

**LEGALIDAD DE LAS POTESTADES EXORBITANTES
¿UNA TAREA PROHIBIDA PARA LOS ÁRBITROS O UN MITO?**

Análisis crítico de la jurisprudencia y de la doctrina que reivindica el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en pro de la eficacia del arbitraje

**ANGÉLICA AMÉZQUITA GUEVARA
MANUEL ALBERTO MARTÍNEZ GALVIS**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C.**

2019

**LEGALIDAD DE LAS POTESTADES EXORBITANTES
¿UNA TAREA PROHIBIDA PARA LOS ÁRBITROS O UN MITO?**

Análisis crítico de la jurisprudencia y de la doctrina que reivindica el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en pro de la eficacia del arbitraje

**ANGÉLICA AMÉZQUITA GUEVARA
MANUEL ALBERTO MARTÍNEZ GALVIS**

**DIRECTORA
NOHORA ELENA PARDO POSADA
MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y EN DERECHO PROCESAL**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C.**

2019

NOTA DE ACEPTACIÓN

FIRMA DEL PRESIDENTE DEL JURADO

FIRMA DE JURADO

FIRMA DE JURADO

BOGOTÁ, D.C., _____ DE 2019

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	7
-------------------	---

CAPÍTULO I

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PILAR FUNDAMENTAL DE LA JUSTICIA ARBITRAL.....	11
---	----

1.1. Generalidades: voluntad y autonomía, dos conceptos claves. La autonomía como elemento esencial en la manifestación de la voluntad.....	11
---	----

1.2. La autonomía de la voluntad: su manifestación y su incidencia en la justicia arbitral.....	15
---	----

1.3. Justicia arbitral: el alcance y los límites de la autonomía de la voluntad.....	19
--	----

1.3.1. El arbitraje: definición, características y ventajas.....	19
--	----

1.3.2. El pacto arbitral: cláusula compromisoria y compromiso.....	25
--	----

1.3.2.1. El pacto arbitral en los contratos estatales y los efectos que acarrea en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.....	27
--	----

1.3.3. Los árbitros y sus decisiones.....	34
---	----

1.3.4. Los límites a la autonomía de la voluntad de las partes: ¿qué controversias suscitadas en el marco de un contrato estatal pueden ser sometidas o no a arbitraje?.....	37
--	----

CAPÍTULO II

LA JUSTICIA ARBITRAL Y SU COMPETENCIA PARA ASUMIR EL CONOCIMIENTO DE LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN EL MARCO DE UN CONTRATO ESTATAL, SEGÚN LAS NORMAS Y LA POSTURA JURISPRUDENCIAL.....	43
--	----

2.1. El arbitraje en vigencia de la Constitución de 1886.....	43
---	----

2.2. El arbitraje en vigencia la Constitución Política de 1991 y su respectiva regulación con la Ley 80 de 1993.....	45
--	----

2.3 Otras normas sobre la figura del arbitraje en Colombia.....	49
---	----

2.4. Leyes que restringieron la competencia de los árbitros.....	51
2.5. Las restricciones fijadas por la jurisprudencia nacional en cuanto a la competencia de la justicia arbitral frente a actos administrativos dictados en el marco del contrato estatal.....	53
2.5.1. Una primera postura: competencia relativa de la justicia arbitral.....	53
2.5.2. Una segunda postura: incompetencia absoluta de la justicia arbitral.....	54
2.5.3. Tercera postura: competencia restringida de la justicia arbitral.....	60
2.5.4. Conclusiones del desarrollo jurisprudencial.....	64
2.6. La Ley 1563 de 2012 -Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional-.....	67
Escenario No. 1: interpretación amplia e inclusiva.....	68
Escenario No. 2: interpretación restrictiva y excluyente.....	69
CAPÍTULO III	
LAS POTESTADES EXORBITANTES Y LA REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN RELACIÓN CON LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS.....	73
3.1. Los actos administrativos expedidos con ocasión de la <i>actividad contractual</i>: precontractuales, contractuales y poscontractuales.....	74
3.2. Generalidades acerca de las potestades exorbitantes o cláusulas excepcionales al derecho común: definición, finalidad y características.....	76
3.2.1. Las potestades exorbitantes, según el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.....	80
3.2.2. ¿Existen otras potestades exorbitantes? Un cuestionamiento importante para efectos de determinar el marco competencial de los árbitros.....	86
3.3. La reivindicación de la autonomía de la voluntad es el camino para que los árbitros puedan asumir controversias relacionadas con la legalidad de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.....	91

**3.3.1. El examen de legalidad de los actos administrativos contractuales:
¿una tarea prohibida para los árbitros o un mito?.....91**

**3.3.2. La asignatura pendiente de la jurisprudencia nacional: que los
árbitros puedan examinar la legalidad o la validez de las potestades
exorbitantes previstas en el artículo 14 de Ley 80 de 1993.....94**

**3.3.3. La autonomía de la voluntad de las partes y su reivindicación: una
solución para dotar de competencia plena a los árbitros.....97**

PROPUESTA

**CAMBIO DE POSTURA JURISPRUDENCIAL Y OTRAS ALTERNATIVAS: DE LA
COMPETENCIA RESTRICTIVA A LA COMPETENCIA PLENA DE LOS ÁRBITROS....100**

CONCLUSIONES.....103

BIBLIOGRAFÍA.....105

INTRODUCCIÓN

La *justicia arbitral*, entre muchas de sus acepciones, ha sido entendida como un mecanismo alternativo solución de conflictos, a través de la cual las partes deciden, de manera libre y espontánea, someter sus controversias ante unos terceros particulares, llamados árbitros, para que solucionen el caso en cuestión mediante una decisión definitiva, que tiene efectos vinculantes para las partes.

Lo anterior da cuenta de la importancia de la *autonomía de la voluntad de las partes* que, como es bien sabido, es presupuesto esencial de la institución del arbitramento, tanto así que ha sido considerada como la piedra angular del aludido mecanismo alternativo de solución de conflictos, pues la *competencia de los árbitros* solo se habilita con la manifestación de las partes mediante pacto arbitral.

En ese contexto, conviene señalar que, en el marco de un contrato estatal pueden presentarse múltiples controversias, que en su totalidad pueden ser conocidas por la *justicia arbitral*, incluso aquellas relacionadas con la legalidad de los actos que se expiden en ejercicio de las *cláusulas exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993*, eso sí, siempre y cuando las partes contratantes manifiesten su voluntad, en ejercicio de su autonomía, de sustraer el conflicto de la justicia ordinaria, con el fin de habilitar a los árbitros para que lo diriman a través de un laudo arbitral.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia nacional, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, ha adoptado una tesis restrictiva en cuanto a la competencia o, más bien, incompetencia de los árbitros, en razón de que ha señalado que los tribunales de arbitramento pueden conocer de las desavenencias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión de la relación contractual, excepto de los dictados con fundamento en las potestades exorbitantes consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Sobre este particular, resulta oportuno destacar que no existe restricción constitucional ni impedimento legal -salvo los casos previstos en las Leyes 418 de 1997 y 1682 de 2013, como se verá más adelante- que excluya a los árbitros de conocer de todas las controversias que susciten en el marco de un contrato estatal, incluso de aquellas que versen sobre la validez de los actos proferidos en ejercicio de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

En efecto, si bien no se desconoce que el principio de la autonomía de la voluntad tiene unos límites, lo cierto es que no son suficientes para restringir la competencia de la justicia arbitral, en cuanto no existe normativa que concretamente prohíba a los árbitros de conocer sobre la legalidad de las cláusulas excepcionales al derecho común, máxime porque con la expedición de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) se amplió el marco competencial de los tribunales de arbitramento: y si no hay restricción normativa de ninguna índole, los jueces no pueden imponerlas, en cuanto su función es interpretar y no crear disposiciones.

He ahí, entonces, la importancia de esta investigación, que precisamente radica en establecer si la jurisprudencia nacional ha olvidado y desconocido el principio de la autonomía de la voluntad de las partes con las limitaciones fijadas en cuanto a la competencia o, más bien, incompetencia de la justicia arbitral para conocer acerca de la legalidad de los potestades exorbitantes consagradas en la Ley 80 de 1993.

Con lo planteado en precedencia surge el siguiente interrogante:

¿Las restricciones fijadas por la jurisprudencia nacional respecto de la competencia de la justicia arbitral, en relación con los temas concernientes a la legalidad de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de las potestades exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, atentan contra el principio de autonomía de la voluntad de las partes?

Ahora, con la finalidad de desarrollar la temática en cuestión y, en esa medida, hallar una respuesta coherente y válida al interrogante formulado en precedencia, se hace necesario plantear el siguiente objetivo general:

- Demostrar la vulneración del principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes al excluirse del conocimiento de los árbitros el examen de legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las potestades exorbitantes consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Asimismo, de manera concreta se formulan los siguientes objetivos específicos:

- Determinar el alcance y los límites del principio de autonomía de la voluntad de las partes en relación con los asuntos que, en el marco de un contrato estatal, pueden someterse al conocimiento de la justicia arbitral.

- Revisar las normas y la posición jurisprudencial relativa a la competencia -o incompetencia- de la justicia arbitral para conocer acerca de la legalidad de actos administrativos contractuales, específicamente los proferidos en ejercicio de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

- Identificar las potestades exorbitantes, según su naturaleza y sus características, con las consecuencias que acarrea en la competencia de la justicia arbitral, para justificar la reivindicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Una vez planteados los objetivos: uno general y tres específicos, cuya intención no es otra distinta que la de guiar el camino para dar una respuesta coherente a la pregunta-problema formulada con antelación, resulta oportuno señalar que, para

desarrollar el objeto de la presente investigación, se acudirá al método cualitativo, bajo el análisis descriptivo y documental, toda vez que *-con el mayor rigor-* se hará una revisión exhaustiva de la jurisprudencia nacional, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado *-fuente primaria-*, de la doctrina autorizada, así como también se estudiarán con detalle las normas que regulan la materia, para contextualizar la realidad jurídica de lo que se pretende abordar.

Es así que, de manera sistemática, se organizará la información recolectada (providencias judiciales, artículos académicos, libros) y, en esa medida, se tendrá mayor claridad sobre los siguientes conceptos: autonomía de la voluntad, justicia arbitral, potestad exorbitante, con la pretensión de reflexionar y tomar una postura crítica y propositiva frente a la tesis restrictiva fijada por la jurisprudencia en cuanto a la incompetencia de los árbitros para conocer de la legalidad de los actos administrativos contractuales dictados en ejercicio de las potestades exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en pro del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que es la piedra angular de la justicia arbitral.

I. CAPÍTULO

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PILAR FUNDAMENTAL DE LA JUSTICIA ARBITRAL

En el presente capítulo se abordará lo atinente al alcance y a los límites del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el cual se constituye en la piedra angular del arbitraje. Para ello, se desarrollarán las generalidades de los conceptos de voluntad y autonomía y su incidencia en la justicia arbitral, institución esta última que se examinará con detalle haciendo un repaso por su concepción, sus características y las ventajas que permite someter las controversias suscitadas en el desarrollo de un contrato a decisión de los árbitros. También se hará una distinción entre las dos modalidades de pacto arbitral, cláusula compromisoria y compromiso, y se analizarán los efectos que acarrea su suscripción en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Todo ello para culminar con aquellos asuntos que, por vía jurisprudencial, no pueden ser sometidos a decisión de los árbitros, situación que atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes.

Lo anterior, teniendo en cuenta la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, así como lo expuesto por la doctrina al respecto.

1.1. Generalidades: voluntad y autonomía, dos conceptos claves. La autonomía como elemento esencial en la manifestación de la voluntad

Para aproximarse conceptualmente a lo que debería entenderse por *voluntad* en el contexto de las relaciones contractuales¹, debe partirse de la noción de que es una de las facultades propias de los atributos de las personas. Así, es pertinente comprender que la *voluntad*, como parte fundamental de la humanidad de cada persona, es un atributo necesario de la dignidad del ser humano, lo cual significa

¹ RIVERA, J. instituciones de Derecho Civil. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004

que es la “*facultad de decidir y ordenar la propia conducta*”², que se traduce en esa intención o ese deseo de la persona de llevar a cabo una acción.

La *voluntad*, entonces, está ligada con la manifestación autónoma de querer decir o hacer algo, que se realiza necesariamente sin la coacción de un tercero. Bajo la óptica del derecho civil y comercial, la manifestación de la voluntad permite crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, de ahí que resulte esencial y, por ende, no pueda obviarse dentro de las relaciones contractuales, toda vez que aquella garantiza la existencia y la eficacia del acto jurídico³.

Es así que resulta oportuno precisar qué se entiende por *autonomía*, concepto que tiene una estrecha relación con el de *voluntad*. Para abordar lo pertinente, se deben tener en cuenta las actitudes de tipos personales o subjetivos como lo son la autorregulación o la autodeterminación, “*que de alguna forma dan una idea de autonomía como actitud subjetiva del ser humano*”⁴. Es por esa razón que la autonomía es “*aquella potestad que tiene el ser humano para autorregularse, y ser soberano en sus propias decisiones en general*”⁵.

En efecto, el concepto de *autonomía* se materializa en tres aspectos esenciales: i) en la capacidad de determinar la concepción de lo bueno⁶, que se traduce en interpretar qué es lo que moralmente está permitido o no dentro del contexto social en el que se interactúa; ii) en la capacidad de establecer lo que se necesita y con ello hacer las exigencias propias de su bienestar y la de los demás y iii) en la capacidad de asumir las consecuencias de lo manifestado autónomamente⁷.

² NOGUÉS AZURA, Patricia. La voluntad Psicología. Almudena merino {En línea} 31 de julio de 2018. Disponible en: http://www.almudena-merino.com/trabajos/LA_VOLUNTAD.pdf.

³ ROMERO MONTES, Francisco Javier. Curso del Acto Jurídico. Perú: Editorial Portocarrero, 2003

⁴ BONIVENTO CORREA, Pedro Felipe. La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado. Bogotá. 2000. p. 12. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

⁵ *Ibíd.* p. 12

⁶ YANNUZZI, María de los Ángeles. El concepto de autonomía en las teorías de Rawls y Habermas. En: Estudios Sociales n°. 21, (Segundo Semestre 2001) p. 152.

⁷ RAWLS, John. Political Liberalism. New York: Siglo XXI Editores, 1993.

Desde una perspectiva rawlsiana, habría que señalar que existen dos tipos de autonomía o, más bien, dos formas de interpretarla, de un lado, la autonomía racional que “no es, como tal, un ideal en absoluto, sino una manera de modelar la idea de lo racional (versus lo razonable) en la posición original”⁸ y, de otra parte, la autonomía plena, que hace referencia a un ideal político y a una parte del ideal más completo de una sociedad más ordenada⁹, lo que se complementaría con la libertad que se manifiesta frente al otro que se presenta ante sí dentro de un contexto dado.

En ese sentido, la *autonomía* no solo es esencial en las relaciones interpersonales, sino también en el comportamiento dentro de una sociedad, en cuanto resulta siendo vital en la interacción de personas, concretamente en los acuerdos que estas pueden llevar a cabo en cualquier escenario de la vida cotidiana. Las relaciones contractuales son un ejemplo claro de la manifestación de la autonomía de la voluntad, porque allí se expresa el deseo de querer hacer algo, bien sea por escrito o de manera verbal.

Bajo una perspectiva histórica-epistemológica de la autonomía de la voluntad en el derecho civil frente a las relaciones contractuales, resulta importante tener en cuenta lo señalado por el tratadista Jaime Arrubla Paucar, quien siguiendo los aportes de Jürgen Habermas, adujo que “el [E]stado tendría que garantizar las bases de una sociedad de propietarios particularmente autónomos mediante la autonomía privada, de la cual se deducían lógicamente, la libertad de contrato de comercio, de propiedad y herencia”¹⁰. En este sentido, Kurt Lenk¹¹ tiene como presupuesto que, en el contexto del Estado de derecho liberal, las personas son libres e iguales, por manera que deberían tener la capacidad de regular las formas de relacionarse o de entablar relaciones “mediante contratos privados, libremente acordados”, por lo que se hace relevante la manifestación de la voluntad de una manera autónoma y libre.

⁸ YANNUZZI, op. cit, p. 153.

⁹ RAWLS, op. cit, p.159

¹⁰ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles: Biblioteca Jurídica. 1989. p. 10

¹¹ LENK, Kurt. Introducción a la ciencia política. Marburgo, Alemania: Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Marburgo, 1971.

Por lo anterior, desde la Revolución Francesa se entendió que el derecho estatal debería servir para proteger la autonomía de la voluntad de los asociados¹².

Por otra parte, según María de los Ángeles Yannuzzi¹³ -haciendo una lectura Jhon Rawls-, existen tres tipos de autonomía, dos de las cuales hacen parte del *liberalismo político*, mientras que la otra tiene relación con la ética, porque hace parte del ámbito personal, en tanto las otras dos hacen referencia a lo público.

Esta diferenciación es significativa para abordar uno de los elementos esenciales de las relaciones contractuales que, a su vez, permite el surgimiento de la justicia arbitral, como lo es la manifestación de la autonomía de la voluntad. Entonces, resulta importante examinar el concepto de *autonomía* desde el punto de vista privado y público: si bien el primero se refiere a las relaciones de la sociedad civil, el otro tendría incidencia en las relaciones con el Estado, lo que sería pertinente para el objeto de estudio del presente trabajo de investigación. Por consiguiente, se entiende que, aunque la autonomía privada es distinta de la pública, no se excluyen entre sí, sino que la primera se determina por la segunda¹⁴.

Para comprender los postulados anteriores, ha de recurrirse a los presupuestos teóricos sobre la autonomía privada y la plena. La autonomía plena es aquella que tienen las personas por el simple hecho de ser ciudadanos, pero que se constituye al cumplir la mayoría de edad, mientras que la autonomía privada es aquella "*libertad de las personas de darse su propia ley para regular sus relaciones privadas, considerada dentro de sus derechos fundamentales*"¹⁵. Para que se materialice dicha *autonomía*, bien sea la privada o la plena, se requiere de un Estado marcado por la doctrina del contractualismo y que, por supuesto, la *voluntad* esté garantizada a través de una

¹² AMAZO PARRADO, Diana C. ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? Estudios Socio-Jurídicos. Bogotá, 2007, p. 192.

¹³ YANNUZZI, op. cit. p. 123

¹⁴ RAWLS, op. cit. p. 156

¹⁵ LEYVA SAAVEDRA, José. Autonomía privada y contrato. En: Revista Oficial del Poder Judicial. Vol.4. N° 6-7 (2010); p. 273.

Constitución que responda a las necesidades y a las realidades de la comunidad, de tal manera que se pueda ajustar a los cambios que requiere la sociedad¹⁶.

En conclusión, la *autonomía* es esencial al momento de manifestar la voluntad o el querer sobre algo concreto dentro del quehacer cotidiano de las personas y sus respectivas relaciones, bien sea solo entre estas o entre aquellas con el Estado, de ahí la necesidad de ser protegida como un derecho fundamental:

[L]a autonomía de la voluntad privada se deriva de la aplicación de varios derechos constitucionales concurrentes, a saber: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la propiedad privada, la libertad de asociación, la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Así mismo, ha sostenido que aquella se encuentra limitada por las exigencias propias del Estado Social de Derecho, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales¹⁷.

En ese orden de ideas, es necesario ver la *autonomía* dentro del contexto de la manifestación de la voluntad, específicamente en las relaciones contractuales que se evidencian entre particulares y entidades del Estado, de manera que en las próximas líneas se desarrollará este concepto, abordándolo como elemento esencial y fundamental en las relaciones contractuales y su incidencia en el surgimiento del arbitramento como mecanismo de resolución de conflictos derivados del contrato celebrado entre particulares y entidades públicas.

1.2. La autonomía de la voluntad: su manifestación y su incidencia en la justicia arbitral

Al hilo de lo anterior, conviene señalar que la doctrina ha desarrollado los presupuestos esenciales de la justicia arbitral y, en efecto, ha determinado que la

¹⁶ RAWLS, John. Réplica a Habermas. En: HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John. Debate sobre el liberalismo político. Barcelona: Paidós I.C.E./U.A.B, 1998. p. 94.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-329 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil

autonomía, por antonomasia, es uno de sus elementos más importantes¹⁸, tanto así que, para que exista arbitraje, como jurisdicción, para que se resuelvan las controversias suscitadas en el marco de una relación contractual, se requiere ineludiblemente de la voluntad de las partes, es decir, que exista un convenio entre los contratantes con la virtualidad de someter sus diferencias ante los árbitros para que las diriman a través de un laudo arbitral.

Entonces, se destaca la importancia de la autonomía de la voluntad en el escenario de la justicia arbitral, porque es a través de su manifestación que se determina la jurisdicción que tratará las controversias que se susciten entre las partes de un contrato. Es así que la autonomía de la voluntad debe entenderse como un principio que abarca todas las dimensiones del arbitraje¹⁹. Lo anterior, por cuanto el impulso básico de todo arbitraje reside en la libertad, derecho fundamental que se plasma en el convenio arbitral -o también denominado pacto arbitral-.

El convenio o pacto arbitral ha sido definido como *“el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje la controversia que haya surgido o que pueda surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sea o no materia de un proceso judicial”*²⁰. A su vez, los doctrinantes del derecho civil y comercial coinciden en señalar que el pacto arbitral es el acuerdo contractual por medio del cual las partes deciden someter, a la decisión de árbitros, las diferencias existentes o las que puedan darse en el transcurso del contrato suscrito. Así lo sostuvo Néstor Humberto Martínez Neira, *“El pacto arbitral es un acto jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que constituye la expresión de la voluntad de los contratantes destinada a producir efecto jurídico: otorgar una jurisdicción especial a los árbitros para que diriman en derecho o en conciencia las controversias presentes o futuras que puedan vincularlos”*²¹.

¹⁸ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. Contratación y arbitraje internacional. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2017.

¹⁹ Ibídem.

²⁰ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El convenio arbitral. En: Themis Revista de Derecho. N° 11, (1988).

²¹ MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. El arbitraje mercantil en Derecho. Las transformaciones del derecho mercantil moderno. Medellín: Dike, 1988, p. 343

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares. Tal acuerdo recibe en nuestro sistema diferentes denominaciones –pacto arbitral, pacto compromisorio– puede revestir diferentes formas –cláusula compromisoria, compromiso–, y puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación negocial²².

Es por lo anterior que el pacto arbitral es considerado como un contrato, tanto así que se le aplica la teoría del negocio jurídico²³. Y es que para que exista dicho pacto resulta necesario que concurren todos los elementos del negocio jurídico, como lo son: la capacidad, el consentimiento libre de vicios, el objeto y la causa lícitos²⁴. Como se puede evidenciar, las partes, en ejercicio de su autonomía privada, celebran este tipo de relación contractual como parte de la voluntad plena.

Así las cosas, para que las controversias sean resueltas en el marco de la justicia arbitral, se necesita sí o sí de la manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, materializada en un pacto arbitral, en cuya decisión radica la habilitación o no de la jurisdicción arbitral²⁵. Por consiguiente, de la manifestación de la voluntad depende que las diferencias surgidas entre los contratantes pueda resolverlas la justicia arbitral y no la jurisdicción ordinaria.

