, expuso: “la aplicación de las cláusulas de caducidad y sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral”, en auto del 2 de noviembre de 1977, la Sección Tercera de esta Corporación, clara y expresamente puntualizó:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en el sentido de que dicha cláusula (la compromisoria) no puede derogar la competencia de la jurisdicción contencioso - administrativa para conocer de las controversias que surjan con motivo de la cláusula de caducidad y de las restantes cláusulas exorbitantes, como son las que autorizan a la administración a imponer unilateralmente multas por incumplimiento”. (CE, Radicación núm. 2356, *Col.*)

Luego de revisar estos pronunciamientos anteriores a la Constitución del 91, vale la pena comenzar con el análisis de, en primer lugar, el fallo del Consejo de Estado del día 15 de mayo de 1992 con ponencia de Daniel Suarez Hernández y radicación número 5326; en este pronunciamiento, la Sala, sostuvo que “si bien el juzgamiento de la legalidad de los actos administrativos de naturaleza contractual estaba reservado a la jurisdicción contencioso administrativa, lo mismo que el atinente a sus efectos jurídicos, las partes podían válidamente atribuir competencia a los jueces arbitrales para conocer de las consecuencias económicas de dichos efectos”, en los siguientes términos:

“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, mas no las consecuencias

económicas de dichos efectos. Puesto que una cosa es alegar que no puede arbitrarse sobre la caducidad o la terminación, y, que el efecto de estas declaraciones sea el que deba proceder a la liquidación del contrato (lo que sí puede hacer la administración), y otra muy distinta atinar que ese efecto comporte que el contratista debe pagar determinada suma en que la administración estima perjuicios causados con el incumplimiento o lo que el contratista sale a deberle por la liquidación del contrato” (CE, Sentencia 5326/1992, *Col.*)

Sin embargo, en sentencias de junio 16 de 1997 y del 6 de noviembre del mismo año, la Sala precisó que no es posible que, en forma concurrente, el juez administrativo y el juez arbitral puedan conocer y decidir sobre una misma materia. Al respecto dijo: “Al tratar el tema de la caducidad de los contratos en relación con el arbitramento; allí se afirmó que la declaratoria de caducidad y sus efectos no es susceptible de conocimiento de los jueces arbitrales.” (CE (Sentencia 2000-1697,*Col.*). Si bien contra este fallo está pendiente resolverse un recurso extraordinario de súplica de conformidad con el art. 130 del C.C.A., antes de la reforma de la ley 446 de 1998, la tesis expuesta en la providencia recurrida, según la cual, la justicia arbitral no puede juzgar ni la legalidad de los actos administrativos, ni la de sus efectos, no fue materia de dicho recurso.

Es decir, al menos en el Consejo de Estado antes de la expedición de la sentencia hito C-1436 de 2000 existían dos posiciones, la primera que sostiene la facultad de los árbitros para conocer los efectos económicos de los actos administrativos expedidos con uso de las facultades exorbitantes, y la segunda que se da luego de la expedición de la ley 80 de 1993 y que sostenía que no se puede conocer nada en absoluto respecto a actos administrativos contractuales en general, incluyendo los expedidos con esas facultades, es decir, las que trae

el artículo 14 de la ley 80 de 1993; siendo esta última postura, tal como se vió, la que primaba antes de 1991 y que trataba principalmente la cláusula de caducidad.

Para comenzar a hacer un análisis de las diferentes posturas de las cortes de cierre frente a la arbitrabilidad de los actos administrativos expedidos en uso de las facultades excepcionales con las que cuenta la administración en medio de una relación contractual, habrá que comenzar desde una línea base que es planteada por las sentencias hito, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, debido a que a partir de estas sentencias se abre paso a la existencia de la limitación actual que se ha venido exponiendo en el presente trabajo.

Así las cosas, se pueden ubicar las sentencias del Consejo de Estado del 23 de febrero y 8 de julio del año 2000 como hitos en esta Corporación, incluso se puede afirmar que son un precedente a la sentencia de constitucionalidad C-1436 del 2000 de la Corte Constitucional y que resulta ser entendida esta última como el fallo guía que llena vacíos normativos y que configura la base de la limitación actual.

En las sentencias del año 2000, el Consejo de Estado hace una exposición de los alcances y límites de la justicia arbitral frente a la decisión sobre recursos de anulación de laudos fundamentados en haber recaído en puntos no sujetos a la decisión de los árbitros, resultado de este análisis que realiza el Consejo puede establecerse la primera postura, que se llamará en adelante tesis de competencia nula.

La postura inicial expone la inexistencia de competencia arbitral para conocer sobre cualquier acto administrativo contractual tanto en sus efectos legales como económicos, es decir, por medio del arbitraje no le sería posible a los árbitros emitir un laudo que deje sin efectos un acto administrativo contractual o expedido con las facultades dadas desde el artículo 14 de la ley 80 de 1993 en medio de una relación contractual, esta postura tiene como

bases argumentativas el principio de innegociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, de la indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos así como la no transigibilidad de los conflictos suscitados en estos escenarios.

Pueden ser resumidos los argumentos de estos fallos en los siguientes puntos, el primero es la implicación del ejercicio de las potestades públicas por parte de la administración, siendo esta indelegable e intransferible por lo tanto no negociables ni transigibles porque constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado, entonces bajo esta postura se aboga por la exclusividad absoluta del contencioso administrativo.

De igual manera el principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, a partir del reconocimiento de la función administrativa como aquella destinada a la protección de intereses públicos, que se manifiesta con la intención de producir consecuencias jurídicas; por lo tanto, dichos actos gozan de ejecutoriedad, ejecutividad y presunción de legalidad. Entonces, desde la lógica de que los actos de la administración pueden ejecutarse sin necesidad de acudir a instancias judiciales, el Consejo indica que su legalidad no puede juzgarse por un particular investido con la función de administrar justicia, sino que debe darse por el juez natural, es decir, el juez contencioso administrativo.

Por otra parte, la atribución de poderes jurídicos a los árbitros como efecto de derecho público opera por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes, pues si bien las partes dan el modo para que se produzca la habilitación, no la producen ellas mismos mediante declaraciones de voluntad, es decir el ordenamiento legal no autoriza a los árbitros para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos que se produzcan con ocasión de la relación contractual, se entiende entonces que por ello son asuntos no sujetos a transacción. También se trata el rompimiento de la continencia de la causa en el caso en que puedan

producirse decisiones contradictorias justamente por reconocer que los tribunales de arbitramento conocerán de la legalidad de actos administrativos, en este sentido el Consejo afirmó lo siguiente:

“Jurídicamente es imposible admitir que tanto la jurisdicción contencioso administrativa, como el Tribunal de Arbitramento, puedan tener competencia simultánea para conocer y decidir acerca de la legalidad de un acto administrativo y los efectos de éste que sean transigibles. Entender lo contrario, implicaría el fraccionamiento de la función jurisdiccional, en asuntos de orden público regulados por la Constitución y la Ley, las cuales resultarían violentadas, a la vez que, simultáneamente coexistirían decisiones que podrían ser contradictorias” (CC, Sentencia C-1436/00, Col).

Es decir, que de admitirse que un juez pueda pronunciarse sobre los efectos del acto administrativo y otro sea el que juzgue la legalidad del mismo, se escindiría de la continencia de la causa, y la forma de resolver esto se da a partir del reconocimiento pleno de conocimiento de la legalidad de los actos administrativos contractuales al consejo de Estado, apartándose del precedente del año 1992 y dándole completa competencia a la jurisdicción contenciosa, evitando una posible decisión contradictoria sobre un mismo punto.

Siguiendo esta postura de competencia nula del Consejo de Estado frente a la inexistencia de competencia arbitral para conocer de la legalidad de cualquier acto administrativo contractual. se tiene la sentencia del 6 de junio de 2013 con ponencia de Jaime Orlando Santofimio, en dicho pronunciamiento el Consejo de Estado apoya la parte considerativa del laudo objeto de estudio, “El Tribunal considera que el acto administrativo, en sí mismo visto, no puede ser materia de pronunciamiento por parte de este Tribunal arbitral en lo que concierne con su validez, por estar reservada a la autoridad jurisdiccional

contencioso administrativa correspondiente.” (CE, Sentencia 2013/45922, Col.) En este caso, el Tribunal al hacer un estudio sobre estas pretensiones resuelve que carece de competencia para conocer y pronunciarse sobre las que implican hacer un análisis y decidir sobre la validez de un acto administrativo, cuestión reservada a la jurisdicción de los Contencioso Administrativo, resolviendo declarar infundado el recurso extraordinario de anulación que propuso la parte convocante.

En ese sentido, y como se verá más adelante, la postura del Consejo de Estado para esa época era diferente, por lo que el pronunciamiento se aparta de la línea manejada en ese momento al no dejar en claro la postura acerca de que sí era posible conocer de las consecuencias económicas de los actos administrativos emitidos con facultades excepcionales y en ese sentido es que este fallo resulta clasificado dentro de la tesis de competencia nula.

Tabla 1

Jurisprudencia sobre Inexistencia de competencia arbitral

Tesis	Competencia nula: no conoce ningún A.A contractual		
Tipo de providencia	Fecha	Ponente	Expediente
Sentencia	16/06/1997	Juan de Dios Montes	10882
Sentencia	13/06/1997	Jesús María Carrillo	12847
Sentencia	6/11/1997	Ricardo Hoyos Duque	7903
Sentencia	23/02/2000	German Rodríguez	16394
Sentencia	8/06/2000	Alier Eduardo Hernández	16973
Sentencia	6/06/2013	Jaime Orlando Santofimio	43922

Fuente: elaboración propia

Ahora bien, la segunda tesis o postura será llamada competencia restrictiva, según la cual los árbitros sí pueden conocer la legalidad de los actos administrativos contractuales

siempre y cuando no sean aquellos expedidos con facultades exorbitantes, esta se da a partir de la sentencia de constitucionalidad C-1436 del año 2000 que se abordará con posterioridad, sin embargo en este punto vale la pena rescatar la manera como el pronunciamiento influyó en el precedente que se desarrolla en el Consejo de Estado en un gran número de providencias. Así las cosas se encuentra como fallo concordante con esta postura, la sentencia del 4 de abril de 2002, en donde se expone lo siguiente:

“Ese terreno del arbitramento, señalado por el legislador, permite inferir que la función de los árbitros está limitada y por tanto no es abierta, no sólo respecto de la transitoriedad de su operador jurídico (sujeto activo de la definición) sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento (objeto del mecanismo)” (CE, Sentencia 20356/2002, *Col.*)

De lo estudiado se desprende la primera conclusión atinente a que, por virtud de la ley, las controversias presentadas en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales pueden ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral, pero que a dicha competencia le está vedada conocer o pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

Seguidamente, en la sentencia del 10 de marzo de 2005 (Exp. 27.946) la restricción al ejercicio de la competencia arbitral frente a los actos administrativos contractuales se estableció en los siguientes términos: “las controversias presentadas en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos administrativos pueden ser sometidas al conocimiento de la justicia arbitral siempre y cuando no tengan que ver con los aspectos de legalidad de los actos administrativos materiales”. De igual manera, como lo manifestó el Consejo de Estado el 27 de marzo de 2008, cuando dijo que se excluían de la competencia de los árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que se profirieran en ejercicio de las

potestades exorbitantes, así como aquellos actos emitidos con ocasión de la actividad contractual de contenido general; “sin embargo estimó que la justicia arbitral estaba facultada para resolver sobre los actos administrativos contractuales que no fueran resultado de las facultades exorbitantes” León (2018, p. 65).

Idea que es reiterada por el fallo del 10 de junio de 2009, en donde el Consejo consideró que los actos administrativos que se dictan en materia contractual son de carácter particular y de contenido económico, lo que los configura en asunto transigibles, sin embargo, sigue excluyendo a los expedidos en uso de facultades excepcionales, reiteración de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-174/07 y de los pronunciamientos efectuados por la Sala, “limitando, en consecuencia, la competencia de la justicia arbitral al conocimiento de las controversias contractuales transigibles, criterio bajo el cual se excluye de ese ámbito el control jurídico de los actos administrativos expedidos por la Administración en ejercicio de las potestades exorbitantes que en materia de contratación le confiere la ley.”

Ahora bien, el auto más reciente de esta postura es el del 16 de agosto de 2017 en donde se determina que según el expediente, se encuentran ante un acto administrativo que no es de los expedidos con las facultades exorbitantes por lo que aunque no se haya hecho en aplicación del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 sino en virtud del artículo 45 del mismo estatuto legal, se deba confirmar la decisión del a quo, por tratarse de una decisión de la administración que puede ser resuelta por la justicia arbitral de conformidad con la jurisprudencia actual. Ello por cuanto dichos actos administrativos no se encuentran dentro del listado de aquellos que comportan potestades excepcionales (cláusulas exorbitantes) a que hace alusión el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, para los que sí se dejó competencia exclusiva a la jurisdicción contenciosa para discernir sobre la legalidad de estos.

Tabla 2

Jurisprudencia sobre Inexistencia de competencia arbitral restrictiva

Tesis		Competencia restrictiva: se puede conocer validez de actos administrativos contractuales, pero no los actos administrativos con facultades exorbitantes		
Tipo	de	Fecha	Ponente	Exp
providencia				
Sentencia		4/04/2002	María Elena Giraldo	20356
Sentencia		10/03/2005	María Elena Giraldo	27946
Sentencia		14/04/2005	Ruth Stella Correa	25489
Sentencia		27/03/2008	Ruth Stella Correa	33645
Sentencia		10/06/2009	Mauricio Fajardo Gómez	36252
Sentencia		17/04/2013	Mauricio Fajardo Gómez	42532
Auto		14/03/2016	Marta Nubia Velásquez	47292
Auto		16/08/2017	Danilo Rojas Betancourth	50679

Fuente: elaboración propia.2

Existe una tercera postura desarrollada por el Consejo de Estado, que para efectos de mejor comprensión se entenderá como postura menos restrictiva, o tesis según la cual los árbitros sí pueden conocer de las cláusulas exorbitantes, pero solo en sus efectos económicos, tal como venía planteando esta corporación en el año 1992, justamente el pronunciamiento del 31 de octubre del año 2016 se hace bajo la idea de esta postura anterior a la sentencia de constitucionalidad C-1436 del año 2000.