Dicho de otro modo, el pacto arbitral –o también conocido como convenio arbitral– se constituye en el fundamento de la institución del arbitramento, porque allí, como

²² Corte Constitucional, sentencia SU- 174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²³ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, Contratos Mercantiles. Biblioteca Jurídica, 1989

²⁴ LLANOS DEDINA., op. cit, p. 343

²⁵ BARONA VILAR, Silvia. Comentarios a la ley de arbitraje. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras las reformas de la Ley 11/2011, de 20 de mayo (2a edición). Madrid. España: Editorial Civitas, 2011. p. 58-65.

ya se dijo, se plasma la genuina manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes de una relación negocial, cuya intención no es otra distinta que ventilar sus desavenencias ante la jurisdicción arbitral.

Es bien sabido, entonces, que la manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes de un contrato en el sentido de suscribir pacto arbitral tiene efectos procesales, en la medida en que su principal objeto es la creación de una competencia arbitral o lo que también puede entenderse como un rechazo a la jurisdicción ordinaria. En virtud de lo anterior, ha de señalarse que el acuerdo arbitral contiene la expresión de la voluntad de las partes de renunciar a la jurisdicción estatal, lo que supone el sometimiento, ante la justicia arbitral, de las controversias que se presenten dentro de la relación contractual.

En ese contexto, se reivindica la autonomía de la voluntad de las partes como un derecho y un principio esencial dentro de la relación contractual.

En conclusión, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes se manifiesta a través del efecto relativo de los contratos, es decir, que el pacto o convenio arbitral solamente produce efectos jurídicos respecto de las personas que manifestaron su voluntad. De ahí se utiliza el término de la soberanía de la voluntad, en virtud del cual, además de tener los sujetos la libertad de celebrar o no el pacto arbitral, estos solo se obligan en la medida en que hayan aceptado sus disposiciones²⁶.

Con todo lo expuesto, conviene destacar que el pacto arbitral se justifica en la autonomía de la voluntad, pues dicho principio se constituye en su piedra angular, en donde se le da prevalencia a la libertad contractual²⁷.

²⁶ MANTILLA, F. Los límites al consentimiento en el pacto arbitral. En: Libro Contrato de Arbitraje. Universidad del Rosario y Legis Editores S.A. Primera Edición. Bogotá, 2005.

²⁷ CREMADES, B. & MADALENA, I. La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional. En: Revista No. 13 Legis. Bogotá, 2010.

1.3. Justicia arbitral: el alcance y los límites de la autonomía de la voluntad

Como acaba de verse, la autonomía de la voluntad es un principio sobre el cual se edifica la institución del arbitramento, porque las partes de una relación contractual son las que deciden, con su manifestación, que las controversias que se presenten entre ellas sean dirimidas por aquellos particulares denominados árbitros.

No obstante la cardinal importancia del principio de la autonomía de la voluntad, ha de señalarse que aquel no es absoluto e inmutable, pues tiene sus límites como todo principio o derecho, máxime en el contexto de los contratos estatales, en los que también debe mirarse el principio de legalidad, el cual es fuente del Estado de Derecho -es decir, que la actividad administrativa se encuentra sometida a las normas superiores del ordenamiento jurídico, no pudiendo hacer u omitir sino aquello que le está permitido por la Constitución, la Ley y los Reglamentos pertinentes²⁸. Lo anterior no significa que los principios de autonomía de la voluntad y de legalidad se opongan, por el contrario, justifican su existencia e importancia en materia contractual²⁹.

Bajo esa óptica, es menester establecer el alcance y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes en relación con los asuntos que, en el marco de un contrato estatal, pueden someterse al conocimiento de la justicia arbitral, no sin antes abarcar -de manera general- lo correspondiente a la figura del arbitraje, aterrizándola, concretamente, a esas controversias suscitadas en el contexto de un contrato estatal, que pueden ser sujetas o no al conocimiento de los árbitros.

1.3.1. El arbitraje: definición, características y ventajas

Desde el punto de vista de la doctrina y de la jurisprudencia contenciosa y constitucional se examinará la definición de la institución del arbitramento y, a partir

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

²⁹ AMAZO PARRADO, Diana C. ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? Estudios Socio-Jurídicos. Bogotá, 2007, p. 201 y 202.

de ahí, se abordarán las características que la identifican, así como también se ahondará en las ventajas que tiene la justicia arbitral sobre la justicia ordinaria.

Son múltiples las definiciones que se han expuesto sobre la figura del arbitraje, tal y como se verá a continuación. Para empezar ha de destacarse lo dicho por el profesor Namén Vargas³⁰, quien recogió lo expuesto por Javier Paricio³¹ y Antonio Fernández de Rujan³², al señalar que el arbitraje es una de las instituciones más antiguas de la civilización, inspirada en la buena fe y en la confianza, cuya solidez, idoneidad e eficacia en la solución pacífica de controversias es una realidad.

De la doctrina autorizada también se acoge la definición de Benetti Salgar que, en síntesis, señala que la justicia arbitral consiste en la solución de un conflicto cuyo objeto sea transigible a través de un tribunal de arbitramento integrado por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado, pero sí adquieren esa condición para adelantar y fallar el proceso que se somete a su consideración o, más bien, a su jurisdicción, mediante una decisión que se denomina laudo y que la ley equipara a una sentencia judicial³³.

Esta definición acerca del arbitraje es muy amplia en cuanto a su contenido, de la cual se desprenden los elementos que caracterizan la justicia arbitral y sus diferentes acepciones, por ejemplo, el arbitramento entendido, de un lado, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos y, por otra parte, como un acto eminentemente jurisdiccional, tal y como se verá a continuación.

El arbitraje es un *mecanismo alternativo de solución de conflictos*, a través del cual

³⁰ NAMÉN VARGAS, William. La función arbitral “heterocompositiva”. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 129.

³¹ Autor del libro “*Los arbitrajes privados en la Roma clásica*”. Madrid, Marcial Pons, 2014.

³² Autor del artículo “*El papel de la buena en los pactos, arbitrajes y contratos*”, publicado en: Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

³³ BENETTI SALGAR, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano. Editorial Temis. Segunda edición actualizada. Bogotá, 2001. p. 15.

las partes involucradas deciden, de forma voluntaria y libre, sustraer de la justicia ordinaria la solución de una controversia, para que un tercero particular, llamado árbitro, revestido temporalmente de función jurisdiccional, adopte una decisión de carácter definitivo y vinculante para las partes³⁴. Por lo anterior, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha catalogado al arbitramento como un método heterocompositivo de solución de conflictos³⁵.

El arbitramento también ha sido concebido como un *acto eminentemente jurisdiccional*, porque expresa el ejercicio de una función pública del Estado, que excepcionalmente permite a los particulares impartir justicia cuando las personas, dentro del contexto de una relación contractual, quieren poner término a sus diferencias en forma ágil, personal y amigable³⁶, constituyéndose el arbitraje en un equivalente jurisdiccional³⁷. En efecto, se ha dicho que el arbitramento representa un fenómeno de descentralización de una función pública, la cual se traslada o se transfiere en ciertas condiciones a los particulares³⁸, lo cual es constitucionalmente avalado por el artículo 116 de la Carta Política.

En suma, en el arbitraje, al igual que en el proceso judicial ordinario, las partes se enfrentan en un proceso adversarial en “*igualdad de armas*”, sin poder intervenir en el contenido final de la decisión que eventualmente se adopte, como sucede cuando un juez, en uso de sus facultades constitucionales adopta y notifica su decisión respecto de la materia debatida. Ello, con el propósito de que los árbitros sean imparciales y, por consiguiente, las partes en contienda de la relación contractual no incidan en la decisión de los mismos. Esto hace parte de la autonomía de los árbitros que, claro está, no se trata de la misma autonomía de las partes que deciden

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 12 de mayo de 2016, expediente No. 2015-01800 (AC), M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 26 de noviembre de 2015, expediente No. 40.383, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-431 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

³⁷ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Editorial Leyer. Décima edición. Bogotá, 2018, p. 913.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 30 de marzo de 2016, expediente No. 2015-01480 (AC), M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

resolver los conflictos contractuales a través de la jurisdicción arbitral³⁹.

Lo anterior permite destacar la paradójica naturaleza jurídica del arbitraje⁴⁰, dado que, si bien se ofrece como medio alternativo y extrajudicial de solución de conflictos, en tanto es el único de estos medios alternativos que sí comporta un contenido judicial, también lo es que su trámite se surte por fuera de la Rama Jurisdiccional del Estado. Esto se traduce en que la justicia arbitral es una jurisdicción que, a su vez, es autónoma, ya que son las partes, desde la autonomía de la voluntad, las que habilitan a los árbitros para decidir sus controversias.

De las anteriores definiciones que sobre la figura del arbitramento se han expuesto, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha ocupado ampliamente por definir sus principales características, entre las cuales se destaca que dicha institución tiene *origen en la voluntad de las partes* y en su consentimiento para habilitar a particulares e investirlos temporalmente de la potestad de cumplir la importante tarea de administrar justicia⁴¹.

Sobre esta característica *-voluntad de las partes-*, que más bien se instituye como la base de la justicia arbitral, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

La voluntad de las partes se manifiesta en diferentes aspectos del sistema arbitral: por medio de su acuerdo, deciden libremente que no acudirán a la justicia del Estado para resolver sus diferendos, establecen cuáles controversias someterán al arbitraje, determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir, dentro del marco general trazado por la ley. La voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, y se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral, como se señalará más

³⁹ VÁSQUEZ PALMA., op. cit, p. 102.

⁴⁰ SALCEDO FLÓRES, Álvaro. En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. En: Revista análisis internacional, n°. 2,2010.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 26 de noviembre de 2015, expediente No. 39.065, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

adelante. Más aún, como consecuencia del acuerdo de voluntades reflejado en el pacto arbitral, las partes aceptan por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento⁴².

En desarrollo de la mencionada característica, la Corte Constitucional ha dicho que el arbitramento está regido por el *principio de habilitación o voluntariedad*⁴³, el cual, como ya se dijo, implica el desplazamiento de la justicia estatal. Como sustento de aquello, se destaca que en Colombia no puede existir arbitraje sin la confluencia de la voluntad de las partes en un convenio arbitral, es decir, no es viable concebir un arbitraje forzoso que opere por ministerio de la ley⁴⁴, situación que refuerza la idea de que la autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitramento.

Y en eso consiste el *principio de voluntariedad*⁴⁵: la elección o la preferencia de las partes contratantes de optar por un tribunal de arbitramento en vez de los jueces ordinarios para que resuelvan sus conflictos, circunstancia que surge, por supuesto, de un acuerdo previo, voluntario y libremente efectuado por ellas.

Entre otras características del arbitramento, que también son importantes, se ha señalado que es una institución que *implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional*, cumpliéndose una función pública que se concreta con la expedición de fallos en derecho o en equidad⁴⁶. Lo anterior encuentra sustento en el artículo 116 de la Carta Política, disposición que establece que los particulares pueden ser investidos excepcional y transitoriamente de la función de administrar justicia.

También se ha indicado que el ejercicio de la justicia arbitral está *definido por la ley*⁴⁷. Al respecto, se ha dicho que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, en tanto que a través del arbitraje se desarrolla un verdadero

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-242 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴³ Corte Constitucional, C-1038 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁴ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Régimen arbitral colombiano: Ley 1563 de 2012. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2013. p. 80.

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-961 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-242 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-443 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

proceso, de ahí que deba estar sujeto a regulaciones legales, como por ejemplo, aquellas que garanticen el debido proceso de las partes⁴⁸.

Otra característica que destaca la figura del arbitraje es que el ejercicio arbitral de administrar justicia es *temporal y excepcional*⁴⁹: *temporal*, porque la competencia de los árbitros es transitoria y restringida a la soluciones de controversias entre las partes⁵⁰ y *excepcional*, por cuanto no todas las controversias pueden ser resueltas mediante arbitraje, solamente aquellas que sean transigibles⁵¹.

Precisadas las características de la institución del arbitramento, resulta importante resaltar las ventajas que tiene la justicia arbitral frente a la ordinaria o estatal. La primera, según lo han advertido distintos doctrinantes, permite que cada litigio se solucione de manera *rápida*, en cuanto el tribunal arbitral se constituye para resolver un solo conflicto y tal aspecto conduce a que los árbitros se dediquen exclusivamente al proceso respectivo⁵². En cambio, en la justicia ordinaria sucede todo lo contrario, pues no es un secreto que el aparato jurisdiccional tiene problemas de congestión, por lo que una controversia podría tardar años en resolverse, concretamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo: 10 años o más⁵³.

La *rapidez* con la que se surte un litigio en la justicia arbitral va de la mano con el factor *económico*, lo cual también se constituye en una ventaja, en la medida en que, si bien aquella es pagada por las partes contratantes, lo cierto es que la *celeridad* con que se desarrolla y se decide el proceso permite, sin duda, ahorrar mucho tiempo y, por consiguiente, dinero⁵⁴.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁹ BENETTI SALGAR, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano. Editorial Temis. Segunda edición actualizada. Bogotá, 2001. p. 42.

⁵⁰ Corte Constitucional, C-1038 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-443 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁵² BENETTI SALGAR, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano. Editorial Temis. Segunda edición actualizada. Bogotá, 2001. p. 19.

⁵³ RODRÍGUEZ, Libardo y SANTOS, Jorge Enrique. Un siglo de la jurisdicción administrativa y de derecho administrativo en Colombia. Editorial Temis. Bogotá, 2013. p. 214 y 215.

⁵⁴ *Ibídem*.

La *especialidad* es otra de las ventajas del arbitramento, porque los árbitros designados para resolver la controversia en cuestión, por lo general y así debe ser, son expertos en ese preciso tema a debatir en el proceso arbitral.

Todas estas ventajas: la especialidad de los árbitros, la celeridad en la solución del litigio puesto a consideración de la justicia arbitral, entre muchas otras, redundan en la creciente importancia del arbitraje nacional, ni se diga en el ámbito foráneo⁵⁵.

En conclusión, el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos que no solamente contribuye a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia, sino que también proporciona a los ciudadanos una solución voluntaria de ser activos en la resolución de sus propias controversias⁵⁶.

1.3.2. El pacto arbitral: cláusula compromisoria y compromiso

Líneas atrás se hizo una referencia general sobre el pacto o convenio arbitral, entendido este como un negocio jurídico por virtud del cual las partes contratantes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas (Ley 1563 de 2012, artículo 3). El pacto arbitral, a su vez, encuentra su fundamento en el tan mencionado principio de la *autonomía de la voluntad de las partes*, principio que, cuando se acuerda una de las modalidades del pacto arbitral, según lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución, permite investir, de manera transitoria, a ciertos particulares, denominados árbitros, para que cumplan con la importante tarea de administrar justicia como si fueran jueces. Sobre este particular, el Consejo de Estado ha discurrido de la siguiente manera:

[El pacto arbitral] es un acuerdo de voluntades, mediante el cual las partes

⁵⁵ ALJURE SALAME, Antonio. El arbitraje y el contrato de seguros en el derecho nacional e internacional. En: El contrato de Arbitraje. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Director académico: Eduardo Silva Romero y Coordinador académico: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2005. p. 362.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia C-098 de 2001, M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias susceptibles de transacción a la decisión de un cuerpo colegiado integrado por árbitros, investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, para proferir un laudo que tiene la misma categoría jurídica y los mismos efectos de la sentencia judicial⁵⁷.

Otro aspecto que merece especial relevancia radica en la naturaleza del acto habilitante, esto es del pacto arbitral, ora en la modalidad de cláusula compromisoria ora en la de compromiso, el cual como fuente es en sí mismo un contrato o negocio jurídico que genera un vínculo inescindible, pues es sólo a partir de ese preciso negocio jurídico que se demarcan los límites tanto temporales como materiales de las competencias que de allí se derivan (...)⁵⁸.

Entonces, hay dos modalidades de pacto arbitral: si el litigio no existe, el pacto se denomina cláusula compromisoria, pero si el litigio es actual, será compromiso⁵⁹.

En otras palabras, la cláusula compromisoria también se conoce como contrato preliminar o como pacto previo de arbitraje, en virtud del cual las partes, previendo futuras diferencias que entre ellas puedan surgir, disponen de un arbitramiento para dirimir las; mientras que el compromiso es un contrato por medio del cual las partes estipulan que un asunto controvertido existente sea dirimido en un arbitraje⁶⁰.

Esa es la diferencia entre una y otra modalidad de pacto arbitral, aunque con el común denominador de que en ambas se sustrae a la justicia ordinaria del conocimiento de las controversias entre las partes contratantes. Esto último conduce a señalar que el pacto arbitral se constituye en el mejor desarrollo de los

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 24 de junio de 1996.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, expediente No. 32.398, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁹ ARRUBLA, Jaime. Contratos mercantiles. Contratos contemporáneos. Editorial Legis. Tercera edición actualizada. Bogotá, 2013. p. 250.

⁶⁰ ARRUBLA, Jaime. El pacto arbitral. En: La práctica del litigio arbitral, aspectos contractuales y procesales. Editorial Ibáñez. Tomo II, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 47 y 48.

principios democráticos (autonomía de la voluntad y libertad), pues qué mejor que las partes contratantes puedan elegir, por sí mismas, sus propios jueces⁶¹.

Por decirlo de otra manera, el pacto arbitral comporta la renuncia de las respectivas partes a acudir ante los jueces permanentes⁶².

1.3.2.1. El pacto arbitral en los contratos estatales y los efectos que acarrea en la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Antes de abordar lo pertinente, se destaca que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se constituye en un control externo de la administración, por cuanto juzga la gestión administrativa frente a los derechos de los administrados, dadas las arbitrariedades o excesos que pueda cometer el aparato administrativo⁶³. De ahí que los conflictos que se produzcan respecto de un contrato estatal dentro del cual se pueden alegar abusos de la entidad pública contratante, los jueces que por su naturaleza deben conocer de tales controversias son los administrativos.

Es decir que, en materia de contratación estatal, las controversias que se presenten en cualquiera de las etapas del contrato solo pueden ser resueltas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual encuentra su fundamento normativo en el numeral 2 del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA); no obstante, la Ley 80 de 1993, en sus artículos 70 y 71 (normas recogidas por la Ley 1563 de 2013, artículos 4° y 6°)⁶⁴, establece que en los contratos estatales se podrá incluir cláusula compromisoria o compromiso (pacto arbitral) a fin de someter a la decisión de los árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del

⁶¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Proceso arbitral nacional. Dupré Editores. Bogotá, 2013.

⁶² NAMÉN VARGAS, William. La función arbitral “*heterocompositiva*”. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 119.

⁶³ YOUNES MORENO, Diego. Derecho constitucional colombiano. Editorial Ibáñez. Décima Edición. Bogotá. 2009.

⁶⁴ El artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) derogó expresamente los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, entre otros.

contrato, ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

Lo anterior significa que no siempre los jueces administrativos son los encargados de dirimir los conflictos suscitados en el marco de un contrato estatal. Nótese que si las partes contratantes acuden al pacto arbitral, en cualquiera de sus modalidades (cláusula compromisoria o compromiso), sus diferencias serían resueltas por la justicia arbitral, concretamente por esos particulares denominados árbitros.

Sobre el pacto arbitral (concretamente en la modalidad de cláusula compromisoria) en los contratos estatales y antes de la expedición de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral Nacional e Internacional), la jurisprudencia del Consejo de Estado manejó dos posturas en cuanto a los efectos que acarrea este ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que son: i) la renuncia tácita de la cláusula compromisoria y ii) la irrenunciabilidad tácita de la cláusula compromisoria, que se explicarán de manera breve, tal como se verá a continuación.

i) La renuncia tácita de la cláusula compromisoria

Al interior del Consejo de Estado había sido pacífica la posición jurisprudencial en lo que atañe a la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria (entre 1997 y 2013), bajo el entendido de que cuando una de las partes contratantes demandaba ante la jurisdicción contencioso administrativa y la contraparte -en su respectiva oportunidad- no excepcionaba la existencia del pacto arbitral, sin discusión alguna se entendía que las partes habían renunciado tácitamente a llevar sus diferencias ante la justicia arbitral, para que fueran dirimidas por los jueces administrativos.

En el año 1997, el Consejo de Estado acogió un pronunciamiento del 22 de abril de 1992, proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, consistente en que la suscripción de la cláusula compromisoria no obligaba a que las partes necesariamente tuvieran que acudir a la justicia arbitral, pues su voluntad, que inicialmente se había acordado con el pacto arbitral, se transformó al momento

en que se acudió en demanda ante los jueces institucionales⁶⁵. Posteriormente, dicha Corporación adujo que la renuncia tácita de acudir a la justicia arbitral operaba cuando la parte actora instauraba demanda ante los jueces administrativos y, a su vez, la demandada no proponía la excepción de cláusula compromisoria en la respectiva oportunidad, esto es, en la contestación del libelo, situación que habilitaba a la jurisdicción administrativa para dirimir la controversia⁶⁶.

En esa misma dirección la jurisprudencia del Consejo de Estado fijó de manera consolidada su precedente en cuanto a la renuncia tácita del pacto arbitral en la modalidad de la cláusula compromisoria, precisando dos eventos en los que se entendería tal renuncia, de un lado, como ya se ha dicho, cuando la parte demandada presentaba su contestación de la demanda sin proponer la excepción respectiva⁶⁷ y, de otra parte, cuando la parte demandada se abstenía de contestar la demanda y de intervenir en el proceso⁶⁸.

ii) La irrenunciabilidad tácita de la cláusula compromisoria

La tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria se mantuvo hasta el 18 de abril de 2013, fecha en que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado modificó y unificó la posición aludida, para lo cual sustentó la postura de la irrenunciabilidad tácita de esa modalidad de pacto arbitral, así:

Continuar aceptando la tesis de la renuncia tácita a la aplicación de la cláusula compromisoria, por el hecho de que la parte demandada no formule la excepción correspondiente, equivaldría a dejar al arbitrio de cada parte la escogencia de la jurisdicción que ha de decidir el conflicto entre ellas

⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de junio de 1997, expediente No. 10.882, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 19 de marzo de 1998, expediente No. 14.097, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003, expediente No. 10.883, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, expediente No. 18.395, M.P. Enrique Gil Botero.

presentado, a pesar de haber convenido, en forma libre y con efectos vinculantes, que sus diferencias irían al conocimiento de la justicia arbitral, e implicaría admitir, también, la existencia de dos jurisdicciones diferentes y con igual competencia para solucionarlo, a pesar de que sólo una de ellas puede conocer y decidir sobre el particular⁶⁹.

El cambio de postura obedeció a que con la tesis de la renuncia tácita de la cláusula compromisoria únicamente se analizaba la conducta procesal asumida tanto por la parte demandante como por la parte demandada, desconociéndose el alcance, la naturaleza y las principales características de esa modalidad de pacto arbitral.

En efecto, como con la cláusula compromisoria -que debe ser expresa y solemne, es decir, que debe constar por escrito- se sustrae del conocimiento de los jueces administrativos la decisión de las controversias que lleguen a surgir de un contrato estatal, para así someterlas a los árbitros, ninguna de las partes contratantes tiene la posibilidad de elegir entre la justicia contenciosa administrativa o la arbitral, dado que solo tienen la opción de acudir a esta última. Bajo esa óptica, si una de las partes contratantes acude al juez administrativo, en vez de convocar el respectivo tribunal de arbitramento, el pacto arbitral no desaparece, ni siquiera si el demandado no propone la excepción de falta de jurisdicción, circunstancia que trae como consecuencia el rechazo de la demanda o la declaratoria de nulidad con fundamento en el numeral 1 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

Dicho de otro modo, así como las partes deciden someter sus diferencias ante los árbitros a través de la celebración de un pacto arbitral, que debe ser expreso y solemne, de la misma manera aquellas partes deben observar tales condiciones si su voluntad es deshacerlo o dejarlo sin efectos, de ahí que, si optan libremente por la justicia arbitral y no proceden como acaba de indicarse, esto es, de forma expresa y solemne, no tienen la posibilidad de acudir a esta justicia o a los jueces administrativos, en razón a que la voluntad de la partes contratantes fue la de

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, auto del 18 de abril de 2013, expediente No. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

someterse a la decisión de los árbitros. Esto quiere decir que el pacto arbitral no se modifica o pierde sus efectos -tácitamente- por la conducta por las partes⁷⁰.

En múltiples casos conocidos por el Consejo de Estado, todas las Subsecciones⁷¹ de la Sección Tercera han declarado la nulidad de todo lo actuado de procesos - que, incluso, ya se encuentran para dictar sentencia- por falta de jurisdicción, con apoyo en la tesis de la irrenunciabilidad tácita de la cláusula compromisoria, por encontrar que dentro del contrato estatal del cual se deriva la respectiva controversia se acordó un pacto arbitral, el cual no pierde sus efectos por el comportamiento de las partes, por ende y como consecuencia de ello, se ordena la remisión del proceso a la justicia arbitral para que dirima el conflicto.

Pero cuando la controversia giraba en torno a la legalidad de los poderes exorbitantes previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por más que en el contrato se hubiese acordado pacto arbitral, no surtía efectos la tesis de la irrenunciabilidad tácita de la cláusula compromisoria y, por consiguiente, no resultaba procedente la declaratoria de nulidad del proceso ni la remisión a la justicia arbitral para que dirimiera el respectivo conflicto, toda vez que los tribunales de arbitramento no podían -y todavía no pueden- conocer de estos asuntos, según los límites que sobre su competencia ha fijado la jurisprudencia de la Sección Tercera

⁷⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 4 de noviembre de 2014, expediente No. 27.814, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁷¹ **La Subsección A** profirió las siguientes providencias: i)) auto del 6 de septiembre de 2017, expediente No. 44.248, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; ii) auto del 17 de agosto de 2017, expediente No. 33.555, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico; iii) auto del 20 de septiembre de 2016, expediente No. 49.454, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico; iv) auto del 19 de julio de 2016, expediente No. 49.970, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico; v) auto del 18 de julio de 2016, expediente No. 33.555, M.P. Hernán Andrade Rincón; vi) auto del 13 de julio de 2016, expediente No. 32.669, M.P. Hernán Andrade Rincón; vii) auto del 15 de junio de 2016, expediente No. 36.876, M.P. Hernán Andrade Rincón; viii) auto del 11 de abril de 2016, expediente No. 33.222, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. **La Subsección B** también se pronunció de la misma manera: i) auto del 12 de octubre de 2017, expediente No. 35.703, M.P. Ramiro Pazos Guerrero; ii) auto del 2 de octubre de 2014, expediente No. 38.598, M.P. Ramiro Pazos Guerrero; iii) auto del 16 de agosto de 2017, expediente No. 50.679, M.P. Danilo Rojas Betancourth. **La Subsección C** decidió lo mismo por medio de los siguientes proveídos: i) auto del 29 de julio de 2015, expediente No. 53.317, M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz; ii) auto del 16 de marzo de 2015, expediente No. 29.217, Olga Mérida Valle de De la Hoz (E); iii) auto del 2 de octubre de 2014, expediente No. 36.944, M.P. Enrique Gil Botero.

del Consejo de Estado⁷², con apego en la sentencia C-1436 de 2000, proferida por la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

iii) Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral Nacional e Internacional)

Con la expedición de la Ley 1563 de 2012 se retomó nuevamente la tesis inicial, por cuanto sus mismas disposiciones (parágrafo del artículo 21)⁷³ consagraron que la no interposición de la excepción de compromiso o de cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral, lo cual significa que el trámite del proceso debe continuar ante la jurisdicción estatal correspondiente. Sobre este particular, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“(…) solo serán renunciables tácitamente las cláusulas compromisorias en aquellos procesos promovidos a partir de la entrada en vigencia del Estatuto Arbitral que, de acuerdo con el artículo 119 ibídem, ocurrió tres meses luego de su promulgación, es decir, el 12 de octubre de 2012 (…). La demanda se presentó el 14 de diciembre de 2015 –en vigencia del Estatuto Arbitral– y, por lo tanto, era posible que las partes renunciaran tácitamente a la cláusula compromisoria, tal y como se expuso en precedencia. En efecto, la vigencia del Estatuto Arbitral –normas procesales– no está dada por la fecha en que se pactó la cláusula compromisoria sino por la fecha en que se promueva el conflicto. Así las cosas, a la luz del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012 las partes en el sub examine podían optar por renunciar tácitamente o no a la cláusula compromisoria”⁷⁴.

⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, auto del 18 de abril de 2013, expediente No. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁷³ **“ARTÍCULO 21. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.** *De la demanda se correrá traslado por el término de veinte (20) días. Vencido este, se correrá traslado al demandante por el término de cinco (5) días, dentro de los cuales podrá solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se funden las excepciones de mérito.*

Es procedente la demanda de reconvenición pero no las excepciones previas ni los incidentes. Salvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso.

PARÁGRAFO. *La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto”* (subrayas fuera del texto).

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 18 de abril de 2017, expediente No. 58.461, M.P. Hernán Andrade Rincón. Ver, entre otros, auto del 30 de mayo de 2017, expediente No. 59.708, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Entonces, si en el curso de un proceso iniciado ante los jueces administrativos la parte demandada propone la excepción de compromiso o de cláusula compromisoria y la controversia no trata sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (asuntos que no pueden conocer los árbitros, por la postura que actualmente sostiene el Consejo de Estado, en cuanto a la restricción de la competencia de la justicia arbitral, lo que implica un límite a la autonomía de la voluntad de las partes, aspecto sobre el cual se ahondará más adelante), lo procedente sería declarar probada dicha excepción, situación que ineludiblemente conduce a la terminación del proceso, de conformidad con lo previsto en el numeral 2, inciso 4º, del artículo 101 del Código General del Proceso (CGP)⁷⁵.

Declarada la terminación del proceso, la parte demandante cuenta con el término de 20 días hábiles, a partir de la ejecutoria del presente proveído, para promover el respectivo proceso arbitral, so pena de que opere el fenómeno jurídico de la caducidad, de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 95 del CGP⁷⁶.

En conclusión, la renuncia tácita del pacto arbitral opera cuando se demanda ante los jueces institucionales y el demandado no propone la excepción de existencia de pacto arbitral. En caso contrario, es decir, si el extremo pasivo formula la respectiva excepción, al juez administrativo no le queda otro camino que declararla probada y, como consecuencia de ello, poner fin al respectivo proceso.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 26 de abril de 2017, expediente No. 56.138, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁷⁶ Artículo 95. *“No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad en los siguientes casos (...) **Cuando el proceso termine por haber prosperado la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, salvo que se promueva el respectivo proceso arbitral dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria del auto que dé por terminado el proceso**”* (se destaca).

1.3.3. Los árbitros y sus decisiones

En los términos del inciso final del artículo 116 de la Constitución Política, los árbitros son particulares investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia⁷⁷, para dictar fallos en derecho o en equidad, cuya tarea deviene de la habilitación de las partes contratantes en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Dicho de otro modo, los árbitros son considerados terceros imparciales escogidos libremente por los contratantes para que resuelvan sus conflictos suscitados en el marco de un negocio jurídico⁷⁸.

En los árbitros debe campear la imparcialidad, la cual se encuentra ligada con dos principios fundamentales del debido proceso: la igualdad de las partes y el derecho a ser oídas⁷⁹; además de la imparcialidad, la independencia, la ética y la integridad moral⁸⁰ son cualidades que deben rodear el desempeño de los árbitros⁸¹. Sin duda, todo ello redundará en garantía del debido proceso, el cual debe ser respetado por los árbitros en desarrollo del proceso arbitral *-que corresponde a un verdadero proceso judicial*⁸²-, teniendo en cuenta que es una actuación jurisdiccional⁸³.

⁷⁷ BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Características del trámite arbitral. En: La práctica del litigio arbitral, aspectos contractuales y procesales. Editorial Ibáñez. Tomo II, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 165.

⁷⁸ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Los límites al consentimiento al pacto arbitral. En: El contrato de Arbitraje. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Director académico: Eduardo Silva Romero y Coordinador académico: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2005. p. 242.

⁷⁹ GONZÁLEZ ARROCHA, Katherine. La constitución del tribunal arbitral: independencia e imparcialidad. En: El contrato de Arbitraje. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Director académico: Eduardo Silva Romero y Coordinador académico: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2005. p. 530 y 531.

⁸⁰ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Las calidades legales exigidas para el desempeño del árbitro. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 251.

⁸¹ NAMÉN VARGAS, William. La función arbitral *"heterocompositiva"*. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 120.

⁸² Corte Constitucional, sentencia C-170 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁸³ REVELO, Alfredo. El árbitro y el conciliador. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 163.

Es por lo anterior que los árbitros son considerados verdaderos jueces⁸⁴, por cuanto gozan de los mismos poderes procesales: i) tienen poder de decisión para resolver la controversia, al punto que el laudo arbitral tiene efecto vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada; ii) tienen poder de coerción para procurar el cumplimiento de su decisión; iii) tienen el poder de practicar y valorar pruebas a fin de adoptar la decisión que estimen ajustada a derecho y iv) tienen el poder de adoptar todas las medidas permitidas para dar solución a la controversia⁸⁵.

En ese orden, el particular denominado árbitro goza de los mismos deberes, poderes y facultades que para los jueces estatales consagran las normas del Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso)⁸⁶; asimismo, como el juez arbitral es un particular que ejerce la función pública de administrar justicia, le resultan aplicables las mismas causales de recusación y de impedimentos⁸⁷, así como también le es extensivo el Código Único Disciplinario⁸⁸. En cuanto a las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones que puedan recaer sobre los jueces arbitrales, la doctrina autorizada ha señalado que aquellas deben ser establecidas por la Constitución o por norma con rango de ley⁸⁹. Esto permite que el proceso arbitral se desarrolle en buenos términos y sin suspicacias, garantizándose así la imparcialidad y la independencia de los árbitros.

Atrás se vio que una de las ventajas del arbitramento era su especialidad, en razón a que los árbitros designados para resolver las controversias son expertos en esos

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-014 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.

⁸⁵ REVELO, Alfredo. El árbitro y el conciliador. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 163.

⁸⁶ IBAGÓN, Mónica Liliana. Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia. Serie de Derecho Administrativo No. 16. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012. P. 102.

⁸⁷ REVELO, Alfredo. El árbitro y el conciliador. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 169 y 170.

⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C-286 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁹ DE VEGA PINZÓN, Gabriel. Las inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 346 y 347.

precisos temas en conflicto. No es para menos, habida cuenta de que al sistema arbitral deben ingresar las personas más calificadas intelectualmente -éticamente también-, para que los árbitros contribuyan al avance de la ciencia jurídica y garanticen el respeto por el debido proceso judicial⁹⁰. Y es que ese grado de *capacidad* de un árbitro es decisivo en aras de un buen proceso arbitral, entendiéndose por *capacidad* no solo lo concerniente al conocimiento que en materia sustancial pueda tener el árbitro por su especialidad, sino también lo atinente al conocimiento en materia de derecho procesal⁹¹.

De otra parte, se destaca que el proceso arbitral culmina con una decisión llamada laudo arbitral, que puede ser dictado en derecho o en equidad. Tratándose de arbitramentos en los que intervenga una entidad pública -arbitraje estatal-, los árbitros deben dictar fallos o laudos arbitrales únicamente en derecho⁹², tal como lo consagra el inciso final del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012.

El laudo arbitral corresponde a una verdadera sentencia, tanto por su contenido formal como por el material, ya que su alcance y sus efectos son idénticos⁹³, al punto que aquel vincula a las partes y hace tránsito a cosa juzgada. Tal es la similitud entre los laudos arbitrales y las sentencias judiciales que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela también procede contra los primeros, con la aplicación de la misma tipología de defectos acuñados respecto de las providencias judiciales: el defecto factico, el sustantivo, el procesal, el error inducido, la decisión sin motivación o la violación directa a la Constitución⁹⁴.

⁹⁰ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Las calidades legales exigidas para el desempeño del árbitro. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 262.

⁹¹ GIACOMETTE FERRER, Ana. El árbitro y la prueba. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 471.

⁹² Corte Constitucional, sentencia T-288 de 2014, M.P. Jorge Pretelt Chaljub.

⁹³ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Régimen arbitral colombiano: Ley 1563 de 2012. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2013. p. 447.

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-244 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Si bien el laudo arbitral y la sentencia judicial tienen efectos vinculantes, ha de señalarse lo expuesto por Jaime Arrubla Paucar, en el sentido de que la fuerza obligatoria de la decisión de los árbitros radica en el sometimiento previo que las partes hacen para aceptar tal definición por aquellos terceros: mientras la sentencia del juez obliga por ser producto del órgano jurisdiccional -potestad del Estado que liga sin discusión a los súbditos con o contra su voluntad-, el laudo arbitral obliga porque así lo han dispuesto previamente los contratantes⁹⁵, de ahí la importancia del consentimiento y de la autonomía de la voluntad de las partes.

Otra diferencia entre los fallos dictados por los jueces ordinarios y los laudos proferidos por los árbitros podría ser que frente a los segundos no proceden los mismos recursos que pueden interponerse contra los primeros -por ejemplo, el recurso de apelación-⁹⁶. Esto se debe a que el proceso arbitral es de única instancia; no obstante, ello no implica que los laudos arbitrales no se puedan cuestionar en su concepción, pues existen dos recursos extraordinarios previstos en la ley: i) el de anulación, que se utiliza para atacar únicamente los vicios de procedimiento en el trámite arbitral⁹⁷ y ii) el de revisión, que es usado cuando se evidencian circunstancias malintencionadas por parte de los árbitros. No está por demás decir que estos recursos no sirven para cuestionar los aspectos sustanciales del laudo.

1.3.4. Los límites a la autonomía de la voluntad de las partes: ¿qué controversias suscitadas en el marco de un contrato estatal pueden ser sometidas o no a decisión de los árbitros?

El consentimiento y la autonomía, como expresiones de la voluntad de las partes, tradicionalmente han sido la piedra angular de la institución del arbitramento. Así,

⁹⁵ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. El pacto arbitral. En: La práctica del litigio arbitral, aspectos contractuales y procesales. Editorial Ibáñez. Tomo II, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 42.

⁹⁶ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Recursos contra el laudo arbitral. En: El contrato de Arbitraje. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Director académico: Eduardo Silva Romero y Coordinador académico: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2005. p. 672.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 1° de marzo de 2018, expediente No. 59.878, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

es bien sabido que con el pacto arbitral -precisamente- se materializa esa voluntad habilitante de la justicia arbitral, de ahí que el alcance dado por las partes contratantes sea el que delimite la actuación de los tribunales arbitrales⁹⁸.

Pero no solamente es la voluntad de las partes la que puede imponer límites a los árbitros que se habilitan para que diriman sus diferencias, el inciso final del artículo 116 de la Carta Política, en criterio de la Corte Constitucional⁹⁹, estableció unos límites en relación con la tarea de administrar justicia que cumplen aquellos particulares. Para una mejor comprensión se transcribirá la norma en mención:

“Los particulares pueden ser investidos **transitoriamente** de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros **habilitados por las partes** para proferir fallos en derecho o en equidad, **en los términos que determine la ley**”.

Son tres limitaciones: i) la *transitoriedad*, porque los árbitros solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia transitoriamente, es decir, que esa tarea de los árbitros únicamente va hasta que aquellos resuelvan el conflicto, dado que fueron habilitados por las partes precisamente para ello; ii) la *habilitación de las partes*, por cuanto del consenso de las partes nace la justicia arbitral para que diriman un determinado un conflicto y iii) la ley, pues los árbitros pueden administrar justicia “*en los términos que determine la ley*”¹⁰⁰. Para la Corte Constitucional, estas son las únicas limitaciones, es decir, no existen más.

De lo anterior se colige que la Constitución Política no delimitó sobre qué asuntos pueden conocer o no los árbitros en su papel de administradores de justicia, tarea que dejó en manos del legislador, es decir, solamente la ley puede limitar el ámbito de competencia de la justicia arbitral. Según Mónica Ibagón, la ley no ha impuesto

⁹⁸ TALERO RUEDA, Santiago. El árbitro y la prueba. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 503 y 504.

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁰⁰ Ibidem.

restricción alguna para el ejercicio de la competencia del arbitramento, distinta del carácter transigible que debe caracterizar a los asuntos sometidos a su conocimiento¹⁰¹ (Ley 270 de 1996, Ley 446 de 1998, Decreto 1818 de 1998), pero actualmente, con la expedición de la Ley 1563 de 2012¹⁰², ya no se habla de transigibilidad, sino de asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice¹⁰³.

En ese sentido, fuerza concluir que lo que delimita la voluntad o la posibilidad de que las partes acuerden el sometimiento de un asunto a arbitraje es la naturaleza disponible de los derechos involucrados en el conflicto sometido a decisión de los árbitros. Según lo ha dicho Suescún, el poder de disposición o la libre disposición son esenciales para la identificación de las materias arbitrales, de ahí que el concepto de arbitrabilidad en encuentre relacionado con la naturaleza de los derechos en disputa y se identifique con el de disponibilidad¹⁰⁴.

Concretamente, en lo que atañe a aquellas controversias que pueden presentarse en el marco de un contrato de estatal, se anticipa que el legislador únicamente ha restringido la competencia de los árbitros en relación con la declaratoria de caducidad de un contrato cuando el contratista colabora con grupos al margen de la ley (Ley 418 de 1997) y con la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales en el contexto de los contratos relativos a proyectos de infraestructura de transporte (Ley 1682 de 2013).

¹⁰¹ IBAGÓN, Mónica Liliana. Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia. Serie de Derecho Administrativo No. 16. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012. p. 99.

¹⁰² “**ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS.** *El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice*” (se destaca).

¹⁰³ AGUDELO TORRES, Daniel Alejandro. Trabajo de grado denominado “Análisis del cambio del régimen de la arbitrabilidad objetiva con ocasión de la entrada en vigencia del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, y consecuencias de dicho cambio en la arbitrabilidad de la legalidad de actos administrativos expedidos en uso de facultades excepcionales”. Universidad de los Andes. Bogotá, 2014, p. 8.

¹⁰⁴ SUESCÚN MELO, Jorge. De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público. En: El contrato de Arbitraje. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Director académico: Eduardo Silva Romero y Coordinador académico: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2005. p. 256 y 257.

En materia de contratación estatal, los dos eventos narrados en precedencia son los únicos que legalmente se encuentran excluidos del conocimiento de los árbitros. Y a la luz de la Ley 1563 de 2012 son arbitrables todos los asuntos de libre disposición o aquellos que el legislador autorice. Pero antes que eso, ha de destacarse que la competencia de los árbitros deviene de la forma en que las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía, redactan el pacto arbitral¹⁰⁵, bien sea cláusula compromisoria o compromiso, porque a partir de ahí se evidencia su intención en el sentido de si la controversia suscitada es de aquellas que decidieron someter a la justicia arbitral. Dicho de otro modo, una adecuada redacción del pacto arbitral permite determinar el verdadero alcance de la competencia que las partes contratantes decidieron atribuir a esos particulares denominados árbitros¹⁰⁶.

Lo anterior para significar que si bien el legislador, por autorización de la Constitución, está facultado para imponer límites a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes para someter ciertos asuntos a arbitraje, esa misma voluntad, por la misma forma en que se redacta el pacto arbitral, también limita el conocimiento de los árbitros sobre determinados asuntos. Un ejemplo claro de ello se encuentra en la providencia del 30 de mayo de 2017 (expediente No. 56.825), proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁰⁷, mediante la cual se negó la excepción de cláusula compromisoria propuesta por la parte demandada, en razón a que la controversia en cuestión no se enmarcaba dentro de aquellos que las partes decidieron someter a decisión de los árbitros:

Sin embargo, encuentra el Despacho que no le asiste razón, dado que el hecho de que exista un pacto arbitral no implica que todas las diferencias que se originen estén subsumidas en él, porque las partes, en virtud de la

¹⁰⁵ SALAZAR PARRA, Bernardo. Redacción del pacto arbitral y la cláusula compromisoria en el derecho interno. En: La práctica del litigio arbitral, aspectos contractuales y procesales. Editorial Ibáñez. Tomo II, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 106.

¹⁰⁶ LONDOÑO ARANGO, Maximiliano. La declaración de competencia: acto jurídico complejo. En: La práctica del litigio arbitral, aspectos contractuales y procesales. Editorial Ibáñez. Tomo II, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 235.

¹⁰⁷ M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

autonomía de la voluntad y del principio de habilitación, deciden en forma espontánea, libre y vinculante cuáles controversias son las que someten al conocimiento de la justicia arbitral y, en el caso concreto, lo hicieron únicamente respecto de las originadas “*con ocasión a la ejecución*” del referido contrato.

En el *sub lite*, una vez revisado el libelo, se evidencia que la controversia que dio lugar a este proceso -nulidad absoluta del contrato con fundamento en la nulidad de actos previos- no se puede catalogar como una originada con ocasión de la ejecución del referido acuerdo de voluntades, dado que no tiene como fin dirimir diferencias sobre las obligaciones pactadas en el mismo, en tanto su objeto es cuestionar la validez del negocio jurídico con fundamento en la ilegalidad de un acto previo a su perfeccionamiento, asunto, se reitera, ajeno a su ejecución.

De ahí la cardinal importancia de una adecuada redacción del pacto arbitral, pues, se repite, a partir de ahí se desprende la competencia de los árbitros. Distinto sería si todos los pactos arbitrales se redactaran de la siguiente forma “*el tribunal arbitral conocerá de todas las controversias suscitadas en el marco de este contrato*”¹⁰⁸, lo cual, sin duda, habilitaría de manera plena a la justicia arbitral para que se pronuncie sin limitaciones sobre todas aquellas controversias puestas a su consideración, a menos que se trate de un asunto excluido de su conocimiento por ley.

En conclusión, las partes contratantes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad (piedra angular de la justicia arbitral), pueden someter a decisión de los árbitros todos los conflictos que se presenten con ocasión del contrato estatal suscrito, a menos que con la redacción del pacto arbitral pretendan otra cosa y salvo aquellas controversias restringidas por el legislador (Ley 418 de 1997 y Ley 1682 de 2013).

¹⁰⁸ SALAZAR PARRA, Bernardo. Redacción del pacto arbitral y la cláusula compromisoria en el derecho interno. En: La práctica del litigio arbitral, aspectos contractuales y procesales. Editorial Ibáñez. Tomo II, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 106.

No obstante, en contravía del principio de habilitación de las partes contratantes y sin que el legislador haya restringido la competencia de los árbitros sobre los conflictos relacionados con la legalidad de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicios de las potestades exorbitantes (artículo 14 de la Ley 80 de 1993), la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo Estado restringieron la competencia de la justicia arbitral en esos precisos temas, entre otras razones -como por decir una, por cuanto esto será objeto de estudio más adelante-, porque ello no es una materia disponible o de libre disposición.

Como se verá a lo largo de este documento, no es válido el argumento consistente en que tales asuntos no pueden ser puestos a consideración de los árbitros porque no es una materia que sea disponible, pues las controversias relacionadas con la legalidad de actos contractuales distintos a los expedidos en ejercicio de las facultades exorbitantes tampoco son de libre disposición ¿pero por qué el Consejo de Estado ha señalado que sí son asuntos arbitrables? ¿no es contradictorio?, pues sí. Igual sucede con la nulidad absoluta del contrato, que tampoco sería disponible, pero aun así el Consejo de Estado ha sostenido que las controversias que giren en torno a ella también pueden someterse a decisión de los árbitros.