Lo que se indica entonces es que la competencia de los jueces arbitrales no solo es temporal sino que también puede ser material si se tienen en cuenta los asuntos que pueden ser de conocimiento de los árbitros, conforme al artículo 1 de la ley 1563 de 2012. Sostiene la Corporación que los jueces arbitrales sí ostentan la competencia para pronunciarse sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos en el ejercicio de las referidas potestades excepcionales al derecho común, en términos del Consejo de Estado,

“El juicio de legalidad de un determinado acto administrativo implica una valoración estrictamente normativa, es decir una subsunción o encuadramiento entre el contenido de dicho acto y el universo normativo de principios, valores, normas jurídicas, disposiciones y enunciados normativos por los cuales se rige y que son utilizados por el operador jurídico como parámetro de legalidad y en cuyo ejercicio se prescinde de la valoración de los efectos económicos que se puedan generar entre las partes.” CE (Sentencia 2016-57422, *Col.*)

De igual manera se encuentra la sentencia proferida por la Subsección A, el 10 de noviembre de 2017, en donde se afirma que

“los tribunales de arbitramento siguen siendo competentes para conocer de las controversias originadas en la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales y, en cuanto a la competencia que les asiste frente a los actos administrativos de carácter contractual, se observa que ahora la norma [artículo 1.º de la Ley 1563 de 2012] permite que se estudien las consecuencias económicas de aquellos que sean expedidos en ejercicio de las facultades extraordinarias.” (C.E. Sentencia, 5487/2017, *Col.*)

Siguiendo la postura expuesta con anterioridad, las sentencias más recientes del Consejo de Estado siguen por la misma línea, encontrándose fallos como los proferidos el 28 de febrero del 2020 y el 26 de julio de 2021, pronunciamientos en los que se sostiene que “se sustrajo de la competencia de éste el estudio de la legalidad, pero se mantuvo la posibilidad de que los árbitros la tengan para el estudio de la validez de los demás actos administrativos que se profieran en ejercicio de la actividad contractual, en consonancia con la jurisprudencia vigente” (CE. Sentencia 4871/2020, *Col.*) Se encuentran habilitados por la Corte Constitucional, y es perfectamente factible que, para la resolución de estas

controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinan la legalidad ni cuestionan en absoluto la validez de los actos administrativos. La excepcionalidad del conocimiento por parte de la justicia arbitral de los actos administrativos se limita entonces a la prohibición de pronunciarse únicamente sobre su legalidad en la medida en que la intervención de dicha jurisdicción afectaría el ejercicio de la potestad excepcional.

Tabla 3

Jurisprudencia sobre competencia arbitral ante cláusulas excepcionales en contratos estatales

Tesis	Se pueden conocer los efectos económicos de los actos administrativos con facultades exorbitantes.		
Tipo de providencia	Fecha	Ponente	Exp
Sentencia	15/05/1992	Daniel Suárez	5326
Sentencia	12/11/1993	Daniel Suárez	7809
Sentencia	31/10/2016	Jaime Orlando Santofimio	57422
Sentencia	10/11/2017	Carlos Alberto Zambrano	47874
Sentencia	28/02/2020	Carmelo Perdomo Cuéter	4871
Sentencia	26/07/2021	Martín Bermúdez Muñoz	63256

Fuente: elaboración propia.³

Habiendo expuesto las posturas del Consejo de Estado, se puede concluir que en esta Corporación existen diversos pronunciamientos que se dan a partir de la interpretación de la misma sentencia de constitucionalidad C-1436 de 2000, pues aunque en una época se siguió con el mandato allí expuesto, en otra se hace una interpretación más amplia de la misma, incluso permitiendo la competencia del arbitraje sin contravenir la disposición constitucional afirmando que el hecho de conocer sobre las consecuencias económicas de los actos administrativos contractuales expedidos en uso de facultades exorbitantes, no implica

aceptar el juzgamiento de su validez, por lo que no se contraría la Corte Constitucional, restableciendo así incluso postura de vieja data.

1.3 Posiciones de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, a diferencia, del Consejo de Estado sólo ha tenido dos posturas frente a la arbitrabilidad de actos administrativos: la de competencia nula y la de competencia restrictiva; es decir, no se encuentran pronunciamientos expresos de dicha Corporación acerca de permitir el conocimiento de los efectos económicos de los actos administrativos expedidos con sustento en las facultades excepcionales al derecho privado.

Siguiendo con lo anterior, es importante contextualizar con fallos anteriores la posición de la Corte en su sentencia hito del año 2000. Para estos efectos, se tienen las sentencias C-247 de 1994 y T-057 de 1995 que sirven como fundamento para las decisiones posteriores; dichos pronunciamientos no hacen referencia expresa a la problemática tratada en el presente trabajo, pero sí dejan bases para asimilar los conceptos de competencia arbitral restringida y transigibilidad. Se expone entonces que

“la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior, que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación, no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como, por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas” (CC, Sentencia C-247/94, *Col.*).

El carácter restrictivo de la competencia de los árbitros, es reiterado en esta jurisprudencia bajo el entendido de que la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, no obstante o, 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 puede verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción, por lo que

“No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, sea desplazado de manera permanente y general por los árbitros y conciliadores, también se afirma que tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna” “No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral.” (CC, Sentencia T-057/95, *Col.*).

La postura o tesis de competencia nula, se da con posterioridad a la sentencia hito y no es tenida en cuenta, por ejemplo, por el Consejo de Estado, puesto que no es reiterativa y aparece generalmente en sentencias de tutela, aunque en esta postura se encuentra el pronunciamiento más reciente de la Corte Constitucional al respecto.

En la sentencia T-058/09, que resuelve una acción de tutela contra laudo arbitral en el transcurso de la presentación de un recurso de anulación, se accede a anular el laudo arbitral bajo los argumentos de que se incurrió en una vía de hecho al fallar un caso que ya se había resuelto mediante diversos actos administrativos contractuales, y que, por lo tanto, el tribunal no era competente para dejar sin efectos dichos actos administrativos, puesto que dicho juicio de legalidad configuraba competencia de la jurisdicción permanente, es decir, la contencioso administrativa. Ahora bien, lo que se debe tener en cuenta respecto a este

fallo es que no se está anulando el laudo por tratarse solamente de actos administrativos contractuales expedidos en uso de facultades exorbitantes, sino que se trata de actos administrativos contractuales generales sobre los cuales la sentencia C-1436 del 2000 habilitó a su conocimiento por la justicia arbitral, es decir en cierta medida la decisión se aparta de lo ya dicho por la Corporación.

De otra parte, la sentencia C-170/14 en el examen de constitucionalidad del parágrafo 1º del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, verifica la exequibilidad de este apartado y hace algunas reflexiones respecto a los límites de la función arbitral. En ella se indican como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción: las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres” (CC, Sentencia C-170/14, *Col.*) al tenor del artículo 16 del Código Civil; “las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los litigios relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer. También han sido incluidos en esta categoría, el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores y el control de legalidad de los actos administrativos, sin hacer referencia a la excepción planteada por la Corporación respecto a los actos administrativos contractuales” apartándose de esta manera del precedente establecido en el año 2000.

Tabla 4

Jurisprudencia sobre Inexistencia de competencia arbitral

Tesis	Competencia nula: no conoce ningún A.A. contractual		
Tipo de providencia	Fecha	Ponente	Exp.
Tutela	2/02/2009	Jaime Araujo Rentería	T-058/09
Constitucionalidad	19/03/2014	Alberto Rojas Ríos	C-170/14

Fuente: Elaboración propia⁴

Por otra parte, frente a la tesis de competencia restrictiva, vale la pena recordar que es aquella postura, en la cual, los árbitros sólo pueden conocer de la legalidad de actos administrativos contractuales diferentes a los expedidos bajo las potestades excepcionales. La sentencia C-1436/00, que hace la interpretación de una norma legal con cargo de inconstitucionalidad, dice que existe una limitación del arbitraje por temporalidad y naturaleza del asunto, siendo justamente en la naturaleza que se habla de la transacción y de la imposibilidad que tienen los tribunales de arbitraje de pronunciarse en temas que involucren el orden público, la soberanía, orden constitucional o asuntos reservados al Estado. De allí surge la idea de limitar el conocimiento de los actos administrativos en una relación contractual, pero sólo aquellos que sean expedidos para la época, en aplicación del artículo 14 de la ley 80 de 1993. De igual manera se afirma que son aspectos que las partes en conflicto no pueden disponer, sin embargo, lo novedoso de esta postura es que no limita la competencia arbitral a no poder conocer de ningún acto administrativo contractual, sino que destaca que sólo le está vedado a los árbitros conocer de la legalidad de los llamados exorbitantes, por lo tanto declara exequibles las disposiciones demandadas condicionando su interpretación a lo dicho en esta providencia, de ahí que sea esta la sentencia hito de esta Corporación.

Conforme al pronunciamiento anterior, en la sentencia de unificación SU-174/07 la Corte concluyó que el análisis sobre la validez de los actos exorbitantes que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros. Esto debido a que “las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de

la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia” (CC, Sentencia SU-379/16, *Col*), sentencia que ratifica la postura de la C-1436 del 2000.

De igual manera se tiene la sentencia T-511/11, que señala que los árbitros están expresamente autorizados para conocer de procesos en los cuales se debate la existencia y validez del contrato objeto de controversia...

“En efecto, la posibilidad de pronunciarse sobre la existencia y validez de los negocios jurídicos, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, está comprendida dentro del marco de sus competencias, en cuanto no se ha pronunciado respecto de actos administrativos dictados por la Administración en ejercicio de sus poderes excepcionales sino sobre asuntos de naturaleza patrimonial que, por consiguiente, hacen parte de las cuestiones sometidas al arbitramento.” (CC, Sentencia T-511/11, *Col.*).

Tabla 5

Jurisprudencia sobre Inexistencia de competencia arbitral restrictiva

Tesis	Competencia restrictiva: se puede conocer validez de actos administrativos contractuales, pero no los actos administrativos con facultades exorbitantes		
Tipo de providencia	Fecha	Ponente	Exp
Constitucionalidad	25/10/2000	Alfredo Beltrán Sierra	C-1436/00
Unificación	14/03/2007	Manuel José Cepeda	SU-174-07
Tutela	30/06/2011	Jorge Iván Palacio	T-511/11

Fuente: Elaboración propia.5

Sin entrar a hacer un análisis riguroso de la vinculatoriedad del precedente del Consejo de Estado, lo cierto es que se está ante una divergencia en las posturas de la

corporación, y lo relevante de esto es que se dan cuando el tribunal conoce de los recursos de anulación de laudos arbitrales, es decir que aunque puede no ser en sentido estricto precedente vinculante, sí ofrece un panorama para los asociados de cómo se está fallando y la manera en que se interpretan las normas y pronunciamientos vigentes al momento, no solo de la decisión, sino de la interposición de los recursos contra la respectiva decisión, en este caso respecto del recurso extraordinario de anulación.

De igual manera vale la pena advertir que la Corte Constitucional ha tenido posturas más estables, se advierte que los pronunciamientos ambiguos o poco específicos son los que han permitido el desarrollo de diversas posturas en el Consejo de Estado; de igual manera se advierte que hay varias diligencias en las cuales la Corte se ha declarado inhibida cuando se pudieron haber prestado esas oportunidades para resolver la constitucionalidad de nuevas normas y dejar en claro sus posturas anteriores, como es el caso de las sentencias C-457/15 y C-045/17, justamente cuando se demandó la constitucionalidad de normas como el estatuto arbitral y la ley de infraestructura, que afectan directamente la problemática tratada.

Es importante resaltar que el Consejo de Estado ha seguido aplicando la interpretación de la sentencia C 1436/00, aun con posterioridad a la derogatoria de los artículos referidos en dicha decisión. De igual manera en los pronunciamientos más recientes se ven algunos anuncios del Consejo de Estado en los que se muestran atisbos de permitir el conocimiento de la legalidad integral de los actos administrativos contractuales expedidos con facultades exorbitantes, tal como se lee en la sentencia del 26 de julio de 2021 en donde se hacen afirmaciones como “Si con dicho objeto (pronunciarse sobre los efectos económicos) es necesario pronunciarse sobre la legalidad de los actos, la jurisdicción arbitral puede hacer tal pronunciamiento” (CE, Sentencia 63256-2021, *Col.*).

La postura anterior lleva a concluir que el presente caso puede ser conocido por la justicia arbitral, puesto que en las pretensiones de la demanda la nulidad de los actos administrativos se impetra solo con el propósito de solicitar perjuicios. “Aunque literalmente se hable de <<restablecimiento>>, no se plantea una controversia normativa que persiga simplemente dejar sin efectos un <<acto administrativo>>: lo que se solicita es el pago de los perjuicios derivados de su ejecución.”. (CE, Sentencia 63256-2021, *Col.*) Lo anterior implica que es un hecho que en el país no se está asegurando el cumplimiento de los fines del arbitraje, al menos cuando se trata de conflictos surgidos con entidades estatales, y se está en presencia de un precedente fallido en las altas Cortes.

Capítulo 2 La Transigibilidad al derecho público como limitante

El objetivo del presente capítulo es exponer la posibilidad de introducir el concepto de transigibilidad en los actos administrativos contractuales expedidos con facultades excepcionales a partir de la seguridad jurídica reputable de un laudo arbitral con la participación de una entidad estatal.

Para iniciar el presente acápite se hace necesario ubicar a la institución jurídica del arbitraje en una rama del derecho, debido a que según esta clasificación se podrán exponer argumentos comparativos con otros ordenamientos jurídicos, siendo también necesario debido a que el origen mismo de esta institución se encuentra entre el derecho privado y el derecho procesal.

Así las cosas resulta pertinente comenzar por nombrar la influencia del *ius gentium* en el arbitraje, debido a que este aparece como un amparo jurídico para los negocios de aquellas personas que no estaban protegidas por la jurisdicción de los ciudadanos del imperio; entonces el arbitraje puede entenderse “como un procedimiento civil fuertemente privado y

fundado en una matriz contractual” es decir su origen sí resulta de las relaciones comerciales privadas que contaban con la única restricción de no ir en contra de alguna ley imperial.

Sin embargo, con la evolución de este derecho, las instituciones romanas tuvieron que regular de una manera más extensa este derecho de gentes o de extranjeros conforme al crecimiento del imperio, resultas de esta regulación se elevan a tratamiento jurisdiccional este tipo de acuerdos entre privados y se le otorga un procedimiento con acciones de ley, es decir conforme a la evolución del *ius gentium*, el arbitraje deja de ser una institución exclusivamente privada. (Del Río, & Navarro. 2008).

En Colombia se pueden encontrar tendencias conforme a las dos teorías más destacadas del origen del arbitraje y que a su vez definen su naturaleza jurídica, la primera conocida como la privada “considera que el arbitraje es una institución de derecho privado, regido por la voluntad de las partes y no por la voluntad del Estado... el laudo y el pacto son partes estructurales de un negocio jurídico.” (Salcedo, 2010, p.149) Es decir, dentro de esta teoría se puede hablar de una transacción anticipada de un conflicto, siendo solamente la voluntad de las partes la que delimita la función de los árbitros.

La segunda teoría es la jurisdiccional o procesalista, que considera al arbitraje como “una concesión que hace el Estado a los particulares para resolver sus conflictos, mediante un tipo especial de jueces denominados como árbitros” (Monroy, 1982), es decir, según esta teoría el arbitraje es una función de orden público, de ahí que el Estado pueda ejercer control sobre los procesos arbitrales y reconozca efectos del laudo y el pacto arbitral, dotándolos de firmeza y seguridad jurídica, por medio de reglamentación de las funciones, los poderes y facultades de los árbitros, junto con las restricciones de las partes. Esta última teoría es la acogida por la Corte Constitucional en su sentencia C-431 de 1995.

La Corte señala que “se concibe el arbitramento como un acto eminentemente jurisdiccional, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, que excepcionalmente permita a los particulares -como lo dispone el artículo 116 de la Carta Política-, impartir justicia cuando las partes quieren poner término a sus diferencias en forma personal y amigable.”(CC, Sentencia C-431/95, Col) afirma la Corte que “en que la existencia de un pacto arbitral sustrae o excluye el negocio *sub lite* de la competencia de la jurisdicción ordinaria, sustituyéndola; y en que la actuación de estos organismos viene totalmente rituada por la ley y se halla de todos modos en conexión con la rama judicial o jurisdiccional, la que en ocasiones es llamada a intervenir en el desarrollo del proceso arbitral”

La consecuencia de ubicar al arbitraje dentro de la función jurisdiccional del Estado es que la institución viene totalmente rituada por Ley y no por la voluntad de las partes, es entonces como las partes, mediante un consenso, crean el modo para que se produzcan los efectos jurídicos del pacto arbitral mediante sus declaraciones de voluntad, pero dichas declaraciones por sí mismas carecen de poder para transmitir una jurisdicción que no tienen. Es decir, aunque el otorgamiento de poderes se origina en un negocio privado, la facultad de celebrar dicho negocio y el reconocimiento de sus efectos precisos emana de la Ley. Por lo tanto, los árbitros deben observar la norma antes que el acuerdo de las partes.

2.1 Concepto de transigibilidad, disponibilidad y arbitrabilidad objetiva.

En el presente trabajo investigativo se intenta dar solución a la problemática anteriormente expuesta respecto a la necesidad de ofrecer seguridad jurídica en tribunales de arbitramento que conozcan de controversias contractuales surgidas a partir de la expedición de actos administrativos en donde se haga uso de los poderes excepcionales de la administración en

el marco de contratos estatales, utilizando como propuesta la teoría de la transigibilidad y los derechos disponibles para el caso de arbitraje nacional en donde interviene una entidad estatal.

Conforme a ello, es necesario resaltar que la transigibilidad es un requisito que se exige en derecho para considerar a una materia arbitrable (Aguilar, 2014), es decir que sólo pueden someterse a arbitraje aquellos derechos que por su naturaleza su titular pueda disponer libremente de ellos, también llamados asuntos de libre disposición. De ahí que sobre estos actos sea fundamental la aptitud de la persona para poder hacer uso de los derechos con libertad (Cardona & Montaña, 2017). Dichos asuntos no están del todo consagrados taxativamente en la legislación colombiana, aunque sí se explican por la idea, originada en el derecho privado de corte liberal, de que la no disponibilidad configura un límite necesario para que los particulares no afecten el orden público, configurándose como un principio general consagrado en el artículo 16 del Código Civil colombiano.

La disponibilidad de los derechos sustanciales sometidos al arbitraje, es un principio básico del derecho procesal pues se entiende como requisito previo para someter algún asunto a tribunales de arbitraje (Aguilar, 2014), lo que permite que, con aras a garantizar la seguridad jurídica, algunos asuntos deban obligatoriamente ser ventilados por la jurisdicción ordinaria y/o estatal, según sea el caso (Naizir, 2019), aunque como lo indica Aguilar (2014) e Ibagón (2012), se trata más bien de la defensa del orden público el hecho de que algunos asuntos estén vetados del conocimiento por parte de particulares investidos temporalmente con la función de administrar justicia, tal como son los árbitros o los conciliadores.

La transigibilidad es un concepto equiparable a la disponibilidad, según el tratamiento que le da la legislación colombiana a dichas nociones, desde el código civil que en su artículo

15 indica que “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia” que debe leerse en conjunto con el artículo subsiguiente que indica que “no podrán derogarse por convenio particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres” (Ley 57 de 1887, art. 16, *Col.*). En este sentido, es claro que desde el código civil se dan los parámetros que deben seguirse para definir cuáles son los derechos que permiten una renuncia, debiendo advertir que los términos en los que trata el código son de irrenunciabilidad, no de disponibilidad ni transigibilidad.

De igual manera en la codificación civil, resulta común para casi todos los países de latinoamérica el artículo 2469, que habla acerca de la definición del contrato de transacción y se refiere a esta, entre otras cosas, como un negocio jurídico que puede implicar la renuncia de un derecho, por lo que automáticamente debe remitirse a la definición de cuáles son los derechos renunciables. De ahí que la terminología para hablar de derechos renunciables se asemeje a aquellos transigibles, traídos de los renunciables del contrato de transacción, y disponibles frente al artículo siguiente que se refiere a la capacidad de transigir la que tiene la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.

Conforme a lo anterior, vale la pena mencionar la ubicación que puede dársele al contrato de transacción tanto en el derecho privado como procesal. En palabras de Fernando Hinestrosa, la transacción es un “negocio jurídico de derecho sustancial, en donde los implicados en una contienda dirimen sus diferencias acordando una fórmula para precaver un eventual pleito judicial o terminar uno en curso” (Hinestrosa, 1983, p. 368), Siguiendo esta definición y en palabras de Hernán Fabio López, cuando se habla de la preexistencia de un acuerdo para evitar un proceso judicial se habla en el sentido sustancial, y por el contrario, cuando se habla de la transacción como un acuerdo que termina extraordinariamente un

proceso en curso, se está tratando de un mecanismo de solución alternativa de conflictos y es estrictamente procesal. Sin embargo sin importar su naturaleza los acuerdos producto de una transacción tienen en común que su existencia y validez están sujetos a reglas del derecho sustancial y en todo caso le es dable al juez revisar el acuerdo, no en cuanto a los términos propios del contrato, sino frente a la capacidad de las partes de disponibilidad de los derechos transigidos.

La razón para tratar el contrato de transacción en términos de transigibilidad o disponibilidad, explicada desde el derecho privado en virtud del principio de autonomía de la voluntad privada, como un límite a la misma para que no afecte al orden público, se da frente al contenido normativo que para hablar de materias sometidas al arbitraje trae la transacción indistintamente de su concepción, idea que contemplaba el marco normativo que regulaba la materia arbitral a finales del siglo pasado, contenida en el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, que establecía:

“Artículo 13: Ejercen función jurisdiccional, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política: 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad” (Ley 270 de 1996, art. 13, *Col.*)

Lo contenido en la ley estatutaria antes mencionada fue incluido en la legislación ordinaria en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que se refería al arbitraje de la siguiente manera: “El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, dieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda

transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión llamada laudo arbitral”. (Ley 446 de 1998 art. 111, *Col.*)

Posteriormente, fue proferido el Decreto 1818 de 1998 denominado “estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”. En aquel momento, se indicó que los mecanismos alternativos de solución de conflictos surgen de la voluntad de las partes y sus decisiones o soluciones tienen efecto de cosa juzgada, tales como: el arbitramento, la conciliación y la amigable composición que tenían como límite de conocimiento los asuntos o materias transables o transigibles.

En toda la normatividad referida se habla indistintamente de los contratos de transacción y del concepto de transigibilidad, por lo que ello influye directamente en la jurisprudencia y su trato a ambas figuras, al punto que aun sentencias del 2021 siguen hablando de conflictos transigibles como sinónimo de aquellas materias susceptibles de arbitraje; aun cuando la reforma de la ley 270 de 1998 que trajo la ley 1285 de 2009 dejó de utilizar estos términos; en palabras de Naizir (2019, p. 145) “la competencia de árbitros no está ligada o limitada a conceptos como transigible, derechos disponibles o susceptibles de transacción como acontece en la década de los años 90”. Pero ya que se tiene que tratar el debate jurisprudencial del capítulo precedente, se utilizarán términos de transigibilidad y disponibilidad como restricciones a la arbitrabilidad objetiva, es decir, al concepto de la ley 1563 de 2012 que habla de “asuntos de libre disposición o que la ley autorice”.

Explicado lo anterior, es necesario plantear el siguiente interrogante: ¿difieren los conceptos de libre disposición, transigibilidad y disponibilidad?

En lo que respecta a este trabajo, los conceptos siguen las mismas directrices de irrenunciabilidad propuestas desde el derecho civil, por lo que se considera entonces que no es más que una precisión que se quiso hacer desde el estatuto arbitral con la finalidad de dejar

de equiparar al arbitraje con la transacción, pero que no tiene mayores consecuencias jurídicas; tan es así que en la jurisprudencia reciente se sigue hablando hoy en día en términos de transigibilidad y disponibilidad de los derechos arbitrables, en contra de la idea que traía el estatuto arbitral para evitar las mismas confusiones de vieja data frente a la transacción.

En resumen, puede hablarse de la transigibilidad como un límite a la función arbitral, que, en suma con las restricciones legales, componen lo que podría denominarse como la arbitrabilidad objetiva que es el resultado del principio de habilitación al arbitraje contenido en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, pues desde allí se otorgó de manera genérica facultad a los particulares para ejercer como árbitros, haciendo una remisión a una ley que desarrolle dicha función. Así las cosas, la arbitrabilidad objetiva busca establecer los límites de la competencia de los árbitros investidos de jurisdicción transitoria, competencia que va más allá de los acuerdos de voluntad entre particulares, o entre entidades y particulares denominados cláusulas compromisorias o compromisos.

La arbitrabilidad objetiva entonces resulta ser un límite de la jurisdicción que establece la competencia que tienen los árbitros, debido a la necesidad de indicar cuáles son las controversias que se someten al arbitraje que van más allá del acto de habilitación, derivado de la autonomía de la voluntad de las partes. Es así como desde el estatuto arbitral ley 1563 de 2012 se establecen los límites a la autonomía en materia de arbitraje, desde la premisa de que no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo, primando siempre las consideraciones legales por encima del acuerdo de las partes.

Frente al desarrollo del principio de la disponibilidad o transigibilidad como requisito para acudir a la jurisdicción arbitral, tal como lo afirma Aguilar (2014), no puede desconocerse que para el derecho público la transigibilidad no depende de un principio

general, tal como en el ámbito privado, sino que depende de una norma vigente que expresamente limite el ejercicio del arbitraje, lo que, por contera, significa que por analogía no puede trasladarse el concepto de indisposición entre particulares al ámbito del arbitraje en materias de derecho contencioso administrativo, idea apoyada por Ibagón (2012) cuando expone el juez de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que el ejercicio de una función pública no puede ser objeto de disponibilidad, y aunque el estatuto de arbitraje (ley 1563 de 2012) eliminó el término transigible con aras a que el legislador tenga libertad de indicar qué asunto puede ser sometido o no al arbitraje sin las limitaciones del concepto jurídico de transigibilidad que se asocia al contrato de transacción, en palabras de Naizir (2019), “dicho estatuto no abandonó del todo la idea de la transigibilidad al hacer referencia a los asuntos de libre disposición que podría reflejar lo que antiguamente se denominaba un conflicto de carácter transigible”, es decir el estatuto establece la posibilidad de limitar la arbitrabilidad por ley o por la naturaleza del asunto conforme al principio de derecho.

2.2 Transigibilidad en el derecho comparado - arbitraje internacional.

No existe un criterio unificado mundialmente, ya que según el país puede dársele al arbitraje el tratamiento civilista o jurisdiccional, por lo tanto para hacer un análisis de la legislación comparada frente al concepto de transigibilidad-disponibilidad y la arbitrabilidad de actos administrativos contractuales se comenzará explicando cuál es la naturaleza jurídica del arbitraje, seguido de la ubicación dentro de tres tesis propuestas al inicio del presente texto, que son: (i) la imposibilidad de acceder al arbitraje para actos administrativos; (ii) el acceso al arbitraje de actos administrativos restringido; y (iii) el acceso al arbitraje de actos administrativos libre.

El primer país a analizar es Francia, que plantea el arbitraje desde el plano estrictamente contractual, es decir, en dicho país el arbitraje no es un mecanismo procesal, pudiendo ubicarse en la tesis de la imposibilidad de acceder al arbitraje ya que este no es opción cuando se deban resolver controversias contractuales con entidades estatales, por cuanto es meramente un contrato civil regulado en el artículo 2060 del Código Civil, disposición vigente que prohíbe transigir sobre asuntos con entidades públicas y que tengan que ver con el orden público, con excepción de los establecimientos industriales y comerciales que pueden ser autorizados a través de un decreto para cada contrato.

También se encuentra Argentina, que no cuenta con una legislación uniforme en arbitraje por tratarse de un sistema judicial acorde con el modelo federal. Sin embargo, existen normas de alcance nacional que facultan al arbitraje, dándole alcance jurisdiccional; tal es el caso de la ley número 17454, entendida como el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que en su artículo 737 indica que “No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción.” Ley 17454 de 1967, art. 737, Arg.). De igual manera la Ley para contratos de obra pública indica que el contratista y la administración pueden someter diferencias a un tribunal de arbitraje, pero prima la obligatoriedad de acudir al contencioso administrativo, aunque es la única habilitación que se da en aplicación e interpretación del contrato de obras públicas. Por lo anterior puede clasificarse entonces como uno de los casos en que no es posible arbitrar actos administrativos, es decir, la tesis 1.