A pesar de que el legislador, por autorización de la Constitución Política, es el único facultado para imponer límites a la justicia arbitral, se observa que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado también restringió o excluyó del conocimiento de los árbitros determinados asuntos, postura que, sin duda, atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes sin ningún sustento válido en el ordenamiento jurídico y, por ende, afecta la eficacia del arbitraje.

II CAPÍTULO

LA JUSTICIA ARBITRAL Y SU COMPETENCIA PARA ASUMIR EL CONOCIMIENTO DE LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN EL MARCO DE UN CONTRATO ESTATAL, SEGÚN LAS NORMAS Y LA POSTURA JURISPRUDENCIAL

En este capítulo se realizará un recuento normativo y jurisprudencial de la institución de la justicia arbitral y su ámbito competencial para asumir o no el conocimiento de las controversias atinentes a la legalidad de los actos administrativos contractuales, concretamente los expedidos en ejercicio de los poderes exorbitantes previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

2.1. El arbitraje en vigencia de la Constitución de 1886

La Constitución Política de 1886 no consagró norma en cuanto a que los particulares pudiesen administrar justicia, es decir, no hizo mención a la figura del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos¹⁰⁹; sin embargo, durante su vigencia se expidieron las primeras leyes -Ley 2 de 1938 y Ley 4 de 1964- que institucionalizaron la justicia arbitral como una forma de solucionar los conflictos suscitados en el marco de un contrato de estatal¹¹⁰.

Las mencionadas leyes, en su orden, disponían:

Ley 2 de 1938

Artículo 1°. Reconócese validez a la cláusula compromisoria en los contratos celebrados por personas capaces de transigir.

¹⁰⁹ BENETTI SALGAR, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano. Editorial Temis. Segunda edición actualizada. Bogotá, 2001. p. 41.

¹¹⁰ CHEMÁS JARAMILLO, Jorge. Restricciones al acceso a la justicia arbitral. En: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008. p. 4 y 5.

Artículo 2°. Se entiende por cláusula compromisoria aquella por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir, o algunas de ellas.

Ley 4 de 1964

Artículo 1°. Los contratos que celebren la Nación, los Institutos, las empresas o establecimientos públicos descentralizados y demás entidades oficiales o semioficiales, con personas privadas, naturales o jurídicas, para estudios, construcción, mejora y conservación de las obras que corresponde ejecutar a esas entidades, y para ejercer la interventoría de las labores de los contratistas, se sujetará a las disposiciones de la presente Ley.

Artículo 13. Las entidades a que se refiere la presente Ley quedan facultadas para someter a arbitramento de los términos de la Ley 2a. de 1938, las diferencias que se presenten con los contratistas.

De las referidas disposiciones se desprende que las partes de un contrato, mediante cláusula compromisoria, podían pactar que todas las diferencias que surgieran de dicho negocio jurídico fueran resueltas por la justicia arbitral.

Lo anterior significa que los árbitros, sin restricción alguna, podían conocer de todas las controversias que surgieran de los “*contratos estatales*”¹¹¹, situación que se mantuvo hasta la expedición del Decreto-ley 150 de 1976, pues, a través de su artículo 66, se estableció que la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos no eran susceptibles de decisión arbitral, consagrándose así una limitación en cuanto a los asuntos que le correspondía asumir a la justicia arbitral.

El Decreto 222 de 1983, en su artículo 76, siguió esa tónica limitativa e incluso excluyó más asuntos del conocimiento de los árbitros; además de los relativos a la

¹¹¹ Si bien el concepto de “*contratos estatales*” vino a aparecer con la expedición de la Ley 80 de 1993, en esta parte del documento -en la cual se mencionan cuerpos normativos anteriores a la referida ley- se utiliza para dar cuenta de aquellos contratos a los que alude la Ley 4 de 1964.

aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, dicha disposición prohibió que la justicia arbitral conociera de las controversias relacionadas con la terminación, modificación e interpretación unilateral del contrato.

En conclusión, la justicia arbitral podía asumir el conocimiento de todas las diferencias suscitadas entre las partes de un *contrato estatal*, a excepción de las relacionadas con la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos y con la terminación, modificación e interpretación unilateral del contrato.

2.2. El arbitraje en vigencia la Constitución Política de 1991 y su respectiva regulación con la Ley 80 de 1993

Desde el año de 1991 el arbitraje adoptó un rango constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano¹¹². En efecto, la Constitución Política, en el inciso cuarto del artículo 116, consagró:

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la **de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos** en derecho o en equidad, **en los términos que determine la ley** (se destaca).

Pues bien, el concepto constitucional de arbitraje se encuentra definido, entre muchos otros, por los siguientes elementos¹¹³:

i) Que es un mecanismo transitorio, por cuanto la duración del arbitramento es por un tiempo específico, esto es, hasta que los árbitros resuelvan el conflicto sometido a su consideración por la partes.

¹¹² MOLINA, Carlos. Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia. En: El contrato de Arbitraje. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Director académico: Eduardo Silva Romero y Coordinador académico: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2005. p. 53.

¹¹³ Ibidem.

ii) Que es una actividad jurisdiccional, toda vez que los árbitros, pese a ser particulares, son habilitados transitoriamente por las partes para que administren justicia en un caso determinado, tanto así que sus decisiones son expresiones de función pública, ponen fin a un conflicto y hacen tránsito a cosa juzgada.

iii) Que es una actividad voluntaria de carácter privado, porque las partes son las que deciden, de manera libre, que sus conflictos los dirima la justicia arbitral.

iv) Que está supeditado a la ley, en razón a que si bien los árbitros transitoriamente pueden ejercer la función pública de administrar justicia, lo cierto es que lo deben hacer “*en los términos que determine la ley*”, pues así mismo lo consagró la norma constitucional.

En lo que aquí interesa, se destaca el valor fundamental que la Constitución de 1991 le dio a la autonomía de la voluntad de la partes -sin límite alguno- para habilitar a ciertos particulares, denominados árbitros, con el fin de que administren justicia de forma transitoria y así resuelvan *todas las desavenencias* que naturalmente pueden desencadenarse en torno a un contrato estatal.

Se resalta la expresión *todas las desavenencias* porque la Carta Política de 1991 no restringió los asuntos que deben conocer los árbitros, lo que da cuenta de que la justicia arbitral tiene un margen de competencia amplio, en tanto puede asumir el conocimiento de todas las diferencias que se susciten entre las partes en el marco de un contrato estatal, salvo aquellos asuntos que el legislador decida restringir.

En otras palabras, no existe fundamento constitucional que conduzca a señalar que la justicia arbitral no pueda asumir el conocimiento de ciertos asuntos, en razón a que la Carta Política de 1991 guardó silencio en ese sentido¹¹⁴, lo cual significa que

¹¹⁴ GARCÍA CANTILLO, Karina. Arbitrabilidad de los actos administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal. Trabajo de grado para la Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa. Universidad de los Andes. Bogotá, 2014. p. 85.

no se estableció un límite o una restricción en cuanto a las competencias atribuidas a los árbitros por virtud del pacto arbitral.

En estos mismos términos, el tratadista Gil señaló que, de acuerdo con la Constitución Política de 1991, la jurisdicción y la competencia de los árbitros es **plena**, de ahí que no exista motivo para sostener la falta de competencia de la justicia arbitral para definir sobre la legalidad del acto administrativo¹¹⁵.

La Ley 80 de 1993 -Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (en adelante EGCAP)- acogió la idea de la justicia arbitral sin restricciones, pues sus artículos 70 y 71 del EGACP dispusieron:

Artículo 70º.- *De la Cláusula Compromisoria.* Derogado por el art. 118, Ley 1563 de 2012. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación (...)

Artículo 71º.- *Del Compromiso.* Derogado por el art. 118, Ley 1563 de 2012. Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

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

¹¹⁵ GIL ECHEVERRY, Hernán. Régimen arbitral colombiano: Ley 1563 de 2012. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2013. p. 980.

De las disposiciones del EGCAP se observa que los árbitros, bien sea habilitados por cláusula compromisoria o por compromiso, cuentan con la facultad de conocer todas las controversias que se produzcan con ocasión de la celebración, ejecución, terminación o liquidación del contrato estatal, sin restricción alguna, de manera que quedaron atrás las prohibiciones que habían establecido el Decreto-ley 150 de 1976 y el Decreto 222 de 1983, en el sentido de que la justicia arbitral no podía conocer de las diferencias relacionadas con la aplicación de la cláusula de caducidad, la terminación, modificación e interpretación unilateral del contrato.

Bajo esa óptica, un sector de la doctrina ha señalado¹¹⁶:

De modo que la restricción que anteriormente consagraba en este sentido el decreto 222 de 1983, en su artículo 76, al excluir expresamente el arbitramento para cláusulas exorbitantes, desapareció con la expedición de la Ley 80 de 1993. Es claro que en su articulado, la Ley 80 de 1993 no establece dicha restricción, lo que significa, en una interpretación pacífica, no que el Legislador, por olvido, no la incluyó sino que, obviamente, quiso eliminarla.

Puede entenderse, como corolario de lo anterior, que la Ley 80 de 1993, a tono con el texto constitucional del artículo 116, dejó por fuera dicha prohibición, reafirmando sencillamente que el arbitramento se adelantará conforme a lo establecido por la ley.

Esta línea de pensamiento la comparte Suescún, que, en su criterio, de la lectura de las disposiciones del EGCAP se infiere que el legislador no limitó el ámbito de competencia de los tribunales de arbitramento, toda vez que consagró que los árbitros estaban facultados para conocer sobre toda clase de diferencias que se presenten en cualquiera de las etapas del contrato estatal¹¹⁷.

¹¹⁶ CHEMÁS JARAMILLO, Jorge. Restricciones al acceso a la justicia arbitral. En: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008. p. 8 y 9.

¹¹⁷ SUESCÚN, Felipe. Orden público internacional: excepción a la limitación que imponen los actos administrativos a la competencia de los tribunales de arbitramento. En: Revista de Derecho Privado No. 44. Universidad de los Andes. Bogotá, 2010. p. 8 y 9.

En ese orden de ideas, ha de concluirse que no existe prohibición constitucional ni legal como para excluir del conocimiento de los árbitros cualquier tipo de controversias suscitada en el marco de un contrato estatal, incluidas las relacionadas con la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 del EGCAP.

2.3 Otras normas sobre la figura del arbitraje en Colombia

2.3.1. En vigencia de la Constitución Política de 1991 se han expedido más normas que regulan la figura del arbitraje, entre ellas, la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, que, en su artículo 13, disponía:

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, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad (se destaca).

En la norma transcrita se reitera lo consignado en el texto constitucional, en el sentido de que los particulares, denominados árbitros y habilitados por las partes, pueden ejercer función jurisdiccional; el elemento distinto o adicional es que lo pueden hacer pero en asuntos susceptibles de transacción, fijándose así, al parecer, un límite a la competencia de la justicia arbitral.

Recuérdese que la Carta Política de 1991 no consagró ninguna restricción en cuanto a las competencias atribuidas a los árbitros por virtud del pacto arbitral, pero sí dispuso expresamente que aquellos particulares podían proferir fallos en derecho o en equidad “*en los términos que determine la Ley*”.

Así, cabría señalar que, de acuerdo con la restricción fijada por la Ley 270 de 1996, los árbitros únicamente podían conocer de los asuntos susceptibles de transacción.

2.3.2. Este criterio también fue adoptado por la Ley 446 de 1998, en cuyo artículo 111 definió la figura del arbitraje como un mecanismo a través del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible defieren su decisión a los árbitros, transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia.

Esa norma fue reproducida en los mismos términos por el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 -Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos-.

2.3.3. Con la Ley 1285 de 2009, concretamente con el artículo 6, que modificó el artículo 13, numeral 3, de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, se eliminó la expresión “*asuntos susceptibles de transacción*”.

Así reza la mencionada disposición:

Artículo 6. Modifíquese el artículo 13 de la Ley 270 de 1996.

Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución (...) 3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, **en los términos que señale la ley.** Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso (se destaca).

Debido a la supresión de la expresión “*asuntos susceptibles de transacción*”, al tenor de la norma transcrita podría señalarse que los árbitros pueden conocer, incluso, de

aquellos asuntos que no son *transigibles*¹¹⁸. Entonces, como acaba de verse, los árbitros pueden ejercer la función pública de administrar justicia “*en los términos de la ley*”, así como lo consagra el ya referido artículo 116 de la Constitución Política de 1991, de ahí que el legislador sea la única autoridad que pueda restringir la competencia de la justicia arbitral sobre ciertos asuntos.

2.3.4. Con posterioridad se expidió la Ley 1563 de 2012 -Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional-, sobre la cual se ahondará más adelante. Se anticipa que este cuerpo normativo, al igual que la Ley 80, consagró que los árbitros pueden conocer de todas las controversias suscitadas en el marco del contrato estatal.

2.4. Leyes que restringieron la competencia de los árbitros

Visto todo lo anterior, se recuerda que el legislador, por mandato del artículo 116 de la Constitución Política de 1991 -que recogió también el artículo 6 de Ley 1285 de 2009-, es el único autorizado para restringir la competencia de los árbitros.

Al respecto, se advierte que son dos las leyes que hasta el momento han limitado la competencia de los árbitros en casos muy específicos:

i) Ley 418 de 1997 -por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia-, en el artículo 90, consagra que la entidad pública puede declararle la caducidad del contrato cuando el contratista acceda injustificadamente a peticiones o, en su defecto, colabore con grupos al margen de la ley; acto seguido, el artículo 91, inciso 4°, establecía “*En ningún caso la aplicación de esta cláusula podrá ser sometida a conciliación o a decisión arbitral*”. Esta última norma fue modificada por la Ley 1738 de 2014, pero lo aquí referido quedó consagrado en los mismos términos.

¹¹⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Proceso arbitral nacional. Dupré Editores. Bogotá, 2013. p. 66.

Para Chemás, este tipo de restricciones corroboran que la competencia de la justicia arbitral es amplia según lo dispuesto en la Carta Política y que únicamente puede ser limitada por la ley, tal y como sucede con la Ley 418 de 1997¹¹⁹:

Sirve para corroborar la anterior interpretación, esto es, que cuando el Legislador quiere establecer una excepción o una limitación, así lo consagra expresamente, el caso de la Ley 418 de 1997, en la que de manera expresa para los eventos en que el contratista incurre en algún tipo de trato con grupos al margen de la ley, se establece como sanción la caducidad del contrato, y se excluye tal declaratoria del conocimiento de la justicia arbitral dados los motivos de orden público subyacentes en tal declaratoria.

Con excepción de la anterior norma, que tiene sustento en los señalados motivos, ninguna otra disposición sustrae del conocimiento de los tribunales de arbitramento los conflictos que surjan en relación con los actos administrativos dictados en ejercicio de las llamadas facultades exorbitantes, por lo que debe entenderse que legalmente no existe obstáculo para ello.

ii) Ley 1682 de 2013 -a través de la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias-, en cuyo artículo 14, literal c), dispuso que los árbitros << (...) *no tendrán competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales*>>.

Sin duda, la norma en mención excluyó del conocimiento de los árbitros aquellas controversias relacionadas con la legalidad de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales, eso sí, únicamente en el contexto de los contratos relativos a proyectos de infraestructura de transporte¹²⁰.

¹¹⁹ CHEMÁS JARAMILLO, Jorge. Restricciones al acceso a la justicia arbitral. En: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008. p. 9.

¹²⁰ DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá, 2016. p. 819.

2.5. Las restricciones fijadas por la jurisprudencia nacional en cuanto a la competencia de la justicia arbitral frente a actos administrativos dictados en el marco del contrato estatal

Aun cuando la Constitución Política de 1991 y la Ley 80 de 1993 no distinguieron qué asuntos debe conocer o no la justicia arbitral -lo que indica que los árbitros no tienen restricción para asumir el conocimiento de cualquier controversia derivada de un contrato estatal, salvo los casos especiales previstos en las Leyes 418 de 1997 y 1682 de 2013-, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado limitó la competencia de los árbitros.

Son distintos los pronunciamientos relevantes que al respecto se han emitido, que, por metodología y para una mayor comprensión, se hará mención a cada uno de ellos en forma cronológica, del más antiguo al más reciente, y así identificar la línea que se ha trazado respecto de la competencia -o incompetencia- de los árbitros para resolver conflictos atinentes a la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión de un contrato estatal, concretamente los dictados en ejercicio de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

2.5.1. Una primera postura: competencia relativa de la justicia arbitral

Esta postura consistió en que si bien la justicia arbitral podía asumir el conocimiento de las diferencias concernientes a las consecuencias económicas de los actos administrativos contractuales, no tenía la facultad para examinar la legalidad de esos actos, en cuanto esto último era una tarea exclusiva de los jueces administrativos, lo que da cuenta de un fraccionamiento de la función jurisdiccional.

Es por esa razón que se habla de una “*competencia relativa*” de los árbitros, toda vez que no estaban facultados para examinar íntegramente los actos administrativos expedidos en el marco de un contrato estatal: sobre sus efectos económicos sí, mas no sobre su legalidad o validez.

Lo anterior quedó plasmado en las sentencias del 15 de mayo de 1992 y del 12 de noviembre de 1993, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, ambas con ponencia del magistrado Daniel Suárez Hernández. En la primera se señaló que en sede de justicia arbitral únicamente era posible discutir sobre las consecuencias económicas de las declaraciones de caducidad, terminación, modificación del contrato estatal, pero no acerca de su aplicación, lo que equivale a su legalidad (expediente No. 5326); mientras que en la segunda, de manera clara y contundente, se sostuvo que la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal no podía ser objeto de juzgamiento por parte de los árbitros, por cuanto tal juicio no era transable (expediente No. 7809).

En otras palabras, se dijo que los jueces administrativos eran los únicos competentes para juzgar la legalidad de los actos administrativos contractuales, sin embargo, las controversias que se suscitaban en relación con sus efectos económicos podían ser solucionadas por la justicia arbitral, eso sí, siempre y cuando las mismas partes hubiesen decidido someterlas a su conocimiento¹²¹.

2.5.2. Una segunda postura: incompetencia absoluta de la justicia arbitral

El tribunal cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo cambió de postura solo hasta el año de 1997, en el sentido de que los árbitros, además de no encontrarse facultados para conocer de las discusiones relacionadas con la legalidad de los actos administrativos contractuales, tampoco podían avocar conocimiento de los asuntos relativos a los efectos económicos de esos actos, prohibiéndose así el fraccionamiento de la función jurisdiccional.

De ahí la denominación de la segunda postura: incompetencia absoluta de la justicia arbitral, toda vez que a los árbitros se les privó la posibilidad de conocer cualquier diferencia derivada de los actos administrativos contractuales, esto es, ni su

¹²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de noviembre de 1993, expediente No. 7809, M.P. Daniel Suárez Hernández.

legalidad, ni sus consecuencias económicas, cuestiones que quedaron exclusivamente en manos de los jueces administrativos, en atención al principio de la plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia.

Según el Consejo Estado, la importancia del mencionado principio radica en la imposibilidad de escindir el conocimiento de un asunto, esto es, que el juez arbitral y el juez administrativo, de manera concurrente, puedan conocer de un mismo acto administrativo contractual: el primero sobre sus consecuencias económicas y el segundo acerca de su legalidad, situación que, sin duda, conllevaba a que se adoptaran decisiones contradictorias. Por consiguiente, la competencia del estudio de legalidad del respectivo acto y sus consecuencias económicas quedó en cabeza únicamente de la jurisdicción contenciosa administrativa¹²².

Con lo anterior se prohibió el fraccionamiento de la función jurisdiccional, cuyo propósito no era otro distinto que evitar decisiones contradictorias en la justicia arbitral y en la jurisdicción de lo contencioso administrativo; esta idea también la compartió el profesor Arrubla, cuando afirmó que los árbitros no pueden cubrir “*el aspecto meramente patrimonial, por ser un efecto que es consecuencia directa del acto administrativo; y admitir la justicia arbitral en este tópico podría dar lugar a conclusiones diferentes en el arbitraje y en la justicia contenciosa administrativa*”¹²³.

Superado lo anterior, pero siguiendo la línea de lo que se ha denominado “*incompetencia absoluta de la justicia arbitral*” como segunda postura jurisprudencial, ha de advertirse que el Consejo de Estado -en el año 2000- señaló que a los jueces arbitrales les estaba vedado el control de legalidad de todos los actos administrativos contractuales, debido a que ellos comportan el ejercicio del poder público, materia que no es susceptible de transacción¹²⁴.

¹²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de junio de 1997, expediente No. 10.882, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹²³ ARRUBLA, Jaime. Contratos mercantiles. Contratos contemporáneos. Editorial Legis. Tercera edición actualizada. Bogotá, 2013. p. 334.

¹²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de febrero de 2000, expediente No. 16.394, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Meses más tarde y en esa misma dirección, el Consejo de Estado ratificó, sin ambages, que la legalidad de los actos administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal no podía ser sometida a la justicia arbitral, bajo la consideración de que es una materia de orden público, situación que lo hace intransferible e innegociable y, por ende, del conocimiento exclusivo de los jueces administrativos¹²⁵.

A manera conclusiva, los actos administrativos contractuales únicamente pueden ser impugnados ante los jueces administrativos.

Frente al referido pronunciamiento -sentencia del 8 de junio de 2000- y pese al criterio mayoritario del Consejo de Estado, consistente en la imposibilidad de los árbitros para conocer sobre sobre la legalidad de actos administrativos contractuales, resulta ilustrativo y de suma importancia traer a colación el salvamento de voto que de esa providencia hizo el magistrado -para ese entonces- Ricardo Hoyos Duque, que, prácticamente, fundó en los siguientes argumentos:

i) Que la Ley 80 de 1993 no estableció ningún tipo de restricción en relación con el alcance del arbitramento en los contratos estatales, pues, a diferencia de los anteriores estatutos contractuales, amplió la competencia de los árbitros.

ii) Que la competencia de la justicia arbitral es plena, en razón a que su función es impartir justicia de igual forma como lo hacen las autoridades judiciales, sin que exista ningún tipo de limitación constitucional ni legal para el efecto.

Con base en lo anterior y atendiendo a que en la Constitución no existe norma que de forma privativa establezca que la jurisdicción contencioso administrativa sea la encargada de controlar la legalidad de los actos administrativos -pues el art. 238 dice el juez administrativo puede suspender sus efectos provisionalmente, cosa

¹²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2000, expediente No. 16.973, M.P. Alier Hernández Enríquez.

distinta a anularlos-, a juicio del magistrado disidente, nada obsta para que los jueces arbitrales también puedan conocer sobre ese concreto asunto.

Se observa que la posición discrepante del entonces magistrado Ricardo Hoyos Duque concuerda con lo señalado por Suescún, en el sentido de que al leer el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 se infiere que no se restringió el ámbito de competencia de los tribunales de arbitramento, en tanto dicha norma expresamente consagra que los árbitros pueden conocer de toda clase de diferencia contractual¹²⁶.