Por otra parte, la legislación chilena separa el arbitraje nacional e internacional, sin embargo, lo considera prerrogativa de la función jurisdiccional del Estado. Ahora bien, frente a la arbitrabilidad de actos administrativos, la ley de concesiones de obras públicas, decreto 900 del 31 de octubre de 1986, indica la existencia de un plazo para reclamar contra

resoluciones del Ministerio de Obras Públicas a través del arbitraje. Esto quiere decir que puede ubicarse dentro de arbitraje restrictivo porque son resoluciones que imponen multas, por lo tanto, son verdaderos actos administrativos, pero esta habilitación sólo se da en el marco de los contratos de concesiones públicas.

Perú, ubica al arbitraje como jurisdicción, según el decreto ley 1071 de 2008, que reemplaza a la Ley de arbitraje de 1996 y que regula además: las no solemnidades en el convenio arbitral, la extensión de efectos del laudo a terceros, la flexibilidad en cuanto a procedimiento a seguir; de igual manera en su primer artículo trata las materias susceptibles de arbitraje en los siguientes términos “pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellos que la ley y los tratados o acuerdos internos autoricen”, es decir, a diferencia de las otras legislaciones puede ubicarse en la tesis según la cual se reputa acceso libre al arbitraje para juzgar y conocer de actos administrativos contractuales o no.

Las anteriores afirmaciones tienen fundamento en que, aunque en la legislación peruana se sigue contemplando el concepto de libre disposición y arbitrabilidad desde los intereses patrimoniales derivados de las partes, y generalmente en materia de transacción, también existe la habilitación de incluir las controversias que sean autorizadas por ley, tratado o acuerdo vigente; es decir, se deja abierta la posibilidad de que la ley o un tratado permitan el arbitraje en materias que no necesariamente sean de libre disposición de las partes desde el derecho privado, por lo que la misma ley amplía el espectro. Tal es el caso del estatuto de contrataciones del Estado que contempla en sus artículos 215 y art 228 liquidaciones producto de un contrato estatal pueden ser sometidas al arbitraje incluyendo sus actos administrativos.

De lo dicho con anterioridad, puede concluirse que en la región tiene a asimilarse la transigibilidad al concepto de la transacción, que en últimas no es otro que el desarrollo hecho desde el Código de Andrés Bello, sin embargo en países como Perú se está frente a lo que podría llamarse “vanguardia” de las nuevas arbitrabilidades, ya que se alejan de las restricciones propias del derecho privado y habilitan al legislador a agregar nuevos asuntos arbitrables, sin que estos sean de los mencionados por la ley civil o lo que pueda entenderse por orden público. Sin embargo esta habilitación es legislativa, y, para el caso colombiano, lo que se pretende con este trabajo investigativo es demostrar que no se necesita una ley que habilite la arbitrabilidad sobre actos administrativos contractuales con facultades exorbitantes, sino que el contexto se encuentra abierto para que por vía jurisprudencial se fije un precedente.

2.3 Principios relacionados: Juez natural y seguridad jurídica.

Con la finalidad de realizar la explicación de la propuesta que solucione el problema de investigación planteado, se realizarán algunas distinciones conceptuales, e individualizaciones de los principios jurídicos que se van a usar como soporte del planteamiento. Así las cosas, en primer lugar es necesario precisar el concepto de juez natural y sus alcances en el ordenamiento jurídico colombiano.

Tal como lo afirma Quispe “los orígenes del concepto más próximo del juez natural se remontan a la Inglaterra del siglo XIII, en la Carta Magna de Juan sin Tierra, promulgada el 15 de junio de 1215, donde se hallaba la disposición normativa que señalaba que la detención, el encarcelamiento, la privación de derechos o bienes, el destierro o perjuicio de una persona, no podría darse sin previo juicio legal adelantado por un par, con base en la ley de la tierra” (2013, p. 117), es decir los orígenes del concepto de juez natural tienen directa

relación con el desarrollo del debido proceso, esta relación comprende la protección de un proceso judicial, tanto hacia la persona, como hacia su estructura y organización.

Conforme con esto resulta que el juez natural, constituye una garantía que conforma el núcleo esencial del debido proceso, teniendo en cuenta que “el debido proceso es un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas, y constituido en la mayor expresión del derecho procesal” (Agudelo, 2006, p. 396) De igual manera, En palabras de Luigi Ferrajoli El juez natural como principio procesal se ha entendido como el derecho a un juez constituido previamente para que conozca sobre un asunto específico asignado al mismo. Así las cosas puede condensarse esto como la idea de que es una garantía con la que se protege la competencia de la que cada juez es titular; como consecuencia de lo anterior resulta que “este principio impone que al ser predeterminados los criterios de competencia estos adquieren carácter vinculante por lo que se excluye la posibilidad de una elección posterior del juez que debe conocer sobre un asunto en particular” (Agudelo, 2005, p. 15).

Bien pueden comenzar a inferir elementos constitutivos del juez natural tal como lo es la competencia para un proceso determinado, como bien refiere Agudelo “la legalidad del juez se vincula con la idea de un juez con jurisdicción, cuya aptitud para participar en el proceso se determina con los distintos factores de competencia” (2006, p.93) entendiendo por competencia la medida de la jurisdicción de que cada juez es titular, lo cual significa que existe una necesidad de que el juez sea pre constituido por la ley y no *pos factum*.

La idea de una previsión de competencia, esto es, juez natural, es útil precisamente para designar en oposición a los jueces comisionados o extraordinarios, siendo entonces el juez ordinario dotado de competencias legalmente establecidas y no constituido después de la ejecución del hecho (Ferrajoli, 1995, p. 590). Ahora bien, este principio está compuesto de

varios elementos propios que lo hacen identificable dentro del debido proceso, el primero es la competencia tal como se había mencionado con anterioridad “el principio del juez natural se funda en la existencia de una autoridad a la que la constitución o ley le han confiado el conocimiento de determinados asuntos para su resolución” (CC, Sentencia C-444/95, *Col*). De esta manera la competencia que debe ostentar un juez natural para ocuparse de un caso concreto se concentra en diversos factores, “como la naturaleza del proceso, la cuantía, la calidad de las partes o intervinientes procesales, la naturaleza de la función promovida por la autoridad que adelanta el trámite procesal en cada una de sus fases, y el lugar donde se debe llevar a cabo el proceso” (CC, Sentencia C-655/97, *Col*).

De igual manera se encuentra la preexistencia, y hace referencia a la relación a la creación constitucional o legal de una autoridad con competencias previas para resolver un caso, pues como bien lo señalan tanto Escobar (2010), como la Corte Constitucional en la sentencia C-1260 de 2005, “el juez natural se consagra a partir de su competencia y preexistencia constitucional o legal, singularmente establecidas. Es por esta razón que la preexistencia de un juez natural para conocer de asunto a su cargo”, es decir, “parte de la creación de un funcionario investido de jurisdicción y competencia, que garantice el cumplimiento de los derechos fundamentales de los intervinientes procesales” (Ardila Mora, 2014).

Y por último, la independencia que va ligada a la existencia de un juez previo, en el sentido en que este garantice imparcialidad al no ser elegido por voluntad de las partes en el momento de la ocurrencia del hecho generador del conflicto sino con anterioridad e independencia de las partes, y por otro lado las razones que van a motivar su fallo, como sostiene Beltrán (2018), al señalar que “la independencia del juez es la libertad de adoptar una decisión con base la normativa que impera en el ordenamiento jurídico”. En ese sentido,

Picado (2014), ha afirmado que “la independencia del juez recae sobre la posibilidad que tiene el mismo para guiar un proceso y proferir un fallo a partir de su conocimiento legal y experiencia judicial, en sistema judicial organizado y previamente dispuesto para dicha labor.”

Así las cosas, “los criterios de preexistencia, independencia e imparcialidad responden al mismo tipo de exigencias, esto es, tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el deber ser del derecho, partiendo de la base que los operadores jurídicos deben ser previamente creados constitucional o legalmente con funciones claras y específicas para que puedan asumir y abordar el conocimiento de un caso; deben estar exentos de cualquier vicio, presión o influencia extraña, ajena o externa al derecho que pueda incidir en los móviles tendientes a la resolución del caso; y deben estar seguros de su conocimiento técnico, científico y legal, así como de su lógica racional y de su experiencia profesional para adoptar una decisión autónoma e independiente” (Serra, 2004).

La Corte Constitucional colombiana, entiende al juez natural como un principio que constituye un elemento esencial del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, que a su vez están desarrollados en el artículo 29 de la Constitución frente al sistema de garantías procesales que conforman el debido proceso, dentro de las cuales se encuentra el principio del juez natural que resume que “nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, idea reforzada por la Convención Americana sobre Derechos humanos en su artículo 8.1 “toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías... por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley” (OEA, 1969).

Lo anterior da razón de la visión del juez natural dentro del desarrollo del derecho fundamental al debido proceso, es decir, son conceptos que van ligados, sin embargo, el principio de juez natural se refiere de una parte a la especialidad, pues “el legislador deberá consultar como principio de razón suficiente la naturaleza del órgano al que atribuye las funciones judiciales, y de otro lado, a la predeterminación legal del Juez que conocerá de determinados asuntos” (CC, Sentencia T-916/14, *Col.*) y de otro lado la general que es la expuesta en la constitución y en la convención. “Mediante el procedimiento y ante la autoridad judicial competente” (CP, 1991, art 29, *Col.*).

La jurisprudencia ha puntualizado que “la garantía del juez natural tiene una finalidad más sustancial que formal, habida consideración que lo que protege es la seguridad de un juicio imparcial y con plenas garantías para el procesado.” De igual manera, La Corte ha tenido oportunidad de hacer énfasis en que el respeto al debido proceso en este campo, indica entonces que “el principio de juez natural, implica la garantía de que el juzgamiento independiente de la persona o institución en concreto, debe hacerse por los funcionarios y órganos que integran la jurisdicción ordinaria.” (CC, Sentencia C-200/02, *Col.*).

Ahora bien, haciendo un análisis del principio del juez natural bajo el juicio de legalidad de los actos administrativos contractuales en tribunales de arbitraje, es necesario hacerlo ligado al principio de habilitación, porque se debe tener en cuenta que se en el caso del arbitraje son las partes quienes están habilitando al juez que debe conocer su caso, es decir le está dando una competencia general, que es complementada por la decisión de los árbitros de conocer el caso. Queda claro entonces que “son las partes que suscribieron el pacto arbitral quienes habilitan al árbitro para que en el ejercicio de su poder jurisdiccional resuelva sobre asuntos específicos, así las cosas, las fuente de la función jurisdiccional

ejercida por el árbitro no recae sobre el Estado sino sobre el acuerdo de voluntades de las partes” (Guarín y Aldana, 2016).

Respecto al principio de habilitación o voluntariedad del Pacto Arbitral, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos: “(...) son las partes las que deben decidir en forma autónoma y sin interferencias externas el sometimiento de sus controversias al mecanismo arbitral en forma principal, pero ello no conduce a una inhibición absoluta del legislador para regular ciertas materias como, por ejemplo, las causales de anulación del laudo arbitral” (CC, Sentencia C-572A/14, *Col*).

Puesto que las partes han confiado en el árbitro para someter a su juicio aquellos asuntos transigibles para su conocimiento, es la voluntad de las partes la que lo faculta desde el inicio del proceso arbitral para definir su competencia, y es aquí donde se evidencia la autonomía de la cual es revestida el árbitro con ocasión del pacto arbitral el principio de habilitación de las partes es un presupuesto imperativo para la justicia arbitral” (López, 2019, p.3)

Por lo tanto, cualquier circunstancia que vicie la voluntad o el consentimiento de las partes de acudir ante este mecanismo alternativo de resolución de conflictos, cuando no medie su saneamiento por el transcurso del tiempo o por la ratificación expresa o tácita del pacto arbitral, afecta la validez tanto del tribunal arbitral como de las decisiones que él adopte. Es decir, el juez natural en el arbitraje toma una relevancia mayor, debido a la especialidad de sus procedimientos, y la necesidad de ratificar la competencia del árbitro sobre sus asuntos, por lo tanto en estos casos no ha de desconocerse la voluntariedad de suscribir un pacto o compromiso y las condiciones del mismo.

En este punto es justamente en donde la sentencia hito (C-1436/00) limita la competencia de los árbitros haciendo alusión a que el juez natural es un impedimento para

arbitraje de actos administrativos expedido en uso de las facultades excepcionales, por lo que resulta que el juez natural que debe resolver sobre la legalidad de actos administrativos contractuales es el contencioso. Puede demostrarse entonces que en este caso hay una intervención al principio de habilitación y voluntariedad por parte de la corte constitucional apoyado en el principio del juez natural para justificar dicha decisión. En pocas palabras la corte se apoya en virtud de este principio para hacer la limitación expuesta en el presente trabajo.

El otro principio materia de análisis en esta investigación es el de la seguridad jurídica, por verse este directamente afectado frente a la problemática existente y ya expuesta. Ahora bien, la justicia arbitral históricamente ha pasado de ser una práctica consensual a una reglamentada y codificada, entendiendo esto como garantía de seguridad jurídica para quienes hacen uso de la misma; en Colombia cuando se tratan asuntos de controversias contractuales con entidades estatales, esta previsibilidad y certeza que trae el concepto de seguridad jurídica no está siendo del todo respetada, pues existe una falta de precisión normativa seguida de una variación jurisprudencial que genera efectos directos tanto en la efectividad de la práctica, desde su concepción como mecanismo alternativo de solución de controversias, como para la inversión extranjera; sumado a la conducta general de la contratación estatal que ha optado por aplicación del arbitraje desde los pliego tipo.