Pero resulta que la posición mayoritaria del Consejo de Estado, consistente en la incompetencia de los árbitros para examinar la legalidad de actos administrativos, fue avalada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1436 de 2000, con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

En aquella providencia se examinaron los artículos 70 y 71 del EGCAP, porque la accionante señaló que esas disposiciones habilitaban a los árbitros para que se pronunciaran sobre la legalidad de actos administrativos expedidos en el marco de un contrato estatal, situación que, en su criterio, contrariaba la Carta Política; sin embargo, la Corte no acogió esos argumentos y declaró la exequibilidad de los mencionados artículos, aunque condicionadamente, así (transcripción in extenso):

Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto

¹²⁶ SUESCÚN, Felipe. Orden público internacional: excepción a la limitación que imponen los actos administrativos a la competencia de los tribunales de arbitramento. En: Revista de Derecho Privado No. 44. Universidad de los Andes. Bogotá, 2010. p. 8 y 9.

a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición (...) En conclusión, el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros.

(...) En este orden de ideas, 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 (...) no existe presupuesto constitucional alguno que permita afirmar que la decisión sobre la legalidad de los actos administrativos, y, específicamente, de aquellos que dicta la administración en uso de sus facultades excepcionales, esté librada al arbitrio de los particulares (...).

Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

Este pronunciamiento tuvo una **lectura inicial** por parte del Consejo de Estado, consistente en la imposibilidad de los árbitros para examinar la validez o la legalidad de cualquier acto administrativo dictado en el marco de un contrato de estatal, lo que reafirmó la postura de la *“incompetencia absoluta de la justicia arbitral”*. Así se lee en los múltiples pronunciamientos que profirió el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa en ese sentido.

En efecto, en el año 2002, la Sección Tercera del Consejo de Estado advirtió que dentro del ámbito de competencia de la justicia arbitral no se encuentra comprendido el control de legalidad de los actos administrativos expedidos en

desarrollo de la actividad contractual¹²⁷, es decir, que los asuntos relacionados con ese tema concreto correspondían únicamente a los jueces administrativos¹²⁸. De hecho, en relación con un conflicto concerniente a la ruptura del equilibrio económico de un contrato, el Consejo de Estado enfatizó con vehemencia que el mismo sí podía ser sometido al conocimiento de los árbitros, en razón a <<*que no se encuentra tal controversia dentro de la zona vedada a la justicia arbitral como es la de conocer o pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos*>>¹²⁹.

En el año 2003 se insistió en la referida postura, pues, en un caso en el cual se cuestionó un acto administrativo mediante el cual se declaró la terminación unilateral de un contrato, se dijo que el tribunal de arbitramento no se encontraba facultado para pronunciarse sobre la legalidad de dicha decisión administrativa¹³⁰. Más adelante, en el año 2004, el Consejo de Estado reiteró que la ley facultó a las partes para que los conflictos que se suscitaban en torno a los contratos estatales pudieran ser sometidos al conocimiento de la justicia arbitral, salvo lo relacionado con el control de legalidad de los actos administrativos¹³¹.

En esa línea, en el año 2005, el tribunal de cierre de lo contencioso administrativo sostuvo que las controversias surgidas en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales podían someterse ante la justicia arbitral, siempre y cuando no tuvieran relación con la legalidad de actos administrativos¹³². Asimismo, en el año 2007, esa misma Corporación indicó que la legalidad de los actos

¹²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de febrero de 2002, expediente No. 19.090, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 2002, expediente No. 19.333, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de junio de 2002, expediente No. 21.040, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente No. 16.718, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

¹³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2004, expediente No. 25.154, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente No. 27.946, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

administrativos proferidos por las entidades públicas con ocasión de un contrato no podía quedar sujeta a la decisión de los tribunales de arbitramento¹³³.

Entonces, queda claro que el Consejo de Estado, a partir de la sentencia C-1436 de 2000, acentuó la postura concerniente a la incompetencia absoluta de los árbitros para examinar la legalidad de cualquier acto administrativo expedido con ocasión de la celebración, ejecución, terminación y liquidación de un contrato estatal.

En ese orden de ideas, las discusiones acerca de la validez sobre la imposición de una multa¹³⁴, la declaratoria de incumplimiento, la liquidación unilateral, la declaratoria de terminación unilateral, la caducidad, la modificación unilateral, entre muchos otros que pueden proferirse con ocasión del contrato estatal, cuyas manifestaciones también se hacen a través de actos administrativos, quedaron por fuera de la órbita competencial de la justicia arbitral.

2.5.3. Tercera postura: competencia restringida de la justicia arbitral

La postura de la “*incompetencia absoluta de la justicia arbitral*” para conocer sobre la legalidad de cualquier acto administrativo contractual se superó con la sentencia del 10 de junio de 2009, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Mauricio Fajardo Gómez. En ese pronunciamiento se hizo una **segunda lectura** de la sentencia C-1436 de 2000 y esto se concluyó¹³⁵:

Y al efectuar el examen detallado y cuidadoso de la Sentencia C-1436 de 2000, la Sala encuentra que el condicionamiento que se ha venido mencionando fue establecido por la Corte Constitucional sobre la base de considerar que los aludidos *actos administrativos* –cuyo examen no puede

¹³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente No. 15.469, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹³⁴ En el capítulo III de esta investigación se indaga acerca de si las multas son exorbitantes o no: actualmente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que no, pero antes -como se verá- sí eran consideradas como potestades exorbitantes.

¹³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, expediente No. 36.252, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

ser sometido al conocimiento de los árbitros– son precisamente los que profieren las entidades estatales contratantes en ejercicio de las facultades o potestades que consagra de manera expresa el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, es decir: **a)** interpretación unilateral del contrato; **b)** modificación unilateral del contrato; **c)** terminación unilateral del contrato; **d)** sometimiento a las leyes nacionales; **e)** caducidad y **f)** reversión, conjunto de prerrogativas éstas que la Corte Constitucional identificó como los poderes excepcionales y a las cuales limitó, a la vez, el sentido de esa noción genérica para los efectos del fallo en cuestión.

Dilucidados y limitados así tanto el sentido como el alcance del condicionamiento al cual la Corte Constitucional supeditó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, todo en íntima conexión y con estricto apego a la *ratio decidendi* que le sirvió de fundamento, se impone concluir que los demás actos administrativos contractuales –es decir aquellos que están excluidos del conjunto de las facultades que de manera expresa recoge el hoy vigente artículo 14 de la Ley 80 de 1993, conjunto al cual la Corte Constitucional circunscribió en esa ocasión la noción de “*poderes excepcionales*”–, los demás actos administrativos contractuales –se repite– sí pueden ser sometidos al estudio, al examen, al conocimiento y a la decisión de los árbitros, en la medida en que no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto(...).

[L]a Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado (...) bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia

arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos.

Aunque con esta sentencia fue que cambió la postura jurisprudencial de “*incompetencia absoluta de la justicia arbitral*”, con antelación, el mismo magistrado, en un pronunciamiento aislado, ya había dado visos sobre el nuevo criterio de competencia de los árbitros, en el sentido de que aquellos sí podían conocer sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales de contenido particular que no fueran expedidos en ejercicio de las facultades excepcionales¹³⁶.

Con el cambio jurisprudencial se permitió que los árbitros pudieran conocer de la legalidad de todos los actos administrativos contractuales, salvo los proferidos en ejercicio de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 del EGCAP, quedando así relegada la postura de “*incompetencia absoluta de la justicia arbitral*”.

Entonces, a partir de la sentencia del 10 de junio 2009, exp. 36.252, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se abrió paso a la tercera postura, que aquí se denomina “*competencia restringida de la justicia arbitral*”, por la simple pero suficiente razón de que a los árbitros se les restringió el conocimiento de los actos administrativos proferidos en desarrollo del artículo 14 del EGCAP, aunque sí se les habilitó para conocer de los demás actos administrativos contractuales.

Esta tercera postura ha hecho carrera en el Consejo de Estado, tanto así que en la actualidad se mantiene ese criterio, muestra de ello los múltiples pronunciamientos que a la fecha se han dictado en ese sentido. En efecto, en el año 2012 se sostuvo que al interior de una relación contractual pueden dictarse distintos actos administrativos: los proferidos en ejercicio de las potestades exorbitantes del

¹³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2008, expediente No. 33.644, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

artículo 14 del EGCAP, que no pueden ser juzgados por los árbitros, y los demás actos administrativos contractuales, que sí pueden ser conocidos por aquellos¹³⁷.

Dicho lo anterior, en un caso cuyo objeto de estudio era un recurso extraordinario de anulación contra un laudo arbitral, la Subsección C de la Sección Tercera de esa Corporación concluyó que dicha decisión de los árbitros estaba viciada de nulidad, porque se pronunciaron sobre la validez un acto administrativo que dispuso la terminación unilateral del contrato (potestad exorbitante), asunto que únicamente podía conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹³⁸.

En el año 2013, el Consejo de Estado destacó e insistió que los tribunales de arbitramento no podían pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportaran el ejercicio de poderes excepcionales, los consagrados en el artículo 14 del EGCAP, que son: i) terminación unilateral del contrato; ii) interpretación unilateral del contrato; iii) modificación unilateral del contrato; iv) caducidad del contrato; v) sometimiento a las leyes nacionales y vi) reversión en los contratos de explotación y concesión de los bienes del Estado. De resto, señaló que los árbitros sí podían conocer sobre la validez de los dictados en ejercicio de facultades distintas a las previstas en el mencionado artículo¹³⁹.

Bajo esa línea de pensamiento, también en un proceso relativo a un recurso extraordinario de anulación contra un laudo arbitral, el Consejo de Estado señaló que los árbitros tenían competencia para anular total o parcialmente el acto administrativo de liquidación unilateral de un contrato, dado que no era de aquellos poderes exorbitantes consagrados en el artículo 14 del EGCAP¹⁴⁰.

¹³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, expediente No. 39.942, M.P. Enrique Gil Botero.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, auto del 18 de abril de 2013, expediente No. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1º de agosto de 2016, expediente No. 56.138, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

En ese contexto, resulta clara la restricción o, más bien, la prohibición que recae sobre los árbitros para conocer acerca de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de EGCAP, que, se repite, son las siguientes: i) terminación unilateral del contrato; ii) interpretación unilateral del contrato; iii) modificación unilateral del contrato; iv) caducidad del contrato; v) sometimiento a las leyes nacionales y vi) reversión en los contratos de explotación y concesión de los bienes del Estado, actos que únicamente pueden ser conocidos por los jueces administrativos.

En definitiva, aunque los mencionados poderes exorbitantes escapan de la órbita competencial de la justicia arbitral, los árbitros pueden conocer de aquellos actos administrativos contractuales distintos a los consagrados en el artículo 14 del EGCAP, como el que impone una multa, el que declara el incumplimiento contractual, el que liquida unilateralmente el contrato, el que hace exigible las garantías que amparan riesgos, entre muchos otros.

2.5.4. Conclusiones del desarrollo jurisprudencial

Desde la expedición la Constitución Política de 1991, el tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo poco a poco ha modificado su criterio respecto de la competencia de los árbitros para asumir el conocimiento de controversias relacionadas con actos administrativos contractuales.

Como acaba de verse, tres han sido las tesis que ha adoptado el Consejo de Estado, que, en resumen, son las siguientes:

i) Desde 1992 hasta 1997 se mantuvo la postura de “*competencia relativa de la justicia arbitral*”, que consistió en que los árbitros podían conocer de los efectos económicos de los actos administrativos contractuales, pero no de su legalidad.

ii) Desde 1997 hasta 2009 se adoptó la postura de “*incompetencia absoluta de la justicia arbitral*”, que, en términos generales, se fundó en que los árbitros no

podían conocer -en absoluto- de las controversias derivadas de los actos administrativos expedidos en el marco de contrato estatal, ni siquiera de sus consecuencias económicas, criterio que se consolidó a partir de la primera lectura que hizo el Consejo de Estado de la sentencia C-1436 de 2000.

iii) Desde 2009, a partir de la segunda lectura -o de la reinterpretación- que el Consejo de Estado realizó en relación con la sentencia C-1436 de 2000, se mantiene vigente la postura de la “*competencia restringida de la justicia arbitral*”, consistente en que los árbitros pueden conocer de los actos administrativos contractuales, a excepción de los dictados en ejercicio de las potestades exorbitantes del artículo 14 del EGCAP.

Se observa que, aunque pasaron muchos años desde la expedición de la Constitución Política de 1991, la jurisprudencia realmente avanzó con la tercera postura, denominada “*competencia restringida de la justicia arbitral*”, toda vez que a partir de ahí se permitió que los árbitros pudieran asumir el conocimiento de las controversias relativas a la legalidad de actos administrativos contractuales, tema que permaneció vedado para los tribunales arbitrales desde 1992 hasta el 2009.

Pero a pesar de ese avance jurisprudencial, se destaca que a la luz del ordenamiento jurídico colombiano no existe razón para que los asuntos relativos a la validez de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 del EGCAP se encuentren excluidos del conocimiento de la justicia arbitral.

Así lo expresó un sector de la doctrina nacional¹⁴¹:

No hay ninguna norma [salvo los casos especiales previstos en las Leyes 418 de 1997 y 1682 de 2013], en el derecho colombiano, en la cual se disponga que lo relacionado con las cláusulas exorbitantes de la

¹⁴¹ GIL ECHEVERRY, Hernán. Régimen arbitral colombiano: Ley 1563 de 2012. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2013. p. 980.

administración no puede ser objeto de negociación o acuerdo entre las partes contratantes e innegociables.

La evolución jurisprudencial ha sido *significativa*, pero no suficiente¹⁴², por cuanto así como se avaló la posibilidad de que los árbitros se pronunciaran sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, bajo la misma lógica también pueden ser habilitados para conocer acerca de los expedidos en ejercicio de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 del EGCAP.

En ese orden ideas, resulta claro que con la jurisprudencia nacional ha quedado rezagado el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que, como se dijo en el primer capítulo, es la piedra angular de la justicia arbitral. Lo anterior, por cuanto en ella se han fijado restricciones que no tienen sustento constitucional ni legal (salvo los asuntos previstos en las Leyes 418 de 1997 y 1682 de 2013), lo que supone, sin lugar a dudas, la vulneración del referido principio.

Claro está que todas las controversias suscitadas en el marco de un contrato estatal -los que obviamente contengan pacto arbitral-, incluidas las relativas a la legalidad de las potestades exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pueden ser sometidas al conocimiento de los árbitros, atendiendo a la competencia plena o amplia de la justicia arbitral, según los dictados del artículo 116 de la Constitución.

Sostener -como lo hace actualmente la jurisprudencia- que los árbitros no están facultados para asumir el conocimiento de los asuntos concernientes a la legalidad de los actos administrativos contractuales dictados en el ejercicio de las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80, sería desconocer el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en tanto no existe restricción constitucional ni tampoco legal. Y si aquellas normas no han establecido o distinguido qué asuntos no debe conocer la justicia arbitral, mucho menos lo pueden hacer los jueces.

¹⁴² DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá, 2016. p. 819.

En resumen, las restricciones fijadas por la jurisprudencia respecto de la competencia de la justicia arbitral, en relación con los temas concernientes a la legalidad de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de las potestades exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, atentan contra el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

2.6. La Ley 1563 de 2012 -Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional-

Con la expedición de la Ley 1563 de 2012 surge el siguiente interrogante: ¿se amplió o se restringió la competencia de los árbitros para conocer acerca de las controversias suscitadas en el marco del contrato estatal?

Para el efecto, resulta necesario acudir a la Exposición de Motivos y así identificar las razones que condujeron a la expedición de la referida Ley. Entre ellas, la preocupante situación de congestión judicial, de ahí el propósito del legislador de fortalecer la institución del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, para contribuir en la búsqueda de una administración de justicia ágil, pronta y eficaz y así promover el incremento de inversión nacional y extranjera¹⁴³.

Como medida para el fortalecimiento de la institución de la justicia arbitral se optó por ampliar la competencia de los árbitros, esto es, que aquellos pudieran conocer de más asuntos, situación que se desprende de la misma Exposición de Motivos¹⁴⁴:

Se amplía el marco de los asuntos que pueden adelantarse mediante arbitraje, promoviendo así su desarrollo y utilización. No sólo podrán ser objeto de arbitraje aquellos asuntos transigibles sino todos aquellos que el legislador indique. El punto no será necesariamente que la materia sobre la que verse sea transigible, sino que el legislador podría indicar otros asuntos.

¹⁴³ Gaceta 946 de 2011, Senado de la República.

¹⁴⁴ Ibidem.

En efecto, el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, inciso 1º, estableció que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos la ley autorice. En el inciso 4º se contempló lo siguiente:

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

La redacción de la norma se presta para confusiones respecto de la competencia de los árbitros para conocer de ciertos asuntos que pueden surgir por causa o con ocasión del contrato estatal, tanto así que de ella se desprenden dos escenarios.

Antes de explicar cada escenario y siguiendo la línea del Consejo de Estado, cabe señalar que existen dos tipos de actos administrativos que pueden dictarse en el marco de un contrato estatal: los meramente contractuales y los dictados en ejercicio de las cláusulas excepcionales previstas en el artículo 14 del EGCAP.

Escenario No. 1: interpretación amplia e inclusiva. Cuando la primera parte de la norma señala <<*si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales*>>, podría entenderse que los árbitros se encuentran habilitados para conocer de todas las controversias suscitadas en el marco del contrato estatal, incluso sobre la legalidad y los efectos de los meros actos administrativos contractuales y de los expedidos en ejercicio de los poderes exorbitantes. Y con la segunda parte <<*incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales*>>, ninguna controversia estaría vedada del conocimiento de los árbitros, ni siquiera las concernientes a las potestades exorbitantes: ni sus efectos económicos ni su legalidad.

El Consejo de Estado, mediante sentencia del 10 de septiembre de 2014 -exp. 25.745-, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero, interpretó así, ampliamente, el inciso 4º del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, pero inaplicó tal norma, porque contradecía la Constitución y la abundante jurisprudencia nacional, en razón a que dicha norma autorizó el control de legalidad de actos administrativos que gozan de reserva constitucional como lo son los del artículo 14 de la EGCAP¹⁴⁵.

Escenario No. 2: interpretación restrictiva y excluyente. Si bien de la norma se desprende claramente que los árbitros pueden conocer de todas las diferencias que surjan por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, cuando tal disposición señala <<*incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales*>>, podría pensarse que a los árbitros se les restringió su competencia, bajo el entendido de que únicamente estarían facultados para pronunciarse sobre los efectos económicos de las potestades exorbitantes, mas no sobre su legalidad.

En otras palabras, la justicia arbitral conocería de todas las controversias que surjan por causa o con ocasión del contrato estatal (incluso sobre la legalidad y los efectos de los meros actos administrativos contractuales), a excepción de los asuntos relativos a la legalidad o a la validez de los actos administrativos contractuales dictados en ejercicio de los poderes exorbitantes, de los cuales, como ya se dijo, únicamente podría conocer sobre sus efectos económicos.

El Consejo de Estado, mediante sentencia del 1º de agosto de 2016 (expediente No. 56.138), con ponencia de la magistrada Marta Nubia Velásquez Rico, siguió esa interpretación restrictiva y excluyente, según la cual los árbitros no tienen competencia para examinar la legalidad de los actos administrativos dictados en

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, expediente No. 25.745, M.P. Enrique Gil Botero.

ejercicio de las potestades exorbitantes consagradas en el artículo 14 del EGCAP¹⁴⁶.

Establecidas las dos interpretaciones, la que se acompasa con los dictados constitucionales es la primera, esta es, la ***interpretación amplia e inclusiva***. Además, por cuanto uno de los objetivos de la Ley 1563 consistía en fortalecer la institución de la justicia arbitral, con ampliar los asuntos susceptibles de arbitraje, para así superar la congestión judicial, como se vio en la Exposición de Motivos.

De la lectura de la disposición (inciso 4° del artículo 1° de la Ley 1563 de 2013) no se desprende ningún tipo restricción, las cuales deben consagrarse de manera expresa, de ahí que no pueda dársele una interpretación distinta a la ***amplia e inclusiva***, la cual, por demás, reivindica el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y fortalece el mecanismo de solución de conflictos del arbitraje.

No queda duda, entonces, que las partes, en su ejercicio libre y autónomo de suscribir pacto arbitral, pueden someter a decisión de los árbitros las controversias relacionadas con la legalidad y los efectos de los actos administrativos contractuales dictados en ejercicio de las potestades exorbitantes, superándose así la tercera postura jurisprudencial denominada “*competencia restringida de la justicia arbitral*”.

En cambio, la ***interpretación restrictiva y excluyente*** no es viable acogerla, toda vez que resulta difícil pensar que un árbitro pueda pronunciarse sobre los efectos económicos de un acto administrativo, sin considerar su legalidad:

(...) no veo claro cómo se puede conciliar y arbitrar sobre los aspectos económicos de un acto administrativo, sin tocar el fondo del mismo. En efecto, no logro comprender cómo sea posible para un árbitro pronunciarse y definir sobre las consecuencias económicas de un acto administrativo sin estudiar y determinar si ese acto, que produjo efectos económicos que serán

¹⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1° de agosto de 2016, expediente No. 56.138, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

objeto de su juzgamiento, es o no legal y válido. Esta es una entelequia o cosa irreal que carece, en mi sentir, de toda lógica, creando una frontera postiza y espuria en cuanto hace a la competencia de un árbitro para decidir sobre el efecto económico de un acto administrativo y no sobre su legalidad¹⁴⁷.

También se advierte que la **interpretación restrictiva y excluyente** resulta inconveniente, porque se retornaría a la primera postura jurisprudencial, denominada “*competencia relativa de la justicia arbitral*”, la cual se mantuvo entre 1992 y 1997, volviendo así al fraccionamiento de la función jurisdiccional: mientras el juez arbitral se ocupa “*únicamente*” de los efectos económicos de los actos administrativos, de manera concurrente el juez administrativo estudia su legalidad o su validez, con el riesgo de dictarse decisiones contradictorias. Así lo explica Gil:

(...) si el tribunal de arbitramento se ocupa de las consecuencias patrimoniales, es indudable que debe indagar, en primer término, si la aplicación de la cláusula de caducidad fue bien invocada o no y la consecuencia patrimonial (lo económico supone un juicio previo). Entonces, si el tribunal de lo contencioso define la legalidad o ilegalidad del acto administrativo necesariamente está confirmando o infirmando las consecuencias patrimoniales (...), y lo mismo hará el tribunal arbitral. Con este panorama, se dice, bien pueden presentarse fallos contradictorios, razón que justifica recoger la litis en una sola jurisdicción¹⁴⁸.

Pero a pesar de todo lo anterior, la jurisprudencia acogió la **interpretación restrictiva y excluyente**, pues, como acaba de verse, en un caso en el que era aplicable la Ley 1563 de 2012 se dijo que seguían vigentes las restricciones fijadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado en cuanto a que los árbitros no podían

¹⁴⁷ PALACIO JARAMILLO, María Teresa. La competencia arbitral en materia de contratos estatales. Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia. En: La práctica del litigio arbitral, aspectos contractuales y procesales. Editorial Ibáñez. Tomo II, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017. p. 259.

¹⁴⁸ GIL ECHEVERRY, Hernán. Régimen arbitral colombiano: Ley 1563 de 2012. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2013. p. 968.

pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales expedidos en ejercicio de las cláusulas excepcionales (expediente No. 56.138).

Si bien en el otro caso se dijo que la Ley 1563 consagraba una competencia amplia para los árbitros, por permitir que aquellos pudieran conocer de las controversias relacionadas con la validez o la legalidad de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 del EGCAP, se inaplicó dicha disposición (artículo 1º, inciso 4º), por cuanto aquella contradecía directamente la Constitución y la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, en el sentido de que ese tipo de conflictos tenían reserva de jurisdicción, es decir, que únicamente podían ser conocidos por los jueces administrativos (expediente No. 25.745).

En definitiva, como respuesta al interrogante formulado al inicio de este acápite, cabría afirmar que Ley 1563 de 2012 amplió la competencia de la justicia arbitral en asuntos contractuales, pese al criterio jurisprudencial del Consejo de Estado, el cual no se acompasa con la Constitución Política de 1991 ni con la ley, habida cuenta que, sin ningún sustento normativo, fijó restricciones a la justicia arbitral, yendo en contravía del pilar fundamental del arbitraje como lo es la autonomía de la voluntad.

III. CAPÍTULO

LAS POTESTADES EXORBITANTES Y LA REIVINDICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN RELACIÓN CON LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS

En este capítulo final, *en primer lugar*, se hará un breve estudio sobre los actos administrativos que se expiden con ocasión de la actividad contractual; *en segundo lugar*, se abordará de manera general el concepto de *potestades exorbitantes*: definición, finalidad y características, con la referencia de que la jurisprudencia nacional ha reconocido como tal las previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (interpretación unilateral, modificación unilateral, caducidad, entre otras); no obstante, en este documento se identificará que existen otras potestades que también son exorbitantes (imposición de multas, liquidación unilateral, declaratoria de siniestros, entre otras), distintas a las consagradas en el referido artículo.

Lo anterior resulta importante, porque ello tiene incidencia en la determinación de la autoridad competente -*con la postura jurisprudencial actual no serían los árbitros, sino los jueces administrativos*- para conocer de las controversias o desavenencias relacionadas con la validez de los actos administrativos contractuales que se expiden en ejercicio de esas *potestades exorbitantes*.

Por último, se explicará que la reivindicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes es el camino para dotar de competencia plena a los árbitros, es decir, para que incluso puedan conocer de aquellos conflictos que versen sobre la legalidad de las potestades exorbitantes –también llamadas cláusulas excepcionales al derecho común- previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

3.1. Los actos administrativos expedidos con ocasión de la *actividad contractual*¹⁴⁹: precontractuales, contractuales y poscontractuales

En palabras del profesor Berrocal, acto administrativo es toda declaración unilateral proferida en ejercicio de la función administrativa o que, a falta de esa función, el constituyente o el legislador ha asignado su control a la jurisdicción contencioso administrativa, que produce efectos jurídicos directos o definitivos, generales o particulares¹⁵⁰. Ahora bien, para efectos de catalogar los actos administrativos que se expiden con ocasión de la actividad contractual, resulta determinante identificar en qué etapa del negocio fueron proferidos por parte de la Administración que, como bien se sabe, son tres: la precontractual, la contractual y la poscontractual¹⁵¹.

Entonces, los actos adquieren la denominación de precontractuales, contractuales o poscontractuales, eso sí, dependiendo de la etapa del contrato en que se expidan.

3.1.1. Los *actos precontractuales* también denominados *actos previos* o *separables del contrato* son aquellos que se expiden durante la etapa previa a la suscripción del negocio¹⁵² o, más bien, son los proferidos antes de la celebración del contrato. La etapa precontractual, según lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, comprende desde el llamado a contratar hasta el perfeccionamiento del contrato¹⁵³, de ahí que todos los actos expedidos por la Administración durante esa

¹⁴⁹ La Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que la expresión "*actividad contractual*" a la que hace alusión el artículo 77 (inciso 2) de la Ley 80 de 1993 comprende la totalidad de las actuaciones administrativas que giran en torno al contrato estatal, sean ellas antecedentes (actos previos), concomitantes o posteriores a su celebración y ejecución (ver, entre otros, los siguientes pronunciamientos: **i**) auto del 10 de marzo de 1994, expediente No. 9118, M.P. Juan de Dios Montes Hernández y **ii**) sentencia del 22 de abril de 2009, expediente No. 14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar).

¹⁵⁰ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo: según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Séptima Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, 2016. p. 64.

¹⁵¹ LEÓN GIL, Mónica Alejandra. Arbitraje de actos administrativos contractuales. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2018. p. 37.

¹⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de febrero de 2011, expediente No. 34.425, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 22 de marzo de 2018, expediente No. 59.123, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

fase no pueden tener otra denominación que la de actos precontractuales, los cuales, por demás, adquieren existencia propia e independiente del contrato¹⁵⁴.

Estos son algunos de esos *actos previos*: el acto de adjudicación, el acto que declara desierta la licitación, los actos de calificación y clasificación en el registro de proponentes, el acto de apertura de licitación, los actos que modifican, corrigen o adicional el pliego de condiciones, entre muchos otros¹⁵⁵.

3.1.2. Los *actos contractuales* son todas aquellas decisiones unilaterales que la entidad pública contratante profiere con ocasión de la celebración, ejecución, desarrollo y liquidación del contrato, que, en efecto, tienen la virtualidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica en el marco del contrato estatal¹⁵⁶. En otras palabras, los *actos contractuales* son aquellos que se expiden por parte de la Administración con ocasión de la ejecución del contrato y durante el desarrollo del mismo¹⁵⁷. En lo que aquí interesa, conviene destacar que las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 son *actos contractuales*, entre ellos: el de caducidad del contrato, el de interpretación unilateral del contrato, el de modificación unilateral del contrato, el de terminación unilateral del contrato, el de reversión¹⁵⁸, tema sobre el cual se ahondará más adelante.

Es del caso señalar que también existen otros *actos contractuales*, distintos a los que se expiden en ejercicio de las potestades exorbitantes mencionadas en precedencia, tales como: el que liquida unilateralmente el contrato¹⁵⁹, el que impone

¹⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de febrero de 1992, expediente No. 6030, M.P. Julio César Uribe Acosta.

¹⁵⁵ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Séptima Edición. Librería Jurídica Sánchez R Ltda. Bogotá, 2010. p. 345-353.

¹⁵⁶ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo: según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Séptima Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, 2016. p. 205.

¹⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 7 de noviembre de 2012, expediente No. 44.125, M.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz.

¹⁵⁸ Ver artículos 14, 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley 80 de 1993.

¹⁵⁹ Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.

multa¹⁶⁰, el que declara el incumplimiento del contrato¹⁶¹, el de terminación unilateral por causales de nulidad¹⁶², entre muchos otros

3.1.3. Los *actos poscontractuales* son aquellos que se expiden luego de la liquidación del contrato en cuestión, en caso de esta se requiera¹⁶³, momento a partir del cual el negocio pierde vigencia¹⁶⁴, es decir, deja producir efectos. Dentro de esa categoría de actos se encuentran los que declaran siniestros¹⁶⁵ y ordenan la ejecución de garantías del contrato, como la de calidad y estabilidad de obras, de cumplimiento, de daños a terceros, de prestaciones sociales y laborales¹⁶⁶.

Resulta oportuno señalar que, según la Sección Tercera del Consejo de Estado, a los *actos poscontractuales*, para efectos de su control jurisdiccional, debe dárseles el mismo tratamiento que el de los *actos contractuales*, es decir, que pueden ser impugnados bajo el medio de control de controversias contractuales¹⁶⁷.

3.2. Generalidades acerca de las potestades exorbitantes o cláusulas excepcionales al derecho común: definición, finalidad y características

En los contratos, por regla general, las partes se encuentran un plano de igualdad; no obstante, cuando se trata de contratos estatales resulta apenas razonable que

¹⁶⁰ Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁶¹ Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁶² Inciso 2° del artículo 45 de la Ley 80 de 1993.

¹⁶³ Si el contrato es uno de aquellos que no requiere de liquidación, en ese evento podría denominarse como acto poscontractual todo aquel que se expida una vez terminado dicho negocio.

¹⁶⁴ La noción de vigencia del contrato estatal tiene que ver con el período durante el cual el acuerdo de voluntades goza de validez y surte efectos jurídicos para las partes. En ese orden de ideas, resulta relevante señalar que la vigencia de un negocio se predica desde su perfeccionamiento hasta su liquidación, en aquellos eventos en que esta se requiere (sentencia del 16 de marzo de 2015, proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, expediente No. 32.820).

¹⁶⁵ Sin incluir el acto que declara el siniestro de incumplimiento del contrato, por cuanto, como acaba de verse, este se expide en desarrollo de la ejecución del respectivo negocio, lo cual lo hace un acto contractual y no poscontractual.

¹⁶⁶ Esto lo dijo Mónica Alejandra León Gil, en su obra ya referida que se denomina "*Arbitraje de actos administrativos contractuales*", con apoyo en la sentencia del 22 de abril de 2009, expediente No. 14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar, Sección Tercera del Consejo de Estado.

¹⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de marzo de 2010, expediente No. 36.871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

la entidad contratante esté en un plano superior o, más bien, en una posición dominante respecto del contratista, lo cual se refleja en los poderes exorbitantes que le otorga el ordenamiento jurídico, para así poder resolver prontamente los conflictos que suscitan con ocasión de la ejecución del contrato¹⁶⁸. Esto encuentra justificación en la medida en que el Estado o en la entidad contratante necesita, en el marco del negocio jurídico, gobernar con poder superior en relación con el contratista para que el objeto contractual se cumpla satisfactoriamente¹⁶⁹.

Es así que los poderes exorbitantes o cláusulas excepcionales son unas potestades que tiene la Administración pública en el marco de un contrato estatal, que rompen el principio de igualdad de las partes en el negocio y que encuentran fundamento en la protección del interés público, cuyo objetivo es la prestación adecuada del servicio y el cumplimiento de los fines estatales¹⁷⁰. En otras palabras, las potestades exorbitantes son esenciales en la contratación estatal, porque se constituyen en herramientas que buscan el cumplimiento del objeto y de los fines contractuales¹⁷¹.

Bajo la óptica del profesor Juan Carlos Expósito Vélez, las potestades exorbitantes son el conjunto de prerrogativas que ostenta la Administración en el ámbito contractual, con el propósito de tutelar el interés público y cuyo ejercicio es una muestra de la manifestación del *imperium* del Estado¹⁷². Ese interés público, según la doctrina autorizada, es el que orienta la gestión contractual, de ahí que el ordenamiento jurídico habilite a la entidad contratante de un conjunto de poderes o prerrogativas para asegurar la realización de sus fines institucionales¹⁷³.

¹⁶⁸ BELTRÁN GARCÍA, Alfonso y PEDREROS SÁCHICA, María Fernanda. Algunos temas sobre contratación estatal. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2015. p. 13.

¹⁶⁹ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Editorial Leyer. Décima edición. Bogotá, 2018, p. 818.

¹⁷⁰ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá, 2016. p. 613.

¹⁷¹ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Editorial Leyer. Décima edición. Bogotá, 2018, p. 817.

¹⁷² EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013. p. 189 y 190.

¹⁷³ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Editorial Legis. Primera Edición. Bogotá, 1999. p. 265.

En esa misma línea, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que las potestades exorbitantes son poderes públicos conferidos por ley o autorizados por ella, con los cuales el Estado adquiere la facultad de dirigir y controlar a ejecución de los contratos, con el fin de hacer prevalecer el interés general, pues, en caso de no intervenir, podría verse afectado la ejecución normal del negocio, al punto que llegue a conducir, incluso, a la paralización del servicio público¹⁷⁴.

Lo expuesto con antelación encuentra sustento normativo en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, disposición que establece que, para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato tienen la dirección general y la responsabilidad de ejercer control sobre la ejecución del contrato, con el propósito de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos y así asegurar la continua y adecuada prestación del servicio. Para ello, según lo dispuesto en el numeral 2 de la norma en comento, las entidades estatales deben pactar las cláusulas excepcionales al derecho común o también llamadas potestades exorbitantes, a las cuales se hará alusión en el subcapítulo siguiente.

Ese poder de dirección y control significa que la Administración no puede permanecer ajena a la manera como el contrato va desarrollándose, dado que el correcto cumplimiento de las prestaciones conduce, sin duda, a la satisfacción del interés público, de ahí que la entidad contratante cuente con la posibilidad, como resulta apenas natural, de impartir órdenes para que el contrato se ejecute como corresponda¹⁷⁵. En ello coinciden García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández:

La justificación de estos poderes radica en el hecho evidente de que la Administración no puede legalmente desentenderse de la marcha de las actividades o servicios que son de su competencia (...) Este poder de dirección y control de la ejecución del contrato se traduce en instrucciones,

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de enero de 2011, expediente No. 15.940, M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁷⁵ ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos: parte general. Volumen I. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977. p. 387 y 390.

órdenes y sanciones. A la Administración contratante interesa, ante todo, el fin último del contrato, la correcta ejecución de la obra y la buena prestación del servicio público más que la percepción de una indemnización por las deficiencias y demoras en la ejecución, que nada resuelve en orden a la satisfacción del interés general (...) ¹⁷⁶.

En ese orden ideas, atendiendo a lo razonado y en vista de lo consagrado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la finalidad de las potestades exorbitantes no es otra que la de evitar la parálisis del servicio público ¹⁷⁷, en procura del cumplimiento satisfactorio del objeto contractual y, por ende, de los fines estatales, pues ellas propenden por la protección de los intereses generales y por la adecuada y/o eficiente prestación de los servicios públicos ¹⁷⁸.

Entre muchas de las características que poseen las potestades exorbitantes se destacan las siguientes: **i)** que pueden ser ejecutadas de manera unilateral por la entidad contratante ¹⁷⁹, lo cual significa que no necesita acudir a instancias judiciales para obtener el cumplimiento de la decisión ni tampoco contar con la aprobación de la otra parte contratante para hacerla efectiva ¹⁸⁰; **ii)** que se ejercitan mediante actos administrativos debidamente motivados ¹⁸¹, eso sí, con respeto al derecho

¹⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo I. Thomson Reuters Civitas. Decimosexta Edición. Madrid, 2013. p. 785 y 786.

¹⁷⁷ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Editorial Leyer. Décima edición. Bogotá, 2018, p. 818.

¹⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de marzo de 2016, expediente No. 39.223, M.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz.

¹⁷⁹ La Sección Tercera del Consejo de Estado ha sido clara en señalar que las potestades exorbitantes son un conjunto de poderes con los que cuenta la entidad contratante, de las cuales, por supuesto, no pueden hacer uso los contratistas (particulares), porque la Ley 80 de 1993 no contempla tales prerrogativas en favor de ellos; no obstante, también ha precisado que en otros regímenes contractuales especiales, como el contemplado en la Ley 142 de 1994, existen normas que permiten que empresas prestadores de ciertos servicios públicos sean titulares de esos poderes (ver, entre otras, sentencia del 24 de enero de 2011, expediente No. 15.940, Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero).

¹⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de noviembre 2017, expediente No. 39.536, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁸¹ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá, 2016. p. 616.

fundamental del debido proceso¹⁸²; **iii)** que son de orden público¹⁸³, por emanar de la ley y por estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado, de ahí que tengan la calidad de inalienables, irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles¹⁸⁴ y **iv)** que deben ejercerse dentro del plazo de ejecución del negocio jurídico¹⁸⁵, pues de hacerse en una oportunidad posterior, aun cuando se alegue la protección del interés general, el acto estaría viciado de ilegalidad¹⁸⁶.

Plasmadas las generalidades acerca de las potestades exorbitantes (definición, finalidad y características), resulta importante hacer alusión a cada una de las que el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 considera como tal, que son: interpretación unilateral del contrato, modificación unilateral del contrato, terminación unilateral del contrato, caducidad, reversión y sometimiento a las leyes nacionales.

3.2.1. Las potestades exorbitantes, según el artículo 14 de la Ley 80 de 1993

Antes abordar lo pertinente, resulta necesario anticipar que se hará una consideración muy breve respecto de cada potestad exorbitante prevista en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, por cuanto el objeto de esta investigación no está enfocado en ahondar en cuanto a su naturaleza y su finalidad, sino en determinar la incidencia que, según las restricciones fijadas por la jurisprudencia nacional, tienen aquellas en la competencia de la justicia arbitral para conocer de los asuntos que susciten en torno a su legalidad, postura que, como quedará demostrado en este documento, atenta contra la autonomía de la voluntad de la partes.

¹⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de agosto de 2017, expediente No. 52.531, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de noviembre 2003, expediente No. 14.431, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁸⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Editorial Legis. Primera Edición. Bogotá, 1999. p. 297.

¹⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de noviembre 2017, expediente No. 39.536, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁸⁶ YONG SERRANO, Samuel. El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2015. p. 256.

Las potestades exorbitantes son mencionadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pero del artículo 15 al 19 *ibidem* se consagran cada una de ellas, que, en su orden, son las siguientes: **i)** interpretación unilateral; **ii)** modificación unilateral; **iii)** terminación unilateral; **iv)** caducidad y **v)** reversión¹⁸⁷, las cuales, vale la pena insistir, responden a los fines de la contratación estatal, pues están orientadas a la protección de los intereses generales y a la prestación de los servicios públicos¹⁸⁸.

i) Interpretación unilateral (artículo 15)¹⁸⁹: la procedencia de esta potestad no se justifica con la presencia de cualquier discrepancia sobre el sentido de las estipulaciones contractuales, sino que tales diferencias deben tener el potencial de paralizar o afectar de manera grave el servicio público, eso sí, siempre y cuando se hubiese agotado una etapa previa de discusión entre las partes para buscar un enfoque común y concertado sobre el entendimiento que debe dársele al contrato y este no se hubiese logrado¹⁹⁰. Esto significa que el poder de interpretación unilateral del negocio jurídico no surge así no más, sino como consecuencia de la falta de acuerdo entre las partes¹⁹¹. Asimismo, resulta importante advertir lo dicho por el Consejo de Estado, en el sentido de que “*interpretar un contrato no es modificarlo*”¹⁹².

¹⁸⁷ En el cuerpo de este documento no se hará mención a la potestad exorbitante relativa al sometimiento de leyes nacionales, pues, como ya se dijo, este trabajo de investigación no pretende profundizar en la finalidad y características de cada una de cláusulas excepcionales al derecho común, sino en la incidencia que aquellas tienen en la competencia de la justicia arbitral.

¹⁸⁸ HERNÁNDEZ, Carlos Arturo y PARDO POSADA, Nohora Elena. La interpretación de las cláusulas del contrato estatal en el marco del orden jurídico. En: Revista Criterio Jurídico Garantista. Fundación Universidad Autónoma de Colombia. Bogotá, 2013. p. 127.

¹⁸⁹ “**ARTÍCULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL.** Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia”.

¹⁹⁰ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013. p. 193 y 195.

¹⁹¹ DÁVILA VINUEZA. Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá, 2016. p. 613.

¹⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1991, expediente No. 5973, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

ii) Modificación unilateral (artículo 16)¹⁹³: de la disposición normativa que consagra esta potestad se desprende que la Administración podrá, para efectos de evitar la paralización o la afectación grave del servicio público, modificar el contrato mediante supresión o adición de obras, trabajos o servicios. Tal como sucede con la interpretación unilateral, la Administración solo puede ejercer dicha potestad en el evento de no llegarse a un acuerdo con el contratista sobre las variaciones a introducir en el negocio jurídico respectivo¹⁹⁴. De la referida norma también se lee que si las modificaciones alteran el valor del contrato en un 20% o más, el contratista tiene la posibilidad de renunciar a la continuación de la ejecución, aunque la doctrina ha señalado que difícilmente podría ocurrir este evento, dado que la renuncia resultaría muy costosa para el contratista, en cuanto perdería toda la inversión realizada, además, porque la renuncia es incompatible con la indemnización¹⁹⁵.

De otra parte, se destaca que para que resulte válido el ejercicio de la potestad de la modificación unilateral (*ius variandi*), las causas que lo justifiquen deben ser posteriores al perfeccionamiento del negocio jurídico, imprevistas e imprevisibles, en razón a que no se trata de un medio tendiente a subsanar deficiencia en su planeación y elaboración¹⁹⁶. A su vez, resulta importante advertir que con la introducción de modificaciones no es posible variar el objeto o la sustancia del contrato, pues así lo ha señalado de tiempo atrás el Consejo de Estado:

¹⁹³ **“ARTÍCULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL.** *Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.*

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo”.

¹⁹⁴ YONG SERRANO, Samuel. El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2015. p. 261.

¹⁹⁵ BELTRÁN GARCÍA, Alfonso y PEDREROS SÁCHICA, María Fernanda. Algunos temas sobre contratación estatal. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2015. p. 23.

¹⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 12 de octubre de 2017, expediente No. 37.322, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

Toda modificación que la Administración pública pretenda introducir en un contrato administrativo debe respetar, sobre todo, la sustancia del contrato celebrado, su esencia y la de su objeto, ya que una alteración llevada a tal extremo significará, en realidad, la conformación de un contrato diferente, no querido por el cocontratante particular y respecto del cual, por tanto, no ha mediado consentimiento¹⁹⁷.

Con lo anterior coincide el profesor Juan Carlos Expósito Vélez, en el sentido de que dicha potestad le permite a la Administración adaptar el contenido del contrato estatal a las necesidades del servicio público en cuanto a la transformación de actividades concretas dentro del objeto acordado, eso sí, sin la mínima posibilidad de variar el mismo, pues se estaría ante la celebración de un negocio diferente¹⁹⁸.

iii) Terminación unilateral (artículo 17)¹⁹⁹: es la potestad que tiene la Administración para dar por terminado de manera anticipada un contrato, también conocida como una forma anormal de terminación del negocio²⁰⁰. Procede en los siguientes eventos: a) cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga; b) si es persona natural: por muerte o incapacidad física permanente del contrato, o por disolución de la persona jurídica

¹⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 1991, expediente No. 4739, M.P. Julio César Uribe Acosta.

¹⁹⁸ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013. p. 197 y 198.

¹⁹⁹ **“ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL.** *La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:*
1o. *Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.*
2o. *<Aparte subrayado del numeral 2o. CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.*

3o. *Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.*

4o. *Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.*

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio”.

²⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 17 de octubre de 2012, expediente No. 22.220, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

del contratista; c) por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista; d) por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judicial que afecten gravemente el cumplimiento del objeto contractual. Estos eventos dan muestra de que el poder de terminación unilateral se ejerce directamente, no subsidiario ni condicionado al acuerdo de voluntades. Así lo expresó Luis Alonso Pico Puerta:

Distinto a lo que ocurre con la interpretación y la modificación que exigen agotar el intento de un acuerdo de voluntades, como condición previa y obligatoria de la posterior expedición del acto administrativo mediante el cual se imponga el contenido (modificación) o el sentido (interpretación) decidido por la administración, la terminación unilateral, por la naturaleza misma de las causales no requiere de tal procedimiento²⁰¹.

iv) Caducidad (artículo 18)²⁰²: es considerada como la potestad exorbitante por excelencia, porque con ella la Administración cuenta con la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato y ordenar su liquidación, eso sí, en ciertos eventos contemplados en la ley, dentro de los que se encuentra el incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que repercuta seriamente en la ejecución del contrato, con el fin de desplazarlo para que, en efecto, la entidad contratante pueda asumir directamente la construcción de la obra o la prestación

²⁰¹ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Editorial Leyer. Décima edición. Bogotá, 2018, p. 827.

²⁰² **“ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS.** *La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”.

del servicio objeto del mismo o por medio de un tercero que cumpla las exigencias de idoneidad y capacidad necesarias para desarrollarlo²⁰³.

La declaratoria de caducidad del contrato estatal, según los términos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993, tiene los siguientes efectos: a) como ya se dijo, la entidad contratante podrá tomar posesión de la obra o continuar inmediatamente la ejecución del contrato, a través del garante del negocio o mediante otro contratista; b) sin lugar a indemnización para el contratista; c) será constitutiva del siniestro de incumplimiento y habrá lugar a hacer efectivo el cobro de la cláusula pecuniaria pactada; d) la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre y e) implica para el contratista la inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas durante 5 años, esto último en virtud del artículo 8, literal c), de la Ley 80 de 1993.