La seguridad jurídica, tal como lo afirma (Peces - Barba, 1990), es un concepto histórico del mundo moderno, que no se relaciona totalmente con la certeza; al respecto vale la pena indicar que autores como Gómez, (2016), Rincón, (2011), García, (2000) hacen especial énfasis en relacionar a la seguridad jurídica como fin de la existencia del Estado de derecho, es decir, es la encargada de limitar el ejercicio del poder y crear un puente entre

Estado, sociedad y necesidad de un ordenamiento jurídico, trayendo consigo confianza de los ciudadanos en el orden jurídico (Kemelmaier, 1998). Sin embargo autores como Hernández, (2004), Bravo, (2005), Peyrano, (1998), afirman que la seguridad jurídica no solamente consiste en la certeza y previsibilidad sino también en que las consecuencias jurídicas esperadas se materialicen efectivamente mediante la determinación de responsabilidades; entonces, la seguridad jurídica no solo consiste en predecibilidad y certeza, sino que tiene un elemento adicional y es la realización material de las consecuencias jurídicas que anteceden una acción.

Más allá de una definición de los componentes de la seguridad jurídica, no se puede desconocer que el desarrollo del concepto ha venido siendo asimilado a políticas codificadoras en el derecho positivo, tanto así que autores como Fernández (2005), López, (2011), Zaradny, (2011), ponen de ejemplo que el principio de seguridad jurídica ha vertebrado un proceso codificador en Francia, y en todo los países bajo influencia del *civil law*; siguiendo estas afirmaciones otros autores como Radkowska (2001), Laroba, (2003), Stein, (1997), ponen de presente que así como la codificación puede traer seguridad, la cara de la inseguridad puede presentarse bajo el mismo esquema, cuando por ejemplo el legislador usa técnicas poco rigurosas, debido a que la calidad de las normas es una condición esencial para la previsibilidad y certeza jurídica (Shahrbabaki, 2017), por lo que no solamente se propone que la seguridad debe ser sinónimo de claridad, sino que posturas como la de (Rodríguez, 2007) indican que para conjurar seguridad en el ordenamiento no es necesaria la creación de normas específicas, ya que basta con la creación de normas generales, y otras como la de (Gallego) quien indica que la seguridad jurídica debe pensarse más allá de la ley, puesto que seguridad no es sinónimo de legalidad.

Debido a la existencia del precedente judicial no puede entenderse entonces que la seguridad jurídica sólo se presume del conocimiento de las normas producidas por el legislador (Martínez, 2014); aunque para algunos autores esto representa riesgos como el menoscabo de la función judicial en la función normativa (Luño, 2000). Sin embargo debido a la obligatoriedad en algunos casos de la aplicación del precedente, para autores como (Marinoni, 2012), este se convierte en una forma de tutela del valor constitucional de la seguridad jurídica y previsibilidad, o como aquel que permite a los asociados prever el contenido de las decisiones de los jueces; dicha previsibilidad permite anticipar las consecuencias de la actuación. Para otros autores como Díaz (2014), Kemelmaier, (1998), el precedente tiene el riesgo de que decisiones que se apartan de criterios que se han aplicado durante un largo tiempo resulten generadoras de incertidumbre, o como una especie de precedente discordante; en lo que coinciden todos estos criterios, es en que la seguridad jurídica no es sinónimo de exactitud matemática, ni es certeza absoluta, sino apenas una probabilidad razonable, y este debe ser el criterio que se aplique cuando de precedentes jurisprudenciales se trata. Penagos, (2014), Ávila (2014)

Tratando la problemática planteada de la seguridad jurídica dentro del proceso de arbitraje nacional, y siguiendo un enfoque economicista, es necesario exponer posturas como las de (Diakite, 2016, p. 55) quien afirma que “un ordenamiento jurídico moderno debe estar adaptado a la protección de las actividades económicas, mediante la materialización del principio de la seguridad jurídica, sobre todo en el arbitraje”, es decir, la confianza en la inversión extranjera no solo debe reputarse hacia los habitantes de determinado Estado (Ralf, 2015), sino debe poder ser accesible a otros agentes, tanto de las leyes como de la interpretación de las mismas pudiendo así crear una transición en el tiempo del derecho, por

otra parte Murle (2005), Ibagón (2012), Markman (2003), afirman que justamente para poder hablar de seguridad jurídica en un determinado proceso arbitral, es necesario bien sea restringir o permitir la práctica de forma clara, debido a la incertidumbre ocasionada con las múltiples posturas judiciales que se han tomado y que tienen como origen una falta de limitación o permisión constitucional expresa.

Ahora bien, tratando la problemática en particular, se toma como punto de partida el que la seguridad jurídica es un elemento fundamental en la existencia de todo ordenamiento jurídico, de igual manera que la codificación es un elemento esencial que puede afectar o favorecer la seguridad jurídica. Aunque, de igual manera, puede observarse que al no poder reputar una certeza total, desde el punto de vista del precedente judicial, se tiene como consecuencia que puedan existir varias tesis de solución a un caso en el transcurso de un determinado tiempo, en el particular esto se ve reflejado con las tendencias mantenidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, de ahí la importancia del precedente vinculante como forma de tutela del valor o principio de la seguridad jurídica que conlleva a su vez la estabilidad de las decisiones judiciales. Conforme a lo anterior se hace necesario

Respecto a la necesidad de la aplicación del principio de seguridad jurídica en el problema ya planteado, todos los autores consultados concuerdan en que resulta útil para el funcionamiento del sistema de justicia arbitral, que a su vez descongestiona en gran medida la jurisdicción ordinaria Sin embargo (León. 2018, p. 17) hace especial énfasis en las ventajas que representa para la inversión extranjera como mecanismo de solución ágil y eficaz de los conflictos contractuales, y García (2014) que afirma la intención que se tuvo desde la concepción del estatuto (ley 1563 de 2012) hacia el reconocimiento internacional del arbitraje

colombiano, incluso armonizando con los tratados económicos y de libre comercio firmados por Colombia.

De otra parte, el comportamiento del principio tiene varios reveses, puesto que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han tenido diversas posturas afectando directamente su aplicación. Tal como lo indica León “a pesar de la existencia de la sentencia C 1436/00 la jurisprudencia no se mantuvo estática... afectando directamente lo expuesto acerca de la seguridad jurídica de los laudos arbitrales y en su revisión extraordinario por medio del recurso de anulación del que conoce el Consejo de Estado.

Capítulo 3 Reinterpretación de la transigibilidad

3.1 Juez competente de conocer sobre legalidad de actos administrativos, excepciones a la jurisdicción contencioso-administrativa

Otro de los argumentos sostenidos desde la jurisprudencia que se suma a la indisponibilidad de los actos administrativos contractuales expedidos en uso de las facultades exorbitantes, es el hecho de que el juez natural para conocer de la legalidad de los mismos, y en general de todos los actos administrativos de manera exclusiva y excluyente, es el juez de lo contencioso administrativo por medio de las acciones señaladas en la ley 1437 de 2011.

Citando a la Constitución política de Colombia, dicha facultad está señalada en el artículo 237, que indica: “son atribuciones del Consejo de Estado: 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.” y el artículo 238, que reza: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”. (CP, 1991, art. 238, *Col.*)

De esta manera, se hará una exposición, en primer lugar de las acciones constitucionales por medio de las cuales se puede dejar sin efectos un acto administrativo contractual, seguido de la comparación entre los efectos jurídicos de la conciliación administrativa sobre actos administrativos particulares y con efecto económico que pueden modificar un acto administrativo por fuera de la esfera exclusiva del juez contencioso, y, para finalizar, se expondrá la manera como el juez ordinario puede declarar la nulidad de un acto administrativo como efecto necesario de la revisión de nulidad sobre laudos arbitrales que tienen que ver con conflictos colectivos de trabajo.

Existen varias vías por medio de las cuales los jueces ordinarios o de cualquier otra jurisdicción puedan juzgar actos administrativos contractuales. En primer, lugar tal como lo explica Ibagón, se encuentran las acciones populares, debido a que existe la posibilidad de que por medio de estas acciones pueda conocerse de la legalidad de un acto administrativo contractual, al respecto se indica que “el juez que conoce de las acciones populares es competente para anular actos administrativos que violen o amenacen violar intereses o derecho colectivos” (2012, p.54). Bajo esta afirmación es necesario indicar que las acciones populares previstas en el artículo 88 de la Constitución, y la ley 472 de 1998; determinan qué debe entenderse por derechos colectivos, definiéndolos como aquellos que “le pertenecen a la comunidad y que tienen como finalidad garantizar que las necesidades colectivas se satisfagan.” (Ley 472 de 1998, art. 4, *Col.*)

Luego, por regla general, “una acción popular dirigida contra un particular será de competencia de la jurisdicción ordinaria, mientras que la dirigida contra una autoridad pública o un particular que desempeñe funciones publicas, lo será de la Contencioso Administrativa. La regla anterior se exceptúa en los eventos en los que la acción se dirija, al tiempo, en contra de una autoridad pública y de un particular; en tal caso, la

competencia para conocer de la misma reside en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto que ésta prevalece sobre la de la Jurisdicción Ordinaria en virtud del fuero de atracción.” (CE, Sentencia 2006- 04752, *Col*)

En ese orden, también se encuentra que el Consejo de Estado ha reconocido que el juez conozca de la legalidad de un acto administrativo contractual, cuando se trate de la moralidad administrativa y el derecho a la defensa del patrimonio público (Padilla, 2008, p. 97), como es el caso de la sentencia del 21 de marzo de 2007 en donde se genera un precedente que faculta al juez para declarar la nulidad de un acto administrativo contractual para tutelar la moralidad pública, en dicho pronunciamiento se indica lo siguiente:

“La nulidad de actos y contratos debe, como se dijo, constituir la última ratio de las determinaciones del juez de la acción popular para “hacer cesar ... la vulneración o agravio” o “restituir las cosas a su estado anterior”. En el caso objeto de análisis, se insiste, las acciones que provocaron la violación a la moralidad administrativa fueron la escogencia de un contratista que no se podía seleccionar, así como contratar con él; la única manera de hacer cesar esta vulneración es dejar sin efectos estas acciones, esta ilegalidad trae como consecuencia la posibilidad del juez ordinario de anular dicho acto” (CE, Sentencia 2005-00549, *Col.*)

Pero, además de proteger la moralidad administrativa como un derecho y un principio orientador, el Consejo de Estado hace lo propio con el derecho colectivo al patrimonio público en pronunciamientos posteriores, reiterando que “el Consejo de Estado ha considerado que el juez de las acciones populares está facultado para declarar la nulidad de

actos administrativos cuando tales actos ponen en peligro o vulneran el derecho colectivo al patrimonio público” (CE, Sentencia 2004-00540, *Col.*)

En segundo lugar se encuentran las acciones de tutela, ya que por medio de estas podría afirmarse que el juez constitucional en sede de tutela, siempre y cuando no exista otra vía judicial idónea y eficaz, tiene la facultad de dejar sin efectos o suspender actos administrativos contractuales, indistintamente si son proferidos en uso de facultades excepcionales o no.

En la sentencia SU-772/14, la Corte Constitucional, con la finalidad de zanjar una posición frente a la procedencia subsidiaria de la acción de tutela en el marco de controversias contractuales, sostuvo que “la idoneidad y eficacia del remedio judicial alternativo, deben ser apreciadas en cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del solicitante, así como los derechos constitucionales fundamentales invocados.” (CC, Sentencia SU-772/14, *Col.*)

De acuerdo con los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional, en esta sentencia se precisan los elementos característicos de la amenaza de perjuicio irremediable que se deben acreditar para que la acción de tutela proceda, los cuales pueden extenderse a asuntos disciplinarios. A saber, dichos elementos son:

“(i) Es necesario que existan motivos serios y razonables que indiquen que una determinada providencia Y/o acto administrativo puede haber sido adoptada con desconocimiento de las garantías constitucionales y legales pertinentes y, por ende, con violación de los derechos fundamentales de los afectados, en particular al debido proceso.

(ii) El perjuicio que se deriva de la providencia y/o acto administrativo ha de amenazar con hacer nugatorio el ejercicio de uno o más derechos fundamentales de los sujetos.

(iii) Debe tratarse de un daño que cumpla con los requisitos de certeza, inminencia, gravedad y urgente atención.

(iv) Asimismo, existe un perjuicio irremediablemente grave cuando se trata de derechos fundamentales cuyo ejercicio está delimitado temporalmente por la Constitución, por ejemplo, el derecho a la representación política o el derecho a ser elegido miembro de corporaciones públicas.

(v) Finalmente, para que la acción de tutela sea viable es necesario que los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas impugnadas” (CC, Sentencia SU-772/14, Col.)

Así las cosas, la regla general que ha fijado la Corte Constitucional es que no procede la acción de tutela frente a actos contractuales o precontractuales, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales de defensa. Procede, sin embargo, la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas “cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable, casos en los cuales el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo” (artículo 7. del decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (art.8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Tal es el caso de la sentencia que resuelve la acción de tutela T- 209 de 2006 en donde se protegió el derecho al buen nombre de una sociedad comercial frente a la aplicación de la caducidad del contrato, ya que se encontró que la inhabilidad para contratar con el Estado por el término de 5 años, se traducía en un perjuicio irremediable que exige del juez

constitucional la adopción de medidas inmediatas y que convierte a la tutela en un mecanismo impostergable de urgente aplicación, y por ende de protección transitoria a la garantía constitucional del debido proceso.

Puede concluirse entonces que, aunque se maneje la teoría de que sólo de manera excepcionalísima se deba acudir al juez de tutela y este proceda a proteger un derecho, pues existen otros recursos propios en la jurisdicción contenciosa, no se cierra de todo el camino a que dicha excepción pueda presentarse. Eventualmente este juez sí puede suspender y dejar sin efectos actos administrativos, tesis que en conjunto con la de las acciones populares desestiman la idea de que esta es una facultad exclusiva del juez de lo contencioso administrativo.

En tercer lugar se encuentra la conciliación administrativa, que en el artículo 59 inciso 1 de la ley 23 de 1991 dispuso que “las entidades podrían conciliar sobre los conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que ante la jurisdicción de lo contencioso se ventilarían por medio de las acciones de nulidad y restablecimiento, acción de reparación directa y acción de controversias contractuales” (Ley 23 de 1991, art. 59, Col); Igual disposición se encuentra en el artículo 70 de la ley 446 de 1998, que indica que la única restricción de la conciliación son los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario. No obstante, los actos administrativos contractuales que son de carácter particular y de contenido económico pueden ser objeto de una conciliación, por lo que vale la pena preguntarse si ¿esto los convierte en asuntos transigibles?

El artículo 71 de la ley 446 indica que un acto administrativo de carácter particular puede conciliarse en sus efectos económicos si se da alguna causal de las previstas en el

artículo 69 del extinto Código Contencioso Administrativo, reemplazado por el artículo 93 de la ley 1437 de 2011.

De igual manera, aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado. Esto, sumado a la conciliación como prerequisite de acciones contenciosas según la ley 1285 de 2008 para conflictos de carácter particular y económico, refuerza la tesis de que dichos actos también son arbitrables. De lo contrario se estaría en un contrasentido, por cuanto, si en la conciliación se puede lo más, que no es otra cosa sino revocar el acto administrativo para reemplazarlo por el acuerdo conciliatorio, carece de sentido que la ley prohíba al árbitro de arbitrar respecto de dichos actos.

Es decir, se emplea la conciliación en términos muy cercanos al arbitramento, frente a la equivalencia de asuntos disponibles y transigibles. La diferencia radica entonces en que al conciliar los efectos económicos de un acto administrativo de carácter particular, los actos administrativos desaparecen y son reemplazados conforme al artículo 71 ley 446 de 1998 por el acuerdo logrado entre las partes y aprobado por el juez, pues el artículo en mención señala que cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se dan algunas de las causales del artículo 69 del CCA -hoy 93 CPACA-, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado, artículo replicado en el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, es decir el decreto 1818 de 1998 en su artículo 57.

De lo anterior puede afirmarse que la conciliación administrativa aparece como una forma en la que por medio de una Mecanismo Alternativo de Administración de Justicia pueden modificarse actos administrativos, e incluso sustituirse para crear uno nuevo, esto se presenta como un argumento en contra de que por ser asuntos de orden público les está

vedado de su conocimiento a los MASC, pues el arbitraje puede clasificarse dentro de estos mecanismos.

Para finalizar, se encuentran las controversias laborales frente a competencia exclusiva del contencioso administrativo para resolver conflictos de naturaleza laboral surgidos en relación con una entidad estatal, (CE, Sentencia, 1992-1759, *Col.*) en ese sentido el Consejo de Estado indica que la jurisdicción contenciosa está impedida frente a la competencia para la solución de conflictos laborales, respecto de sus trabajadores oficiales, por cuanto esta está asignada a la justicia ordinaria, es decir que así en ese conflicto se necesite declarar la nulidad de los actos administrativos, seguirá siendo competencia del juez ordinario, lo que nuevamente derrumba la tesis de que la competencia para conocer de dichos actos es privativa de la jurisdicción contenciosa.

Ello también ocurre cuando, por ejemplo, para acudir al juez laboral el trabajador oficial debe agotar la vía gubernativa, sin que ello quiera decir que el juez laboral resolverá la situación de despido y el juez de lo contencioso administrativo la legalidad de la resolución mediante la cual se agotó la vía gubernativa “En el artículo 6º del C.P.L.S.S. se adoptó una modalidad especial de aseguramiento de la oportunidad para la autotutela administrativa, porque al señalarse que la reclamación administrativa cuyo agotamiento es presupuesto para ocurrir ante la justicia ordinaria laboral, consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, la sustrae del ámbito del agotamiento de la vía gubernativa previsto en el C.C.A. como requisito para que los particulares puedan acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa a demandar los actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto, para someterla a una regulación más general y sencilla, conforme a la cual, en todos los eventos en que se pretenda demandar

a una entidad pública ante la justicia ordinaria laboral, un presupuesto de procedibilidad de la acción es esa previa reclamación administrativa.” (CC, Sentencia C-792/06. *Col.*)

Además de lo anterior, frente a un conflicto colectivo de intereses laborales la jurisdicción de lo contencioso no es competente para conocer de fondo frente la constitución de un tribunal de arbitramento, siendo este es un ejemplo de asunto que por conexión y economía procesal que, aunque en un principio es competencia del juez contencioso administrativo, no puede ser separado de un proceso en otra jurisdicción por lo que necesariamente otro juez debe conocer y dejar sin efectos o suspender eventualmente actos administrativos sobre los que en un principio la jurisdicción contenciosa debiera conocer de manera exclusiva y excluyente.

Como conclusión del presente acápite, vale la pena resaltar que la disponibilidad de los asuntos nace como un límite en procura de la no afectación del orden público. Sin embargo, tal como lo indican Escobar (1999), Ibagón (2012) y Cardona (2017), las cláusulas exorbitantes no se derivan de una ley contractual especial, sino que tienen fundamento en la supremacía jurídica que ostenta la administración pública en las relaciones jurídicas en las que interviene, y estas son otorgadas expresamente por la ley; esto tiene su razón de ser, justamente, en la necesidad de prestación de un servicio público y el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que las partes no pueden negociar la posición de superioridad de la que goza la administración para utilizar poderes exorbitantes en los contratos públicos, y es justamente esta posición la que justifica la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, sin que dichas cláusulas y su utilización puedan entenderse como un asunto de orden público, por cuanto su aplicación y efectos son de interés exclusivo para las partes del contrato.

Tal como se afirmó con anterioridad, en materia de derecho público la limitación deberá ser expresamente señalada por ley conforme a la naturaleza de las relaciones. Por un lado, no se puede desconocer que para el caso en concreto se está haciendo referencia a aquellos actos administrativos que se emiten en el ejercicio de potestades públicas que son indelegables e intransferibles, negociables, ni transigibles; sin embargo, coinciden Ibagón (2012), León (2018) y Aguilar (2014), en que, conforme a la idea de competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa, implicaría que los tribunales arbitrales jamás podrían dirimir un conflicto en que hiciera parte una entidad estatal, razón por la cual asemeja la práctica de conciliación, en la cual sí es posible conciliar la legalidad de los actos administrativos, posición reforzada por la idea de que los jueces ordinarios que conocen de tutela y de acciones de populares con motivo a preservar el interés general y derechos fundamentales de la población pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos y así mismo pueden suspender sus efectos.

Conforme a lo expuesto por los autores anteriormente mencionados debe indicarse que en un principio la transigibilidad está asociada a los orígenes del arbitraje como una práctica dada entre particulares, es decir, todo su desarrollo conceptual tiene como destinatarios sujetos que celebran contratos en igualdad de condiciones. Sin embargo, como respuesta a la utilización de este método alternativo de solución de conflictos en la mayoría de los contratos celebrados por la administración, las posturas jurisprudenciales han relacionado la transigibilidad de la misma manera que se usa en contratos de derecho privado, lo cual es un error, puesto que, aunque existe y se encuentra vigente en el ordenamiento el principio de la irrenunciabilidad al ejercicio de las cargas públicas que implica que las mismas resulten ser indelegables e intransferibles, ni negociables, ni

transigibles, estos impedimentos hacen referencia a que la administración no puede negociar con el particular su posición de superioridad, pero no impide de alguna manera que los árbitros conozcan de estos asuntos, puesto que no se estará, como en el caso de un contrato privado, frente a una afectación del orden público, sino frente al cumplimiento de una regla imperativa que emana del poder soberano del Estado.

La razón por la que se acude al cambio de paradigma o una interpretación diferente en el concepto de transigibilidad o disponibilidad de derechos en el ámbito de los contratos públicos, es la necesidad de conservar la seguridad jurídica y estabilidad en los laudos arbitrales en donde, como se estudió con anterioridad, las Cortes nacionales han desarrollado varias posturas o tesis que afectan directamente la eficacia de las prácticas arbitrales como métodos alternativos de solución de conflictos, puesto que, producto de estas posturas, varios de los laudos han sido sujetos de revisión mediante el recurso extraordinario de anulación en el Consejo de Estado, invocando como causal aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros cuando ellos se refieren a actos administrativos contractuales expedidos en uso de poderes exorbitantes de la administración.

El desarrollo de lo anterior se realizará teniendo en cuenta que el fin último de lo planteado es no dejar la solución en manos de la voluntad legislativa, sino entender que los actos administrativos producto de las facultades exorbitantes sí son transigibles o disponibles en términos de arbitraje, por cuanto la analogía que se hace del concepto de transigibilidad desde el derecho privado no es aplicable al derecho público en la misma manera, ya que no se trata de transigir sobre poderes excepcionales sino sobre las consecuencias de su aplicación.

3.2 Aplicación de la propuesta: test de balanceo.

Puede indicarse entonces que los dos principios afectados con la problemática expuesta en el presente trabajo son el juez natural y la seguridad jurídica, en la medida en que la sentencia limitante le da prevalencia al juez natural sobre la seguridad jurídica afirmando que los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de las facultades exorbitantes no pueden ser sujetos de transigibilidad. Conforme a ello, se considera que el desequilibrio de estos dos principios puede resolverse mediante la utilización del método de balanceo expuesto por Dworkin, la manera en que se utilizará dicho método hace necesario realizar algunas diferenciaciones y conceptualizaciones respecto al método frecuentemente utilizado por la Corte Constitucional como lo es la ponderación de Robert Alexy.

Habrá que comenzar definiendo el balanceo de principios de Dworkin, desde una perspectiva deontológica, puesto que “balanceo significa igualar o poner en equilibrio, contrapesar a diferencia de Alexy, no hace alusión por ningún lado a la ponderación de principios sino que más bien establece la búsqueda por la determinación del equilibrio o igualación de cargas” (Peláez, 2019, p.8) para este caso en particular puede afirmarse que la afectación hacia el principio de la seguridad jurídica viene dada justamente porque se le da prevalencia a otro principio, es decir, que en un juicio de ponderación previo se desequilibró la relación, por lo que habrá que buscar el peso o importancia específica de los principios que viene implícita desde su edificación y no desde las condiciones particulares -en palabras de Dworkin-, por lo que este balanceo propuesto puede aplicarse a una generalidad de casos con las mismas condiciones, es decir, aquellos en que se trate la legalidad de acto administrativos contractuales expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales de la administración.

Antes de revisar metodológicamente el balanceo es necesario responder el siguiente interrogante: ¿son la seguridad jurídica y el juez natural principios según la teoría dworkiniana?

Las normas, principios y directrices políticas son elementos constitutivos del sistema jurídico pero, para Ronald Dworkin, los principios tienen una estructura lógica que permiten diferenciarlos de los demás componentes del sistema, esto es, en primer lugar que carecen del supuesto de hecho, razón por la cual no establecen condiciones para su aplicación, en segundo lugar, no imponen una decisión particular o una consecuencia jurídica puntual, y en tercer lugar son tipos de estándares jurídicos contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. La seguridad jurídica tal como se expuso con anterioridad, y el juez natural, a pesar de estar inmerso en el debido proceso que sí establece condiciones para su aplicación, cumplen con las condiciones para ser considerados principios universales al ordenamiento jurídico; sobre todo porque al darse el contenido previsto en el principio no necesariamente se sigue la aplicación automática de consecuencias jurídicas.

Sumando a lo anterior, la definición propuesta por el autor según la cual “principios no serían deberes, sino derechos entendidos estos como finalidades políticas individualizadas con un peso o poder suficiente para hacer ceder a los objetivos colectivos.” (Dworkin, 2012, p.25) justifica la aplicación de una teoría del balanceo, puesto que se hace necesaria para sostener el cambio de una costumbre decisional del Consejo de Estado, y de la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional.

Producto del balanceo de los principios indicados con anterioridad y de la aplicación de los principios a los casos difíciles como en la presente problemática, se vislumbra que los mismos constituyen un conjunto de razones de peso para la creación de una nueva norma a partir de una novedosa interpretación de la ley, por lo que, en consecuencia, no se está

creando derecho de la nada, ya que, por una parte, los principios también hacen parte del ordenamiento jurídico, y, por otra, estos permiten una interpretación más adecuada de la norma que le permita cumplir con su finalidad, sin desconocer la relevancia de la protección del orden público y constitucional.

Un factor importante para el balanceo, es que este responde a ciertas interpretaciones realizadas también a otros principios en un momento determinado, se apela a otros principios y prácticas; es decir las prácticas sociales y el contexto de la decisión influyen al momento de sopesar principios, indica Dworkin que no todo principio justifica el cambio de una norma por otra, 1. Hay principios que cuentan, 2. Hay principios que no cuentan, 3. Hay principios que cuentan más que otros, lo cual no dependerá de las preferencias del juez sino de otros aspectos, sin embargo la finalidad última de este método es evitar la discrecionalidad de las decisiones para encontrar una que indique o ilumine la dirección en la cual se debe decidir.

Ahora bien, ¿Cómo solucionaría el juez Hércules el balanceo del principio del juez natural y la seguridad jurídica frente a la transigibilidad de actos administrativos?

Lo que indica la teoría dworkiniana, es que el primer paso es organizar la teoría de la constitución, para determinar el alcance de las estipulaciones constitucionales. En concreto como se ya se vio, el principio del juez natural hace parte de lo condensado y referido en el artículo 29 constitucional referente al debido proceso, mientras que la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrada en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de la confianza legítima. Y aún cuando ambos principios son generales, tienen normas que los desarrollan directamente en la Constitución.

Para el segundo paso se utilizarán los precedentes, debiendo distinguir, como ya se mencionó en el primer capítulo, los diferentes precedentes tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, y evaluando su obligatoriedad y el manejo que se le da a los

diferentes principios en donde se encontró un desbalance, vale la pena traer a colación la sentencia C 1436 del año 2000 y los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado, que no guardan identidad frente al problema.

Aquí es necesario seguir una ruta metodológica de la teoría para poder continuar, la ruta se compone de una fase pre interpretativa en donde se identifican las reglas y principios que hacen parte de la práctica social, una fase interpretativa, consistente en buscar los argumentos y razones con las cuales pueda justificar su decisión, y una fase pos interpretativa en la que se busca realizar reformas a la práctica jurídica existente. Por ende, es ese el lugar en donde se ajusta su sentido sobre qué necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta la etapa interpretativa (Dworkin, 2012, p. 58). Para la problemática en concreto, se utilizarán los siguientes conceptos:

En la fase pre interpretativa se identificaron los principios de seguridad jurídica y juez natural objeto directo de las decisiones que presentan la problemática expuesta. En la fase interpretativa, se expusieron las razones por las cuales se estaba interpretando erróneamente el concepto de transigibilidad en el derecho público y las excepciones que él mismo advertía frente al juez natural de conocimiento de legalidad de actos administrativos contractuales o con contenido económico. Y, en la fase pos interpretativa, se propone que la manera de reconciliar o balancear los principios identificados es el manejo de una tesis abierta hacia el conocimiento por parte de los árbitros de la legalidad de los actos administrativos contractuales expedidos en uso de facultades excepcionales, ya que no se encuentra sustento legal hacia las postura restrictivas que ponen en desmedro la seguridad jurídica. Dicha ruta metodológica puede verse a continuación.