En cuanto a los límites materiales para el ejercicio de la potestad de declarar la caducidad del contrato estatal, la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁰⁴ ha señalado los siguientes: a) el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista (lo cual excluye el incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes); b) que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato (esto es, no basta el sólo incumplimiento sino que éste debe ser de tal magnitud que haga nugatorio el cumplimiento de las prestaciones del contrato); c) que evidencie que puede conducir a su paralización (es decir, que tenga la virtualidad de impedir el cumplimiento del objeto contractual); d) que no medie un incumplimiento de las obligaciones de la entidad pública o ésta no haya puesto al contratista en situación de incumplimiento y e) que su aplicación esté precedida de audiencia del contratista, en cuanto debe respetársele su derecho al debido proceso.

²⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente No. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente No. 18.394, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

v) **Reversión (artículo 19)**²⁰⁵: esta potestad es exclusiva de los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado. La doctrina, con apoyo en la sentencia C-250 de 1996²⁰⁶, proferida por la Corte Constitucional, ha señalado que la reversión *per se* no implica el uso de una facultad excepcional por parte de la Administración, en la medida en que corresponde a la consagración legal de una circunstancia que naturalmente debe ocurrir una vez finalizada la ejecución del contrato, que es que todos los elementos utilizados por el contratista para la realización de las actividades del negocio deben ser transferidos en propiedad a la entidad contratante, dado que los mismos fueron pagados por este dentro del valor proyectado por el concesionario como inversión, que no puede confundirse con figuras jurídicas como la expropiación²⁰⁷.

3.2.2. ¿Existen otras potestades exorbitantes? Un cuestionamiento importante para efectos de determinar el marco competencial de los árbitros

De entrada conviene destacar que, según la Sección Tercera del Consejo de Estado, los actos administrativos exorbitantes son los expedidos en ejercicio de las potestades del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que constituyen decisiones excepcionales y de gran impacto no solamente sobre el contrato sino también sobre el contratista, las cuales, además de regirse por el principio de reserva de ley (potestades consagradas por la ley para el Estado contratante en determinados supuestos), gozan del privilegio de lo previo, es decir, que deben expedirse bajo un debido proceso, pero sin la necesidad de acudir previamente al juez²⁰⁸.

²⁰⁵ “**ARTÍCULO 19. DE LA REVERSIÓN.** En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna”.

²⁰⁶ M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁰⁷ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013. p. 234 y 235.

²⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de agosto de 2017, expediente No. 52.531, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Con lo anterior queda claro que el tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no concibe potestades exorbitantes diferentes a las previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (interpretación unilateral, modificación unilateral, terminación unilateral, caducidad, reversión y sometimiento a las leyes nacionales), de ahí que, para algunos doctrinantes²⁰⁹, tal clasificación sea de carácter taxativa y no enunciativa, es decir, esas son y no hay otras.

En efecto, bajo ese criterio se ha señalado que no todos los actos administrativos expedidos con posterioridad a la celebración del contrato pueden considerarse potestades exorbitantes, como por ejemplo, el que liquida unilateralmente el contrato, el que impone multas, el que declara el incumplimiento contractual, el que hace efectiva la cláusula penal pecuniaria, el que termina unilateralmente el contrato por virtud del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, entre otros, en razón a que no se encuentran dentro del listado taxativo del artículo 14 de la Ley 80 de 1993²¹⁰.

Sin embargo, este no ha sido un tema pacífico, pues otros autores²¹¹ manejan una postura diferente, concerniente a que sí existen potestades exorbitantes distintas a las del artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Sobre este particular, han dicho que la Ley 1150 de 2017²¹² amplió tales poderes en cabeza de la Administración: i) la

²⁰⁹ PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales. En: La Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición. Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Bogotá, 2011. p. 76.

²¹⁰ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá, 2016. p. 616 y 617.

²¹¹ BELTRÁN GARCÍA, Alfonso y PEDREROS SÁCHICA, María Fernanda. Algunos temas sobre contratación estatal. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2015. p. 16.

²¹² “**ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.** El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, **tendrán la facultad de imponer las multas** que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. **Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.***

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de

imposición de multas; ii) la declaratoria de incumplimiento del contrato para exigir la cláusula penal y iii) la declaratoria de siniestros²¹³ por resolución motivada.

No solo la doctrina ha señalado que existen otras potestades exorbitantes distintas a las del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, ha de advertirse que en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado también se ha arribado a esa conclusión, pues, en relación con la imposición de multas y con la liquidación unilateral del contrato, el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo ha dicho:

La naturaleza exorbitante de la imposición unilateral de multas (...) de la tesis recogida y ratificada por la sentencia de 20 de octubre de 2005, pareciera derivarse, la comprensión de que se está en frente de una exorbitancia, por la verificación de una manifestación unilateral (imposición de una multa) de la Administración (entidad pública contratante) que produce unos efectos jurídicos en un sujeto de derecho privado (contratista). ¿Cuáles efectos? Una merma patrimonial, toda vez que la Administración contratante haría efectivo el monto de la multa, a través de la retención de unos dineros del saldo por pagar al contratista, o de la garantía por él presentada, o a través de la jurisdicción coactiva²¹⁴.

La liquidación unilateral se materializa en un acto administrativo, por ende, como su nombre lo indica, no se trata de un acuerdo sino de una imposición de la voluntad que la administración ejerce sobre el contratista –jamás a la inversa- acerca de la forma como termina el negocio jurídico. Se trata, ni más ni menos, que de una exorbitancia en manos públicas, porque la entidad estatal queda facultada para indicar las condiciones del estado del negocio, donde puede declararse a paz y salvo o deudora o acreedora del contratista, lo mismo que tiene la potestad de determinar, según su apreciación de los

compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva (...)” (se destaca).

²¹³ COHECHA LEÓN, César Antonio. Teoría General del Contrato Estatal y Régimen de Declaración de Siniestros. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2016. p. 122.

²¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, expediente No. 21.574, M.P. Enrique Gil Botero.

hechos y del derecho, todos los demás aspectos que hacen parte de la liquidación del contrato²¹⁵.

De lo anterior podría desprenderse que la exorbitancia está determinada por la unilateralidad²¹⁶, pero son más las características que rodean las cláusulas exorbitantes (ver acápite 3.2.). Al respecto, sobre la imposición de multas y la declaratoria de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, la doctrina ha hecho énfasis en que son potestades exorbitantes, porque cumplen con los requisitos de *fondo de la naturaleza de este tipo de cláusulas*²¹⁷: i) otorgan un poder o un privilegio a favor de la entidad pública, que la deja en una situación de superioridad sobre el contratista; ii) se imponen unilateralmente mediante acto administrativo y gozan de presunción de validez; iii) pueden ser cobradas por vía jurisdicción coactiva y iv) provienen de la ley, no de la convención de las partes.

Lo mismo sucede con la liquidación unilateral del contrato, pues a pesar de que no se encuentra enlistada en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, lo cierto es que ha sido considerada como una potestad exorbitante, toda vez que opera bajo la titularidad del Estado y no del contratista, es decir, que a través de ella la entidad pública contratante se ubica en un plano de superioridad frente al contratista, además de materializarse mediante acto administrativo²¹⁸.

²¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero de 2013, expediente No. 23.519, M.P. Enrique Gil Botero.

²¹⁶ “(...) la facultad de ejecutar o hacer cumplir de manera unilateral las cláusulas de un contrato constituye la característica distintiva de las cláusulas excepcionales o exorbitantes (...) precisamente la exorbitancia consiste en la facultad de adoptar decisiones unilaterales y ejecutarlas de manera inmediata por quien las pactó a su favor sin necesidad de acudir a instancias judiciales o a un tercero que las haga cumplir, potestad que como se dijo sí ostentan las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación Estatal” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 20 de febrero de 2014, expediente No. 45.310, M.P. Ramiro Pazos Guerrero).

²¹⁷ SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Director de la serie: Fabián G. Marín Cortés. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Centro de Estudios de Derecho Administrativo CEDA. Primera Edición. Medellín, 2014. p. 158 y 159.

²¹⁸ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La liquidación. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Director de la serie: Fabián G. Marín Cortés. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Centro de Estudios de Derecho Administrativo CEDA. Primera Edición. Medellín, 2013. p. 223 y 224.

De conformidad con lo expuesto, las potestades exorbitantes no son solo las previstas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993, dado que existen muchas más (imposición de multas, liquidación unilateral, como por mencionar algunas)²¹⁹, circunstancia que inevitablemente tiene incidencia en la competencia de los árbitros, en razón a que, si bien la justicia arbitral no puede conocer de la legalidad de las potestades exorbitantes contempladas en los artículos en mención, lo lógico sería que tampoco pudieran conocer de las demás potestades exorbitantes (distintas a las de los artículos 14 y ss.), pues estas cumplen la misma finalidad y reúnen las mismas características que las señaladas en las referidas disposiciones.

Es así que la postura jurisprudencial vigente, denominada “*competencia restringida de la justicia arbitral*” (ver capítulo II), no muestra coherencia y carece de toda lógica, toda vez que a partir de ahí se dijo que los árbitros no podían asumir el conocimiento de los asuntos relativos a la legalidad de las potestades exorbitantes previstas del artículo 14 de Ley 80 de 1993, pero que sí podían conocer de los demás actos contractuales (dentro de estos se encuentran: el que impone multas, el que liquida unilateralmente el contrato, el que declara el incumplimiento contractual, que, como acaba de verse, también se constituyen en potestades exorbitantes).

Entonces: ¿cómo así que los árbitros no pueden conocer de la legalidad de las potestades exorbitantes de los artículos 14 y ss. de la Ley 80 de 1993, pero sí pueden conocer de la validez de las otras potestades exorbitantes? Tal interrogante, se repite, no tiene una respuesta lógica, pues no existe razón que justifique la

²¹⁹ Ver *aclaración de voto* realizada por la entonces magistrada Miryam Guerrero de Escobar, en relación con la sentencia del 10 de junio de 2009 (expediente 36.252), proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del entonces magistrado Mauricio Fajardo Gómez. Esto dice la *aclaración de voto*: “*En efecto, los actos administrativos emanados de la Administración son la manifestación del poder del Estado, de su imperio, de su facultad unilateral, que le es inherente, no solo cuando los dicta en ejercicio de las facultades de interpretación, modificación o terminación unilaterales o por razón de su potestad de declarar la caducidad del contrato o de aplicar la cláusula de reversión, según lo previsto por la Ley 80 de 1993, sino cuando expide otros actos diferentes en razón o con ocasión del contrato como puede ocurrir con la liquidación unilateral, la declaratoria de incumplimiento o la imposición de multas etc., actos que también comportan el ejercicio de facultades o poderes excepcionales al derecho común, en la medida que los particulares vinculados con el Estado, mediante una relación contractual, no pueden actuar de la misma manera*”.

postura denominada *competencia restringida de la justicia arbitral*, dado que se estaría asumiendo que la legalidad de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 y ss *ibidem* tiene más valor que la de las potestades exorbitantes distintas a las contempladas en las referidas disposiciones.

Sin duda, lo más coherente –y válido porque no existe restricción ni constitucional ni legal- sería que los árbitros conocieran de la legalidad de todas las controversias suscitadas en relación con la legalidad de todas las potestades exorbitantes (las expedidas con fundamento en el artículo 14 y ss de la Ley 80 y las distintas a ellas), porque con ello se reivindicaría el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, acogándose así, además, la “*interpretación amplia e inclusiva*” que se desprende de la lectura del artículo 1º, inciso 4º, de la Ley 1563 de 2012 (ver acápite 2.6), lo que naturalmente fortalecería la institución del arbitramento.

3.3. La reivindicación de la autonomía de la voluntad es el camino para que los árbitros puedan asumir controversias relacionadas con la legalidad de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993

La posibilidad de que la justicia arbitral conozca de todos los asuntos, concretamente el concerniente a la legalidad de las potestades exorbitantes contempladas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, además de dotar de competencia plena a los árbitros, reivindicaría el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el cual se constituye en la piedra angular del arbitramento.

3.3.1. El examen de legalidad de los actos administrativos contractuales: ¿una tarea prohibida para los árbitros o un mito?

El artículo 238 de la Constitución Política establece que la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos susceptibles de control judicial. Sobre esta disposición y en lo

que aquí incumbe, la jurisprudencia de la Corte Constitucional²²⁰ arribó a la conclusión que si dentro de la competencia de los árbitros no quedó comprendida la facultad de suspender actos administrativos, con mayor razón debe entenderse que para la justicia arbitral quedó excluida la posibilidad de decidir sobre la validez de dichos actos, toda vez que *“quien no puede lo menos, jamás podrá lo más”*.

No obstante lo anterior, según lo dijo en su momento el magistrado Ricardo Hoyos Duque²²¹, los árbitros se encuentran habilitados para conocer de la legalidad de los actos administrativos, porque la norma en comento no señala que los jueces administrativos sean los únicos facultados para anular dichos actos, pues simplemente establece que pueden suspenderlos provisionalmente, cosa distinta a anularlos. Por consiguiente, para el entonces magistrado la Carta Política de 1991 no establece de forma privativa que la jurisdicción de lo contencioso administrativo sea la única encargada de controlar la legalidad de los actos administrativos.

Adicionalmente, aun cuando el mencionado artículo 238 *ibidem* consagra que los jueces administrativos pueden suspender de manera provisional los efectos de los actos administrativos, aquellos no son los únicos competentes para ello, pues la Corte Constitucional ha admitido que existen otras autoridades judiciales que también cuentan con la potestad de suspender los efectos de los respectivos actos administrativos, por ejemplo, en el marco de procesos de tutela y al interior de las investigaciones penales *“se ha ordenado la suspensión provisional de los actos administrativos para proteger derechos constitucionales de forma transitoria e incluso definitiva, como también para evitar la configuración de un perjuicio irremediable”*²²².

En suma, en los procesos de tutela resulta viable la inaplicación de un acto administrativo, lo que conduce, ineludiblemente, a la suspensión de sus efectos en el caso particular, cuyo propósito no es otro que el de evitar un daño irreparable

²²⁰ Corte Constitucional, C-1436 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²²¹ Ver salvamento de voto que realizó dicho magistrado en relación con la sentencia del 8 de junio de 2000, expediente No. 16.973, M.P. Alir Hernández Enríquez, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

²²² Corte Constitucional, C-623 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

respecto de un derecho fundamental²²³. Asimismo, a los fiscales, en el marco de las investigaciones penales, también se les ha permitido suspender de manera provisional actos administrativos, en la medida en que aquello sea necesario para proteger derechos fundamentales de las víctimas de un delito o para evitar un perjuicio que se tenga la virtualidad de perpetuarse en el tiempo²²⁴.

En ese orden de ideas, cabe señalar que, así como jurisprudencialmente se ha avalado la posibilidad de que autoridades judiciales distintas a los que integran la jurisdicción contencioso administrativa puedan suspender los efectos de los actos administrativos, también se debería permitir que jueces diferentes a los administrativos, concretamente los árbitros –que, además, son verdaderos jueces-, pudieran conocer de la legalidad o de la validez de aquellos actos: ¿por qué no?

Pues bien, según lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿esto significa que los jueces administrativos son los únicos que pueden desvirtuar la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos? La respuesta es *no* y así ya lo señaló la Sección Tercera del Consejo de Estado a través de la sentencia del 10 de junio de 2009 (expediente 36.252), con ponencia del magistrado Mauricio Fajardo Gómez.

En efecto, con la aludida sentencia se abrió el camino para que los árbitros conocieran de la legalidad de los actos administrativos contractuales –eso sí, distintos a los expedidos en ejercicio de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993-, es decir, que a partir de ese pronunciamiento del Consejo del Estado se desmitificó la idea de que el estudio de la validez de aquellos actos fuera un asunto prohibido para la justicia arbitral.

En otros términos, cabe señalar que el examen de legalidad de los actos

²²³ Corte Constitucional, SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

²²⁴ Corte Constitucional, T-954 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

administrativos contractuales no es una tarea del resorte exclusivo de los jueces administrativos, pues si las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad materializada en un pacto arbitral, deciden someter sus diferencias suscitadas en el marco de un contrato estatal -entre ellas las relacionadas con la validez de los actos administrativos contractuales- ante la justicia arbitral, no queda duda alguna de que los árbitros también podrían desvirtuar la presunción de legalidad de aquellos actos.

Lo expuesto resulta claro bajo el entendido de que los árbitros, debidamente habilitados por las partes, también tienen competencia para pronunciarse sobre la validez de los actos administrativos contractuales, sin embargo, no resulta lógico por qué el Consejo de Estado –de la segunda lectura que hizo de la sentencia C-1436 de 2000- (ver acápite 2.5.3) consideró que la justicia arbitral sí podía asumir el conocimiento de esos asuntos, pero no las controversias atinentes a la legalidad de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, que también se reputan como actos administrativos.

3.3.2. La asignatura pendiente de la jurisprudencia nacional: que los árbitros puedan examinar la legalidad o la validez de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de Ley 80 de 1993

Ya está claro que la jurisprudencia actual restringió o prohibió la posibilidad para que los árbitros conozcan de los asuntos que versen sobre la validez de las potestades exorbitantes –o también llamadas cláusulas excepcionales al derecho común- previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Lo anterior, entre otras razones, porque son manifestaciones del poder público del Estado y, por ende, no son asuntos de libre disposición²²⁵.

Es cierto que las cláusulas excepcionales del artículo 14 de la Ley 80 del 1993 son manifestaciones del poder público del Estado, pero ello no puede servir de excusa para señalar que los árbitros no puedan conocer las controversias relacionadas con

²²⁵ Corte Constitucional, C-1436 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

la validez de aquellos actos. Esto, porque las otras potestades exorbitantes - *distintas a las del artículo 14 ibidem*-, como las multas, la liquidación unilateral, entre otras, también son de orden público y aun así la jurisprudencia del Consejo de Estado ha permitido que la justicia arbitral dirima conflictos sobre su legalidad.

Entonces, no es coherente que los árbitros puedan asumir el conocimiento de controversias sobre unas manifestaciones del poder público del Estado (imposición de multas, liquidación unilateral, declaratoria de incumplimiento), pero sobre otras no (caducidad, modificación unilateral, terminación unilateral, entre otras), máxime cuando todas aquellas manifestaciones se ejercen a través de actos administrativos. Por consiguiente, no existe justificación para que la jurisprudencia le prohíba a los árbitros examinar la legalidad de las potestades exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pues en nada difieren de las otras, en razón a que, tanto las unas como las otras, son manifestaciones del poder público del Estado, aunado al hecho de que no existe restricción ni constitucional ni legal.

De otra parte, la jurisprudencia nacional ha señalado los conflictos relacionados con la legalidad de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 no son asuntos de libre disposición, lo cual, evidentemente, se ha constituido en un obstáculo para que los árbitros conozcan sobre esas controversias; no obstante, de entrada ha de advertirse que ese argumento no resulta válido, porque sobre la legalidad del contrato²²⁶ (lo principal: fuente de los actos contractuales), que también es una materia indisponible, sí pueden conocer los árbitros, pero no acerca de validez de las cláusulas excepcionales al derecho común (lo accesorio: provienen de la fuente que es el contrato).

Sin duda, la tesis jurisprudencial vigente es contradictoria, porque sería más gravoso decretar la nulidad del contrato estatal (asunto que sí puede conocer la

²²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 26 de abril de 2017, expediente No. 56.138, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

justicia arbitral) que la de cualquiera de las potestades exorbitantes consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (asunto que no pueden conocer los árbitros).

En ese sentido, si la justicia arbitral tiene competencia para pronunciarse sobre la legalidad del contrato, que tampoco es un asunto de libre disposición de las partes, con mayor razón podría conocer de la validez de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, pues aquellas se desprenden del mismo negocio jurídico²²⁷, es decir, quien puede lo más, puede lo menos²²⁸.

A las razones expuestas, por medio de las cuales se justifica por qué los árbitros sí pueden conocer acerca de las desavenencias relacionadas con la legalidad de las potestades exorbitantes contempladas en la plurimencionada norma, debe agregarse una razón más jurídica, la cual tiene que ver con la pérdida de fuerza vinculante de la sentencia C-1436 de 2000²²⁹, proferida por la Corte Constitucional.

Pues bien, nótese que la sentencia C-1436 de 2000 analizó la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 -*normas que regulaban lo concerniente a la cláusula compromisoria y al compromiso, respectivamente*-, los cuales fueron derogados expresamente por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012²³⁰.

Al respecto, ha de señalarse que el Consejo de Estado, luego de la segunda lectura que hizo de la sentencia C-1436 de 2000, adoptó la postura que hoy se mantiene vigente, denominada “*competencia restringida de la justicia arbitral*”, que consiste

²²⁷ “Si se atiende a la máxima jurídica de quien puede lo más, puede lo menos, resulta forzoso concluir que, si los árbitros pueden pronunciarse sobre la legalidad de un contrato, pues podrán hacerlo sobre cualquier acto administrativo proferido en desarrollo de este, sin hacer distinción alguna sobre el artículo que le otorga su fundamento” (OCAMPO LÓPEZ, Daniel. Estado de las potestades contractuales de la Administración. En: Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia. Editora. Marta Nubia Velásquez Rico. Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2019. p. 108).

²²⁸ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Régimen arbitral colombiano: Ley 1563 de 2012. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2013. p. 965 y 966.

²²⁹ LEÓN GIL, Mónica Alejandra. Arbitraje de actos administrativos contractuales. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2018. p. 166.

²³⁰ El artículo 118 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) establece: “DEROGACIONES. Deróguese (...) los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993 (...)”

en que los árbitros no pueden conocer de la legalidad de los actos administrativos dictados en ejercicio de las potestades exorbitantes del artículo 14 de la Ley 80 de 1993 (ver acápite 2.5.3.); sin embargo, como las normas (artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993) sobre las cuales se fundó la sentencia C-1436 de 2006 salieron del ordenamiento jurídico por la derogatoria expresa a la que se hizo alusión, la tesis restrictiva en cuanto a la competencia de la justicia arbitral resultaría inaplicable²³¹.

En ese sentido, ante la derogatoria expresa de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, no puede seguir vigente la postura jurisprudencial denominada “*competencia restringida de la justicia arbitral*”, máxime cuando la Ley 1563 de 2012 (inciso 4° del artículo 1°) ofrece una “*interpretación amplia e inclusiva*”, en el sentido de que a los árbitros no les estaría vedado el conocimiento de ninguna controversia, ni siquiera las concernientes a las potestades exorbitantes: ni sus efectos económicos ni su legalidad (ver acápite 2.6), paso que debería dar la jurisprudencia nacional, con el fin de cumplir con la asignatura que tiene pendiente en esta materia, situación que, además, reivindicaría el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y, por ende, fortalecería el mecanismo de solución de conflictos del arbitraje.

3.3.3. La autonomía de la voluntad de las partes y su reivindicación: una solución para dotar de competencia plena a los árbitros

Como se ha dicho, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes se constituye en la piedra angular del arbitraje, pues esta institución pende de la manifestación y consentimiento de las partes contratantes, materializada en el pacto arbitral, de ahí que se señale que el impulso del arbitramento reside en la libertad.

En efecto, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la autonomía de la voluntad de las partes tiene un rol sumamente importante, pues

²³¹ GARCÍA CANTILLO, Karina. Arbitrabilidad de los actos administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal. Trabajo de grado para la Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa. Universidad de los Andes. Bogotá, 2014. p. 55.

son ellas las que habilitan a los árbitros para que resuelvan sus propios conflictos²³², de tal manera que no es para menos que se diga que el principio de habilitación de las partes es un presupuesto imperativo para la justicia arbitral²³³.