I. —→ Transigibilidad
Pos . I —→ Tesis Abierta

Como se anticipó en el tercer paso, se trata de encontrar un solo conjunto de principios que reconcilie todas las leyes y precedentes existentes, debe aplicar las premisas de que la fuerza gravitacional quedará afectada a tal punto que ningún argumento de principio podrá respaldarlos para continuar extendiendo sus efectos a nuevos casos (precedente fallido), teniendo en cuenta que el sistema jurídico es un todo coherente en el que coexisten diversidad de componentes normativos, y esto se hace bajo los siguientes argumentos:

1. La falta de limitación del constituyente hacia el arbitraje de actos administrativos contractuales
2. La falta de obligatoriedad del precedente hito constitucional por derogación tácita de la norma en que está basado. derogatoria artículo 70 ley 80 de 1993 por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012
3. La errónea interpretación del concepto de transigibilidad desde el derecho privado.

Frente al primer argumento, la falta de limitación de la Constitución en el artículo 116, puede resolverse haciendo uso del principio de legalidad y de reserva de ley, para sugerir al legislador proferir disposiciones tendientes a permitir el arbitraje sobre actos administrativos contractuales expedido en uso de las facultades exorbitantes, incluso el arbitraje libre de actos administrativos fuera de una relación contractual de contenido particular, sin embargo esta vía depende de la voluntad legislativa y de la modificación de varias disposiciones normativas, como por ejemplo en el caso de Perú, que como se expuso con anterioridad tiene una habilitación legal general.

El segundo argumento expone que la sentencia hito proferida por la Corte Constitucional, que es la base de la limitación -o si se quiere referir de las múltiples tendencias jurisprudenciales-, está sustentada en la declaratoria de exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, artículos que fueron derogados por normas del actual estatuto arbitral. Lo que significa que el pronunciamiento de la Corte también ha perdido vigencia, en cuanto a que la nueva disposición normativa actualiza, deroga y tiene nuevos pronunciamientos de la misma corporación. En otras palabras, para que la jurisprudencia se mantenga vigente, es necesario que la disposición sobre la cual fue expedida también lo haga, (C 348/17, C 044/18).

En este caso, ya no se habla de la necesidad de una modificación legislativa, sino de que la jurisprudencia posterior sea actualizada y deje de basar sus argumentos en la sentencia de constitucionalidad que no se encuentra vigente, sin embargo bajo esta postura no se descarta la intervención de la misma Corte Constitucional -acción de tutela- volviendo a reiterar posturas anteriores bajo una nuevas disposiciones, es decir no se están burlando argumentos para el cambio de postura, sólo se recuerdan reglas procedimentales que impiden la aplicación de un precedente.

Así las cosas, el argumento catalizador en la ecuación del balanceo de los principios es aquel que expone la interpretación errónea del concepto de transigibilidad, ya que según esto se apoya la idea de que el único facultado para conocer la legalidad de los actos administrativos es el juez natural de la legalidad de dichos actos, como lo es el contencioso administrativo. Pero, con la idea de que no es una competencia exclusiva de los jueces ordinarios, y que por el contrario el juez natural para conocer es aquel que fue acordado en el pacto arbitral, se lleva a plantear que no se pueden transferir conceptos del derecho privado

hacia el derecho público en igualdad de condiciones, debido a la naturaleza específica de las materias a regular en cada especialidad.

Para el caso de conflictos entre principios la respuesta la encontraríamos en el balance que el juez llevaría a cabo sobre cada uno de estos, debiendo el funcionario jurisdiccional interpretar ese balanceo ya dado ex ante para darle al principio un conflicto el peso correspondiente, no adquirido en virtud del caso concreto, sino desde la génesis misma de la conformación del sistema jurídico.

3.3. Ampliación hacia nuevas arbitrabilidades, arbitraje tributario.

Con ocasión de múltiples propuestas de reforma del estatuto arbitral vigente, denominadas nuevas arbitrabilidades, se han relacionado temas que no son objeto de arbitraje en la actualidad. Tal es el caso del arbitraje tributario, entendiendo al procedimiento tributario como aquel que se da cuando surgen inconformidades o errores entre el contribuyente y la autoridad tributaria.

La razón para exponer esta idea de arbitraje se da a partir del mundo de actos administrativos que se profieren en un procedimiento tributario, incluyendo el de su iniciación, y que no pueden ser objeto de transacción, conciliación y arbitraje dada la carga prohibitiva que le impone en principio de indisponibilidad del crédito tributario. En palabras de Londoño estas limitaciones son “muros que suscitan muchas inquietudes en relación con sus pronunciamientos sobre el hecho de que los particulares investidos como árbitros no puedan pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos y, por ende, no estarían facultados para declarar su nulidad y, a su vez, restablecer el derecho del contribuyente u obligado tributario afectado.” (2021, p. 36).

Liquidaciones oficiales, resoluciones que imponen sanciones, resoluciones que niegan devoluciones o compensaciones, asuntos aduaneros y cambiarios competencia de la DIAN, y en general, todos los actos que contengan decisiones definitivas para los contribuyentes, bajo la teoría de que son asunto transigibles en el derecho público, en aplicación del mismo método de la arbitrabilidad de actos administrativos contractuales expedidos en uso de facultades excepcionales, podrían ser llevados ante tribunales arbitrales, bajo la fórmula del artículo 138 ley 1437 de 2011, referidos a asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho ya que son actos de carácter particular y de contenido económico, cuyas causales de nulidad están expresamente señaladas y que afectan sólo a las partes en disputa.

Así la cosas, los árbitros que conozcan de disputas de carácter tributario estarán habilitados para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos particulares que se expidan en esta materia, aunque como se sigue la lógica de estos asuntos han de proferir fallos en derecho ajustados a la normatividad vigente incluyendo el control posible a realizarse desde el recurso de anulación de laudos arbitrales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En el caso tributario la única vía que puede elegirse para permitir la arbitrabilidad de actos administrativos particulares es la legislativa, sin embargo, desde el legislativo o desde el control posterior automático de constitucionalidad de las leyes que desarrollen este tema debe tratarse la transigibilidad desde el punto de vista del derecho público, de lo contrario se haría inviable permitir que estos asuntos sean de libre disposición, o si se quiere, hablarse de transacción. Otra de las consecuencias de esta permisión serían la posibilidad de la conciliación y la transacción tributaria en vía administrativa que conllevaría incluso a la consecución de actos administrativos consensuados, práctica que está restringida en temas

tributarios en la actualidad, pues no “existe razón lógica para limitar que, en asuntos tributarios, los árbitros puedan declarar la nulidad de los actos liquidatorios, sancionatorios y confirmatorios, y restablecer en su derecho a los contribuyentes afectados con decisiones violatorias de las normas aplicables.” (Londoño, 2021, p. 38).

Tal como lo que se trató en este acápite la jurisprudencia vinculante desarrollada por la Corte Constitucional en el año 2000 fue adecuada para la época en que se expidió conforme a una situación social determinada, pero ya no responde adecuadamente al cambio social posterior, por lo que se hace necesario a partir de herramientas argumentativas del derecho traer al presente precedentes.

Conclusiones

La justicia arbitral se desarrolla a partir de un diseño contitucional contenido en la clausula general del articulo 116 de la Constitución Política de Colombia, y legalmente en todas las normas que la contienen, tal como el estatudo arbitral -Ley 1563 del año 2012-, asi las cosas puede afirmarse, que en terminos constitucionales los arbitros son verdaderos jueces que no tiene otras limitaciones más que la temporalidad de su función y las materias de las cuales pueden conocer, es justamente en ese ultimo aspecto en donde se pretendió demostrar que se le esta dando un tratamiento limitante a la competencia arbitral sobre un aspecto que no debería tenerlo, tal como es el caso del conocimiento sobre la legalidad de los actos adminsitrativos contractuales expedidos con uso de las facultades excepcionales al derecho privado con las que cuenta la administración. Conforme a ello, alrededor de la interpretación que da el juez constitucional, se realizó una propuesta, de reinterpretación del concepto de transigibilidad; esto debido a que el precedente constitucional no genera la suficiente seguridad jurídica al dar paso a varias interpretaciones, además de poner en desequilibrio al juez natural del conocimiento de los conflicitos sucitados sobre estos temas.

Ahora bien, tal como se expuso, la introducción de una nueva interpretación del concepto de transigibilidad favorece la aplicación del principio de seguridad jurídica en los laudos arbitrales que conocen de actos administrativos dictados en uso de las facultades excepcionales de la administración, ya que se está bajo la idea errónea de que el arbitraje puede darse solo en asuntos de libre disposición o transigibles; aunque el estatuto cambia la terminología sigue siendo la misma idea que es de vieja data, y que nace a la par con el arbitraje, pero todo esto desde el derecho privado. Es por ello que no se busca eliminar la concepción de asuntos de libre disposición, sino que se pretende acomodarla al derecho público, debido a que no puede trasladarse la idea de una especialidad del derecho a otra sin hacerle modificaciones porque no se tratan de los mismos sujetos, ni de asuntos de la misma naturaleza, debe tenerse en cuenta entonces las funciones de la administración tales como el cumplimiento de los fines del Estado pueden generar un desequilibrio frente al particular.

Siguiendo con lo anterior, justamente se hablan de facultades excepcionales al derecho privado, no porque deban ser tratadas o conocidas por el juez contencioso o porque sobre ellas se tenga una competencia exclusiva o privativa, ya que tal como se demostró existen más jueces que puede conocer de la legalidad de los actos administrativos expedidos bajos estas facultades. Tal como se afirmó en el salvamento de voto de la sentencia c1436/00 la administración no puede renunciar al ejercicio de las facultades excepcionales para proferirlos, pues ellas las ostenta por razones que tocan con el interés general por ellos las facultades excepcionales no serían transigibles. Pero los derechos que adquiere en virtud del ejercicio de dichos poderes son cosa distinta de los poderes mismos, y ellos sí pueden ser renunciados.

Por otra parte el precedente jurisprudencial que limita, es obligatorio, pero ha perdido vigencia, lo cual puede darle las bases suficientes a un fallo del Consejo de Estado menos

restrictivo que quiera apartarse del fallo de exequibilidad condicionada, puesto que legal y condicionalmente no hay limitaciones y las únicas que existen son expresas y se pueden encontrar en la Ley 418 de 1997 y la Ley 1682 de 2013, en donde se encuentran disposiciones que prohíben el uso del arbitraje en ciertas materias contractuales específicas.

Y es justamente por esa falta de claridad en la aplicación de un precedente con normativa que no está vigente -ley 80 de 1993-, que se ha llegado al punto de reconocer que se puede fallar sobre efectos económicos de dichos actos administrativos, teoría que no fue pensada en la sentencia hito y obligatoria sobre la constitucionalidad de algunos apartados de la ley 80 artículo 70 y 71, pero que si ha sido desarrollada por el Consejo de Estado y que se plasma la ley 1563/2012

Ahora bien, la seguridad jurídica es un aspecto importante no solo para los asociados sino sobre todo, y desde una mirada económica de la necesidad tener un derecho cierto más amigable con las inversiones extranjeras e incluso las locales, pues lo que se pretende es hacer eficaz el mecanismo alternativo de solución de conflictos como lo es el arbitraje, puesto que simple vista resulta ser un medio más expedito y célere, que pierde dichas cualidades al ser sometido a largas esperas por fallos de anulación de laudos que se hacen engorrosos tanto por el tiempo de trámite como por el de resolución en los casos en los que los falladores encuentran razones de peso para hacerlo de fondo, lo cual no es la generalidad, porque se está ante la presencia de un recurso extraordinario.

La transigibilidad reinterpretada, se convierte en una herramienta para ajustar el equilibrio de los principios de la seguridad jurídica y el juez natural afectados en el presente problema jurídico, , así las cosas dicho restablecimiento se hizo a partir del método expuesto por Dworkin en su test del balanceo, la razón para elegir este método es que claramente, se está bajo la idea errónea de que el juez para conocer de estos casos es el contencioso y como

forma de restablecer estas carga de principios fue necesarios sopesarlos a partir de la configuración de una transigibilidad más libre y no permeada por el derecho privado. Y sobre todo porque esa interpretación realizada en el año 2000 seguramente respondió a dinámicas sociales de la época, pero hoy en día no lo es.

Esta reinterpretación, puede dar lugar a una tesis definitiva, esto ya que en la actualidad se puede firmar que se encuentra en la presencia de una tesis intermedia, que ya ha abandonado la tesis prohibitiva total y que puede evolucionar hacia una tesis positiva total como producto de un proceso evolutivo que responde a las nuevas dinámicas sociales. al abrirle paso a una tesis positiva sobre actos administrativos contractuales de contenido económico, bien puede pensarse en la posibilidad de extender hacia otras facultades que se dan si se rompe con la idea de que el juez contencioso es el único que puede conocer la legalidad de estos que no sean contractuales o que sean contractuales expedidos con facultades excepcionales por ejemplo como se expuso al arbitraje tributario, sobre todo con el apoyo de la afirmación según la cual que la misma Administración, por fuera del supuesto del pacto arbitral, podría revocar unilateralmente dichos actos, y así renunciar a los derechos que en virtud de ellos hubiera podido adquirir la Administración.

Referencias

- Arrázola, F. (2015). La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho Público*, 34, 1–28.
- <https://doi-org.ezproxy.javeriana.edu.co/10.15425/redepub.34.2015.19>

- Agudelo, M. (2005). El debido proceso. *Revista Opinión Jurídica*. Colombia: Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. 4 (7). Recuperado de <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307>
- Agudelo, M. (2006). El debido proceso. *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje = Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria*, 18(3), 395-41
- Aguilar, J. (2014). *Arbitrabilidad de actos administrativos*. Quito: USFQ, 2015. Consultado el 25 de septiembre de 2020. Recuperado de <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/4803>
- Ardila, J. (2014). *El principio de juez natural y la judicialización de los delitos informáticos*. (Tesis de Maestría) Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., Colombia.
- Ávila, H. (2014). Seguridad jurídica, una teoría estructural. En Penagos, P et al. (Ed.) *Seguridad jurídica en el sistema democrático*. México: Tirant lo Blanch
- Beltrán, A. (2018). Imparcialidad judicial y actividad probatoria en la Corte Penal Internacional. (I. B. (IBRASPP), Ed.) *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 4(2), 605- 644
- Bravo, J. (2005). La seguridad jurídica en el derecho tributario colombiano: ideales, valores y principios. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (329), pp. 11-41.
- Caballero, G. (2010). Seguridad jurídica y relaciones entre el common law y el derecho continental-romano. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, pp. 24-50.

Cardona. P., & Montaña. J. (2017). *Arbitraje nacional*. Bogotá: Librería ediciones del profesional LTDA.

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 15 de mayo, 1992, CP: D. Suarez, Sentencia 5326, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Segunda, 29 de mayo, 1992, CP: D. Y. Moreno, Sentencia 1759, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 12 de noviembre, 1993, CP: D. Suarez, Sentencia 7809, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 13 de junio, 1997, CP: J. M. Carrillo, Sentencia 12847, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 16 de junio, 1997, CP: J. Montes, Sentencia 10882, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 6 de noviembre, 1997, CP: R. Hoyos, Sentencia 7903, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 23 de febrero, 2000, CP: G. Rodríguez, Sentencia 16394, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 8 de junio, 1997, CP: A. E. Hernández, Sentencia 16973, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 6 de junio, 2013, CP: J. O. Santofimio, Sentencia 43922, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 4 de abril, 2002, CP: M. E. Giraldo, Sentencia 20356, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 10 de marzo, 2005, CP: M. E. Giraldo, Sentencia 27946, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 14 de abril, 2005, CP: R. S. Correa, Sentencia 25489, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 21 de febrero, 2007, CP: A. E. Hernández, Sentencia 2005-00549-01, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 21 de febrero, 2007, CP: E. Gil, Sentencia 2004-00540-01, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 27 de marzo, 2008, CP: R. S. Correa, Sentencia 25489, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 10 de junio, 2009, CP: M. Fajardo, Sentencia 36252, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 17 de abril, 2013, CP: M. Fajardo, Sentencia 42532, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 14 de marzo, 2016, CP: M. N. Velásquez, Auto 47292, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 31 de octubre, 2016, CP: J. O. Santofimio, Sentencia 57422, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 16 de agosto, 2017, CP: D. Rojas, Auto 47292, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 10 de noviembre, 2017, CP: C. A. Zambrano, Sentencia, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 28 de febrero, 2020, CP: J. O. Santofimio, Sentencia 57422, [Col.].

Consejo de Estado [CE], Sección Tercera, 26 de julio, 2021, CP: M. Bermúdez, Sentencia 57422, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 28 de septiembre, 1995, MP: H. Herrera, Sentencia C-431/95, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 4 de octubre, 1995, MP: C. Gaviria, Sentencia C-444/95, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 3 de diciembre, 1997, MP: C. Gaviria, Sentencia C-655/97, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 19 de marzo, 2002, MP: A. Tafur, Sentencia C-200/02, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 20 de septiembre, 2006, MP: R. Escobar, Sentencia C-792/06, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 2 de febrero, 2009, MP: J. Araujo, Sentencia T-058/09, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 19 de marzo, 2014, MP: A. Rojas, Sentencia C-170/14, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 25 de octubre, 2000, MP: A. Beltrán, Sentencia C-1436/00, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 14 de marzo, 2007, MP: M. J. Cepeda, Sentencia SU- 174/07, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 16 de octubre, 2014, MP: J. I. Pretelt, Sentencia SU-772/14, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 1 de diciembre, 2014, MP: M. V. Sáchica, Sentencia T-916/14, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 30 de julio, 2014, MP: M. González, Sentencia C572A/14, [Col.].

Corte Constitucional [CC], 30 de junio, 2011, MP: J. I. Palacio, Sentencia T-511/11, [Col.].

Corte Suprema de Justicia [CSJ], Sala de Casación Civil, 21 de julio, 2005, MP: J. L. Barceló, Sentencia SR-175-2005, [Col.].

Diakite, M. (2016) *L'arbitrage institutionnel Ohada, instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques* (tesis doctoral). Toulouse, École doctorale Droit et Science Politique. Consultado el 30 de agosto de 2020. Recuperado de <http://publications.ut-capitole.fr/24145/>

Díaz, R. (2014). La seguridad jurídica en la aplicación del derecho. En Penagos, P et al. (Ed.) *Seguridad jurídica en el sistema democrático*. México: Tirant lo Blanch

Del Río, J. A., & Navarro, R. M. (Eds.). (2008). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*. Universitat de València.

Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Escobar, R. (1999) *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Bogotá: Legis.

- Escobar, J. (2010). *Manual de Teoría General del Proceso- Fundamentos Jurisprudenciales y Doctrinales*. Ibagué: Universidad de Ibagué
- Fernández, G. (2005). Francia: seguridad jurídica y nueva política codificadora. *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, vol 2 número 4, 418-178. Consultado el 30 de agosto de 2020. Recuperado de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14114>
- Fernández. A. (2006). *Jurisdicción y arbitraje en derecho romano*, Madrid: Iustel
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta
- Gallego. A. (2012). El Concepto De Seguridad Jurídica en El Estado Social. *Revista Juridicas*, numero 9 volumen 2, 70-90. Consultado el 30 de agosto de 2020
Recuperado de [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas_Vol9\(2\)Completa.pdf#page=70](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/juridicas_Vol9(2)Completa.pdf#page=70)
- Gómez, I. (2016). *La seguridad jurídica. Una teoría multidisciplinaria aplicada a las instituciones vol. II*. (Tesis doctoral). Universidad Externado de Colombia, Bogotá
- García, C. (2000). *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.
- Hernández, M. (2004). *Seguridad jurídica. Análisis, doctrina y jurisprudencia*. Guayaquil: Edino.
- Hernández, R; Fernández, C & Baptista, M (2010) *Metodología de la investigación*. Sexta edición. Editorial Mc Growhill Education. México D.F. Disponible en: <http://observatorio.epacartagena.gov.co/>

Hinestrosa, F. (1983). *Escritos varios*. Bogotá: Ed Umaña Impresores.

Hurtado, J. (2010), Líneas de investigación y gerencia del conocimiento: Premisas de la cultura de investigación (Research Lines and Knowledge Management: Premises of the Research Culture) *Trilogía Ciencia Tecnología Sociedad*, Vol. 2, No. 2, 2010, Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=3528842>

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

Kemelmaier, A. (1998). La seguridad jurídica. *Revista de Derecho comercial y de las obligaciones*, (203), 181-184.

Lauroba, E. (2003). El principio de seguridad jurídica y la discontinuidad del derecho. *Louisiana Law Review*, número 63, volumen 4, 18-64. Consultado el 30 de agosto de 2020. Recuperado de: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol63/iss4/18>

León, M. (2018). *Arbitraje de actos administrativos contractuales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ley 57 de 1887. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. 31 de mayo, 1873. DO núm. 2.867 (Col.).

Ley 23 de 1991. Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones. 21 de marzo, 1991. DO núm. 39.752 (Col.).

Ley 270 de 1996. *Estatutaria de la administración de justicia*. 7 de marzo, 1996. DO núm. 42.745 (Col.).

Ley 448 de 1998. *Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público*. 23 de julio, 1998. DO núm. 43.345 (Col.).

Ley 17454 de 2014. *Código Civil y Comercial de la Nación*. 7 de noviembre, 1967. (Arg.).

Ley 472 de 1998. *Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones*. 5 de agosto, 1998. DO núm. 43.357 (Col.).

Londoño, F. (2021). El arbitraje en materia tributaria desde el ámbito nacional. *Arbitrio. Revista de derecho arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá* 6, 34-38.
<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/26464>

López, J. (2011). La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1789. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, 14(28), 121-134. Consultado el 30 de agosto de 2020.
Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3849989>

López, J. (2019). La competencia de los tribunales de arbitramento en asuntos contencioso-administrativos: Límites y contradicciones. *Verba luris*, (42), 163-171.

Luño, A. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, número 15, 25-38. Consultado el 30 de agosto

de 2020. Recuperado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:bfd-2000-15-48A09575&dsID=PDF>

Marinoni, L. (2012). El Precedente en La Dimensión De La Seguridad Jurídica. *Ius et Praxis* (07172877), 18(1), 249–266. Consultado el 30 de agosto de 2020.

Recuperado de: <https://doi-org.ezproxy.javeriana.edu.co/10.4067/S0718-00122012000100008>

Markman, S. (2003). Precedent: Tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions. *Tex. Rev. of L & Pol.*, 8(2), 283-301.

Martínez, J. (2014). La jurisprudencia como factor de seguridad jurídica. En Penagos, P et al. (Ed.) *Seguridad jurídica en el sistema democrático*. México: Tirant lo Blanch

Merchán, A. (1981). *El arbitraje: estudio histórico jurídico*. España: Universidad de Sevilla.

Monroy. M. (1982). *Arbitraje Comercial*. Bogotá: Temis.

Moscoso R., & Villalba. J. (2008). Orígenes y panorama actual del arbitraje.

Prolegómenos, 414-170. Consultado el 30 de agosto de 2020. Recuperado de <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2518>

Müller. A. (2005) la competencia arbitral en relación con las controversias derivadas de contratos estatales. *En Revista foro derecho mercantil No 6*. Consultado el 15 de mayo de 2020. Recuperado de

http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a7fbd404ce0430a010151404c

Naizir, J. (2019). Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho? *Vniversitas*, 139.

Consultado el 15 de septiembre de 2020. Recuperado de:

[https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/139%20\(2019-II\)/82562148011/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/139%20(2019-II)/82562148011/)

Odar, R. M. T. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y cambio social*, 13(43), 10. ISSN-e 2224-4131, Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456267>

Organización de Estados Americanos [OEA], Convención Americana sobre Derechos Humanos “*Pacto de San José de Costa Rica*”, 7-22 de noviembre, 1969, Ley 16 de 1972.

Padilla, J. (2008). *La Nulidad de los contratos Estatales en las acciones populares Un estudio doctrinal a la teórica jurisprudencial del consejo de Estado colombiano*. Recuperado de <http://hdl.handle.net/11619/1043>

Pallares. J. (2003). *Arbitraje conciliación y resolución de conflictos. Teoría técnica y legislación*. Bogotá: Leyer.

Parejo, L. (1989). La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. *Revista de Documentación Administrativa, Estudios*, 218-219, pp. 15-65. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i218-219.5132>

Peces- Barba, G. (1990). La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho, *en Anuario de derechos humanos N°6. Editorial*. Universidad Complutense de Madrid, 11-30.

Peláez, J. (2019). Las diferencias conceptuales y prácticas entre el “balanceo” de Ronald Dworkin y la “ponderación” de Robert Alexy. *Ius et Praxis*, 25(3), 167-214. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000300167>

Penagos, P. (2014). Seguridad jurídica y formación de jueces. En Penagos, P et al. (Ed.) *Seguridad jurídica en el sistema democrático*. México: Tirant lo Blanch

- Peyrano, J. (1998). La seguridad jurídica y el efectivo reconocimiento de derechos: valores de la escala axiológica del proceso civil. *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, 395-414.
- Quispe, F. (2013). El derecho al juez natural como derecho humano- y los tribunales militares en Colombia. *Eunomía-Revista en Cultura de la Legalidad*, 116-138.
- Radkowska, C. (2001). Entre seguridad jurídica y justicia: los conceptos de contenido variable. *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, 49(2), 195-206.
- Ralf, R. (2015). Las intervenciones judiciales al arbitraje internacional en Colombia y la seguridad jurídica. *Diálogos de Saberes*, 42, 119–139. Consultado el 30 de agosto de 2020. Recuperando de: <https://doi-org.ezproxy.javeriana.edu.co/10.18041/0124-0021/dialogos.42.193>
- Rincón, J. (2011). De la discrecionalidad, la estabilidad jurídica y la eficiencia en la gestión de los recursos humanos. El caso de las fuerzas militares colombianas. En *Seguridad jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. I Congreso del Doctorado en Ciencias Jurídicas*, pp. 33-58. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Rivera, C. A. & Guarín, N. A. (2014). Historia y evolución del recurso de anulación contra laudos arbitrales en Colombia. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/10554/14896>.
- Rodríguez, J. (2007). Principio de seguridad jurídica y técnica normativa. *Revista de Derecho Administrativo*, número 3, 251-268. Consultado el 30 de agosto de 2020 Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16325>

- Said, J. (2008). Seguridad jurídica, derechos y necesidades. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 11-32. Consultado el 30 de agosto de 2020 <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v8i34.516>
- Salcedo, Á. (2012). *En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje*. Recuperado de: <http://hdl.handle.net/20.500.12010/796>.
- Sánchez. G. (2017). El juez del “nuevo derecho”. Del gobierno de los oidores al gobierno de los jueces ¿neo constitucionalismo o neocolonialismo? *El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral tomo I*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.
- Serra, R. (2004). *La libertad ideológica del juez*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia: Universidad de Valencia
- Shahrbabaki. A. (2017). *La qualité des normes etude des theories et de la pratique* (tesis doctoral). École doctorale sciences juridiques et politiques, Marseille. Consultado el 30 de agosto de 2020. Recuperado de <https://www.theses.fr/2017AIXM0127>
- Stein, S. (1997). *Seguridad jurídica en el orden jurídico de la República Federal de Alemania. Contribuciones*, número 3, 7-31.
- Vigo, L. (2014). Aproximaciones a la seguridad jurídica. En Penagos, P et al. (Ed.) *Seguridad jurídica en el sistema democrático*. México: Tirant lo Blanch
- Zaradny, A (2011). *Codification et Etat de droit* (tesis doctoral). Paris 2, Bordeaux. Consultado el 30 de agosto de 2020. Recuperado de <http://www.theses.fr/2011PA020024>