Entonces, ante la cardinal importancia de la autonomía de la voluntad de las partes en la institución del arbitramento, resulta necesario reivindicar (según el Diccionario de la Real Academia Española, esta expresión significa “*reclamar algo a lo que se cree tener derecho*”) ese mencionado principio, en cuanto tiene la virtualidad de irradiar de competencia plena a la justicia arbitral, concretamente para que los árbitros conozcan de las controversias relacionadas con la legalidad de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

Bajo ese panorama de reivindicación, conviene señalar que si las partes contratantes deciden, eso sí, mediante pacto arbitral, someter todas las diferencias que se susciten entre ellas durante el desarrollo del contrato, se habilitaría a los árbitros para que diriman todo tipo de controversia, incluso las concernientes a la legalidad de las potestades exorbitantes consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 1993, pues no existe restricción constitucional ni legal que lo impida.

Es por esa razón que la solución para dotar de competencia plena a los árbitros está en la reivindicación de la autonomía de la libertad, que si bien la jurisprudencia nacional le ha impuesto unos límites en cuanto al conocimiento de la validez de las mencionadas potestades exorbitantes, aquellos, como ya se ha dicho, no tienen ningún sustento constitucional ni legal, salvo los casos especiales previstos en las leyes 418 de 1997 y 1682 de 2013.

En ese orden de ideas, cuando la Constitución y la ley no han impuesto restricciones a la competencia de los árbitros, no lo pueden hacer los jueces a través de sus pronunciamientos, pues ello atentaría contra el principio de la autonomía de la

²³² Corte Constitucional, sentencia C-170 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

²³³ Corte Constitucional, sentencia C-163 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

voluntad de las partes, piedra angular de la institución del arbitramento. Por consiguiente, antes de fijarse restricciones jurisprudencialmente, los jueces, con apoyo en el mismo ordenamiento jurídico, deberían darle su lugar o reivindicar la autonomía de la voluntad de las partes, lo cual, sin duda, dotaría de competencia plena los árbitros, quienes no tendrían problema en asumir los conflictos relacionados con la legalidad de las potestades exorbitantes consagradas en el artículo 14 de Ley 80 de 1993, porque son verdaderos jueces, con la ventaja de que ello ayudaría a descongestionar la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

PROPUESTA

CAMBIO DE POSTURA JURISPRUDENCIAL Y OTRAS ALTERNATIVAS DE LA COMPETENCIA RESTRICTIVA A LA COMPETENCIA PLENA DE LOS ÁRBITROS

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha impedido o, más bien, restringido que los árbitros puedan asumir las desavenencias que se suscitan entre las partes contratantes en relación con la legalidad de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, aun cuando no existe impedimento constitucional ni restricción legal -salvo los casos especiales previstos en las leyes 418 de 1997 y 1682 de 2013-, situación que lesiona o afecta el principio de autonomía de la voluntad de las partes²³⁴.

En efecto, el panorama jurisprudencial en la actualidad en cuanto a la competencia de los árbitros no se acompasa con la Constitución de 1991 ni con las leyes que regulan la materia, que no han establecido ningún tipo de limitación ni de restricción. Nótese que la tesis vigente en nuestro ordenamiento jurídico se denomina “*competencia restringida de la justicia arbitral*” que, como se vio atrás, consiste en que la justicia arbitral tiene competencia para asumir el conocimiento de las controversias relativas a la legalidad de actos administrativos contractuales, pero no de la validez de las potestades exorbitantes –también llamadas cláusulas excepcionales al derecho común- previstas en el artículo 14 de la Ley 80 1993.

Luego, con la expedición de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional), apareció una inmejorable oportunidad para cambiar esa postura jurisprudencial restrictiva, por cuanto de la Exposición de Motivos quedó clara la intención de ampliar el marco de los asuntos para que fueran resueltos mediante el mecanismo alternativo del arbitraje, además porque el artículo 1º, inciso 4º, de la

²³⁴ LEÓN GIL, Mónica Alejandra. Arbitraje de actos administrativos contractuales. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2018. p. 115.

Ley 1563, ofrece una “*interpretación amplia e inclusiva*”, consistente en que los árbitros se encuentran habilitados para conocer de los conflictos relacionados con las potestades exorbitantes (art. 14 Ley 80) : sus efectos económicos y su legalidad.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia acogió la “*interpretación restrictiva y excluyente*”, bajo el entendido de que los árbitros únicamente estarían facultados para pronunciarse sobre los efectos económicos de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, mas no sobre su legalidad.

Hecho el anterior recuento, se evidencia que la jurisprudencia constitucional y administrativa se encuentra rezagada, pues, además de que su interpretación limitativa no se ajusta a los cánones constitucionales, tampoco ha acatado el mensaje enviado por parte del legislador con la expedición de la Ley 1563 de 2012, cuyo propósito era fortalecer la institución del arbitramento ampliando el marco competencial de los árbitros, para así superar la congestión judicial.

Es por esa razón que la postura restrictiva de la jurisprudencia debe cambiar, permitiendo que los árbitros -que, por cierto, son verdaderos jueces- puedan conocer de la validez de la potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y, para ello, existe un camino, el cual es darle más importancia al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que si bien tiene unos límites, ninguno de ellos impide que la justicia arbitral asumir tales asuntos.

Entonces, la propuesta principal e inmediata sería que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por importancia jurídica, dicte sentencia de unificación de jurisprudencial mediante la cual modifique o cambie la postura denominada “*competencia restringida de la justicia arbitral*” para que, en su lugar, adopte una posición en el sentido de que los árbitros puedan conocer de los conflictos relacionados con la legalidad de las potestades exorbitantes consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, lo cual, además de reivindicar el principio de autonomía de la voluntad de las partes, fortalecería la institución del arbitraje en

línea con lo dispuesto con la Ley 1563 de 2012, normativa que ofrece una “*interpretación amplia e inclusiva*” en cuanto a la competencia plena de esos particulares denominados árbitros.

En caso de considerarse de que el cambio jurisprudencial propuesto no resulta suficiente por la complejidad del tema, otra alternativa, como ya se ha planteado en otros escenarios académicos²³⁵, sería que mediante acto legislativo se adicione un inciso al artículo 116 de la Constitución Política, en el sentido de que se consagre que los árbitros les asiste competencia para resolver las controversias sobre la legalidad de las potestades exorbitantes consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Bajo esa misma lógica, otra solución menos extrema sería que se adicionara un artículo en ese mismo sentido en la Ley 1563 de 2012.

Esas serían las propuestas *-aunque para los autores de esta investigación resulta suficiente la concerniente al cambio jurisprudencial-* para superar la postura de competencia restrictiva de los árbitros y, en esa medida, otorgarle una competencia plena, con lo cual se materializaría el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes finalmente son las que habilitan a los árbitros para tales efectos.

²³⁵ AGUDELO TORRES, Daniel Alejandro. Análisis del cambio del régimen de la arbitrabilidad objetiva con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, y consecuencias de dicho cambio en la arbitrabilidad de la legalidad de actos administrativos expedidos en uso de facultades excepcionales. Trabajo de grado Universidad de los Andes. Bogotá, 2014, p. 32.

CONCLUSIONES

La Constitución Política de 1991, en su artículo 116, únicamente autorizó al legislador para imponer restricciones a la justicia arbitral y, en esa medida, lo facultó para determinar el alcance y los límites a la autonomía de la voluntad de las partes en relación con las controversias que, en el marco de un contrato estatal, pueden someterse al conocimiento de los árbitros; sin embargo, la jurisprudencia nacional, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado *-sin autorización para ello-*, restringió o excluyó del conocimiento de los árbitros determinados asuntos, concretamente los relacionados con la legalidad los actos expedidos en ejercicio de las potestades exorbitantes consagradas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, lo cual, sin duda, atenta contra el principio de autonomía de la voluntad de

Ahora, revisadas las normas y los pronunciamientos jurisprudenciales que sobre el tema se han emitido, se destaca que, a pesar de que con la expedición de la Ley 1563 de 2012 se amplió la competencia de los árbitros en asuntos contractuales, incluidos los relativos a la validez de las potestades exorbitantes previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, la jurisprudencia nacional mantuvo la tesis de que la justicia arbitral no podía conocer de aquellos temas, criterio que, en efecto, no se acompasa con la Constitución Política de 1991 *-que estableció una competencia plena para los árbitros-* ni con la ley, en razón de que, sin ningún sustento normativo, fijó restricciones a la institución del arbitraje, yendo *-por supuesto-* en contravía de su pilar fundamental como lo es la autonomía de la voluntad.

En suma, la postura jurisprudencial vigente, denominada *“competencia restringida de la justicia arbitral”*, no muestra coherencia y carece de toda lógica, toda vez que a partir de ahí se dijo que los árbitros no podían asumir el conocimiento de los asuntos relativos a la legalidad de las potestades exorbitantes previstas del artículo 14 de Ley 80 de 1993, pero que sí podían conocer de los demás actos contractuales (dentro de estos se encuentran: el que impone multas, el que liquida unilateralmente

el contrato, el que declara el incumplimiento contractual, que, se según lo dicho en esta investigación, también se constituyen en potestades exorbitantes).

En conclusión, en cuanto no existe restricción ni constitucional ni impedimento legal –salvo los casos previstos en las Leyes 418 de 1997 y 1682 de 2013-, lo más coherente sería que los árbitros conocieran de la legalidad de todas las controversias suscitadas en relación con la legalidad de todas las potestades exorbitantes (las expedidas con fundamento en el artículo 14 y ss de la Ley 80 y las distintas a ellas), toda vez que con ello se reivindicaría el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y se dotaría de competencia plena a los árbitros, acogándose así, además, la “*interpretación amplia e inclusiva*” que se desprende de la lectura del artículo 1º, inciso 4º, de la Ley 1563 de 2012, lo que naturalmente, sin duda, fortalecería la institución del arbitramento y ayudaría significativamente a descongestionar la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA Y DOCUMENTOS ACADÉMICOS

❖ AGUDELO TORRES, Daniel Alejandro. Análisis del cambio del régimen de la arbitrabilidad objetiva con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, y consecuencias de dicho cambio en la arbitrabilidad de la legalidad de actos administrativos expedidos en uso de facultades excepcionales. Trabajo de grado. Universidad de los Andes. Bogotá, 2014.

❖ ALJURE SALAME, Antonio. El arbitraje y el contrato de seguros en el derecho nacional e internacional. En: El contrato de Arbitraje. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Director académico: Eduardo Silva Romero y Coordinador académico: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá,

❖ AMAZO PARRADO, Diana C. ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? Estudios Socio-Jurídicos. Bogotá, 2007.

❖ ARRUBLA, Jaime. Contratos mercantiles: contratos contemporáneos. Editorial Legis. Tercera edición actualizada. Bogotá.

❖ ARRUBLA, Jaime. El pacto arbitral. En: La práctica del litigio arbitral, aspectos contractuales y procesales. Editorial Ibáñez. Tomo II, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017.

❖ BARONA VILAR, Silvia. Comentarios a la ley de arbitraje. Ley 60/2003 de 23 de diciembre, tras las reformas de la Ley 11/2011 de 20 de mayo, Segunda Edición. Madrid. Editorial Civitas, 2011.

- ❖ BEJARANO GUZMÁN, Ramiro. Características del trámite arbitral. En: La práctica del litigio arbitral, aspectos contractuales y procesales. Editorial Ibáñez. Tomo II, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017.
- ❖ BELTRÁN GARCÍA, Alfonso y PEDREROS SÁCHICA, María Fernanda. Algunos temas sobre contratación estatal. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2015.
- ❖ BENETTI SALGAR, Julio. El arbitraje en el derecho colombiano. Editorial Temis. Segunda edición actualizada. Bogotá, 2001.
- ❖ BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo: según la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Séptima Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, 2016.
- ❖ BONIVENTO CORREA, Pedro Felipe. La autonomía privada de la voluntad frente a los contratos de derecho privado. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Bogotá. 2000.
- ❖ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. Las calidades legales exigidas para el desempeño del árbitro. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017.
- ❖ CHEMÁS JARAMILLO, Jorge. Restricciones al acceso a la justicia arbitral. En: Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2008.
- ❖ CREMADES, B. & MADALENA, I. La abogacía desde la óptica de un árbitro internacional. En: Revista No. 13 Legis. Bogotá, 2010.

- ❖ COHECHA LEÓN, César Antonio. Teoría General del Contrato Estatal y Régimen de Declaración de Siniestros. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2016.
- ❖ DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Editorial Legis. Tercera Edición. Bogotá, 2016.
- ❖ DE VEGA PINZÓN, Gabriel. Las inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017.
- ❖ DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés. La liquidación. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Director de la serie: Fabián G. Marín Cortés. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Centro de Estudios de Derecho Administrativo CEDA. Primera Edición. Medellín, 2013.
- ❖ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración Pública. Editorial Legis. Primera Edición. Bogotá, 1999.
- ❖ ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos: parte general. Volumen I. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977.
- ❖ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Forma y contenido del contrato estatal. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013.
- ❖ GARCÍA CANTILLO, Karina. Arbitrabilidad de los actos administrativos dictados con ocasión de un contrato estatal. Trabajo de grado para la Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa. Universidad de los Andes. Bogotá, 2014.

❖ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo I. Thomson Reuters Civitas. Decimosexta Edición. Madrid, 2013.

❖ GIACOMETTE FERRER, Ana. El árbitro y la prueba. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017.

❖ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Régimen arbitral colombiano: Ley 1563 de 2012. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2013.

❖ GONZÁLEZ ARROCHA, Katherine. La constitución del tribunal arbitral: independencia e imparcialidad. En: El contrato de Arbitraje. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Director académico: Eduardo Silva Romero y Coordinador académico: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2005.

❖ HERNÁNDEZ, Carlos Arturo y PARDO POSADA, Nohora Elena. La interpretación de las cláusulas del contrato estatal en el marco del orden jurídico. En: Revista Criterio Jurídico Garantista. Fundación Universidad Autónoma de Colombia. Bogotá, 2013.

❖ IBAGÓN, Mónica Liliana. Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia. Serie de Derecho Administrativo No. 16. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012.

❖ LENK, Kurt. Introducción a la ciencia política. Marburgo, Alemania: Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Marburgo, 1971.

❖ LEÓN GIL, Mónica Alejandra. Arbitraje de actos administrativos contractuales. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2018.

❖ LLANOS MEDINA, Artemio. El Principio de la voluntad y sus límites. Chile: Universidad de Chile 1944.

❖ LONDOÑO ARANGO, Maximiliano. La declaración de competencia: acto jurídico complejo. En: La práctica del litigio arbitral, aspectos contractuales y procesales. Editorial Ibáñez. Tomo II, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017.

❖ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Proceso arbitral nacional. Dupré Editores. Bogotá, 2013.

❖ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Los límites al consentimiento al pacto arbitral. En: El contrato de Arbitraje. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Director académico: Eduardo Silva Romero y Coordinador académico: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2005.

❖ MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. El arbitraje mercantil en derecho: las transformaciones del derecho mercantil moderno. Editorial Dike. Medellín, 1988.

❖ MOLINA, Carlos. Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia. En: El contrato de Arbitraje. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Director académico: Eduardo Silva Romero y Coordinador académico: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2005.

❖ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Recursos contra el laudo arbitral. En: El contrato de Arbitraje. Universidad del Rosario. Editorial Legis. Director académico: Eduardo Silva Romero y Coordinador académico: Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2005.

❖ NAMÉN VARGAS, William. La función arbitral “*heterocompositiva*”. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez.

Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017.

❖ NOGUÉS AZURA, Patricia. La voluntad Psicología. Almudena merino {En línea} 31 de julio de 2018. Disponible en: <http://www.almudena-merino.com/trabajos/LA VOLUNTAD.pdf>.

❖ OCAMPO LÓPEZ, Daniel. Estado de las potestades contractuales de la Administración. En: Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia. Editora: Marta Nubia Velásquez Rico. Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición. Bogotá, 2019.

❖ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Séptima Edición. Librería Jurídica Sánchez R Ltda. Bogotá, 2010.

❖ PALACIO JARAMILLO, María Teresa. La competencia arbitral en materia de contratos estatales. Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia. En: La práctica del litigio arbitral, aspectos contractuales y procesales. Editorial Ibáñez. Tomo II, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017.

❖ PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Potestades excepcionales, nuevas prerrogativas de la administración pública y sus efectos en los procesos arbitrales. En: La Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal? Editorial Universidad del Rosario. Primera Edición. Editora académica: Rocío Araújo Oñate. Bogotá, 2011.

❖ RAWLS, John. Political Liberalism. Siglo XXI Editores. New York, 1993.

- ❖ RAWLS, Jonh. Réplica a Habermas. En: HABERMAS, Jürgen y RAWLS, John. Debate sobre el liberalismo político. Barcelona: Paidós I.C.E./U.A.B, 1998.

- ❖ REVELO, Alfredo. El árbitro y el conciliador. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017.

- ❖ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal. Editorial Leyer. Décima edición. Bogotá, 2018.

- ❖ RIVERA, J. Instituciones de Derecho Civil. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2004.

- ❖ RODRÍGUEZ, Libardo y SANTOS, Jorge Enrique. Un siglo de la jurisdicción administrativa y de derecho administrativo en Colombia. Editorial Temis. Bogotá, 2013.

- ❖ ROMERO MONTES, Francisco Javier. Curso del Acto Jurídico. Editorial Portocarrero. Perú, 2003.

- ❖ SALAZAR PARRA, Bernardo. Redacción del pacto arbitral y la cláusula compromisoria en el derecho interno. En: La práctica del litigio arbitral, aspectos contractuales y procesales. Editorial Ibáñez. Tomo II, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017.

- ❖ SALCEDO FLÓRES, Álvaro. En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. En: Revista análisis internacional, n°. 2,2010.

- ❖ SUESCÚN, Felipe. Orden público internacional: excepción a la limitación que imponen los actos administrativos a la competencia de los tribunales de arbitramento. En: Revista de Derecho Privado No. 44. Universidad de los Andes. Bogotá, 2010.

- ❖ SUÁREZ TAMAYO, David. Cláusula de multas y penal pecuniaria. Serie: Las Cláusulas del Contrato Estatal. Director de la serie: Fabián G. Marín Cortés. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Centro de Estudios de Derecho Administrativo CEDA. Primera Edición. Medellín, 2014.

- ❖ TALERO RUEDA, Santiago. El árbitro y la prueba. En: El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral. Editorial Ibáñez. Tomo I, Volumen I. Directores académicos: Hernando Herrera Mercado y Fabricio Mantilla Espinosa. Bogotá, 2017.

- ❖ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. Contratación y arbitraje internacional. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2017.

- ❖ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El convenio arbitral. En: Themis Revista de Derecho. N° 11, 1988.

- ❖ YANNUZZI, María de los Ángeles. El concepto de autonomía en las teorías de Rawl y Habermas. En estudios Sociales 21, 2001.

- ❖ YONG SERRANO, Samuel. El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación. Editorial Ibáñez. Bogotá, 2015.

- ❖ YOUNES MORENO, Diego. Derecho constitucional colombiano. Editorial Ibáñez. Décima Edición. Bogotá, 2009.

JURISPRUDENCIA

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de enero de 1991, expediente No. 4739, M.P. Julio César Uribe Acosta.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1991, expediente No. 5973, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de febrero de 1992, expediente No. 6030, M.P. Julio César Uribe Acosta.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de noviembre de 1993, expediente No. 7809, M.P. Daniel Suárez Hernández.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 10 de junio de 1994, expediente No. 9118, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de junio de 1997, expediente No. 10.882, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

❖ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 24 de junio de 1996.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 16 de junio de 1997, expediente No. 10.882, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 19 de marzo de 1998, expediente No. 14.097, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de febrero de 2000, expediente No. 16.394, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2000, expediente No. 16.973, M.P. Alíer Hernández Enríquez.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de febrero de 2002, expediente No. 19.090, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 2002, expediente No. 19.333, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de junio de 2002, expediente No. 21.040, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 2003, expediente No. 10.883, M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente No. 16.718, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2003, expediente No. 14.431, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de mayo de 2004, expediente No. 25.154, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente No. 27.946, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2006, expediente No. 32.398, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente No. 15.469, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2008, expediente No. 33.644, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de julio de 2008, expediente No. 21.574, M.P. Enrique Gil Botero.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de noviembre de 2008, expediente No. 17.031, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2009, expediente No. 14.667, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, expediente No. 36.252, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de marzo de 2010, expediente No. 36.871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente No. 18.394, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, expediente No. 18.395, M.P. Enrique Gil Botero.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de enero de 2011, expediente No. 15.940, M.P. Enrique Gil Botero.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de febrero de 2011, expediente No. 34.425, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 17 de octubre de 2012, expediente No. 22.220, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de octubre de 2012, expediente No. 39.942, M.P. Enrique Gil Botero.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 7 de noviembre de 2012, expediente No. 44.125, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero de 2013, expediente No. 23.519, M.P. Enrique Gil Botero.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, auto del 18 de abril de 2013, expediente No. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, auto del 20 de febrero de 2014, expediente No. 45.310, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, expediente No. 25.745, M.P. Enrique Gil Botero.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 16 de marzo de 2015, expediente No. 32.820, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 26 de noviembre de 2015, expediente No. 40.383, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 30 de marzo de 2016, expediente No. 2015-01480 (AC), M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 26 de abril de 2017, expediente No. 56.138, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 12 de mayo de 2016, expediente No. 2015-01800 (AC), M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 1º de agosto de 2016, expediente No. 56.138, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 18 de abril de 2017, expediente No. 58.461, M.P. Hernán Andrade Rincón.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del 30 de mayo de 2017, expediente No. 56.825, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de agosto de 2017, expediente No. 52.531, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

- ❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 12 de octubre de 2017, expediente No. 37.322, M.P. Danilo Rojas Betancourth.
- ❖ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 10 de noviembre 2017, expediente No. 39.536, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia C-431 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia C-286 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- ❖ Corte Constitucional, SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia C-242 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia C-163 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- ❖ Corte Constitucional, C-1436 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia C-098 de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.
- ❖ Corte Constitucional, C-1038 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

- ❖ Corte Constitucional, sentencia C-961 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia SU- 174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia T-244 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia T-329 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- ❖ Corte Constitucional, T-954 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia T-443 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia C-014 de 2010, M.P. Mauricio González Cuervo.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia C-816 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia T-288 de 2014, M.P. Jorge Pretelt Chaljub.
- ❖ Corte Constitucional, sentencia C-170 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.
- ❖ Corte Constitucional, C-623 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

NORMATIVA

- ❖ Constitución Política de 1991.
- ❖ Decreto 222 de 1983 (*Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*).
- ❖ Decreto 1818 de 1998 (*Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*).
- ❖ Ley 2ª de 1938 (*Por la cual se da validez a la cláusula compromisoria*).
- ❖ Ley 4ª de 1964 (*Por la cual se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos*).
- ❖ Ley 80 de 1993 (*Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*).
- ❖ Ley 270 de 1996 (*Estatutaria de la Administración de Justicia*).
- ❖ Ley 418 de 1997 (*Por la cual se consagran instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones*).
- ❖ Ley 446 de 1998 (*Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia*).
- ❖ Ley 1285 de 2009 (*por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia*).
- ❖ Ley 1437 de 2011 (*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*).

- ❖ Ley 1563 de 2012 (*Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional*), junto con la Exposición de Motivos (*Gaceta 946 de 2011, Senado de la República*).
- ❖ Ley 1564 de 2012 (*Código General del Proceso*).
- ❖ Ley 1682 de 2013 (*Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias*).