

# **El arbitraje en la solución de controversias con entidades públicas: revisión de los principios de legalidad, división del poder e interés general.**

**Juliana Manrique Caro, Eliana Muñoz Muñoz**

## **Resumen**

En Colombia se está presentando con más frecuencia que las controversias contractuales en las que está involucrada una entidad del Estado están siendo ventiladas en tribunales de arbitraje, y no son conocidas por su juez natural, es decir, la jurisdicción contenciosa administrativa. Al respecto, este artículo se pregunta por las implicaciones de dicha tendencia para el derecho administrativo y sus consecuencias en la solución de controversias donde participa una entidad del Estado. La hipótesis que da desarrollo a este estudio parte de vislumbrar una contradicción entre las bases del mecanismo alternativo de solución de controversias (arbitraje) y el derecho administrativo; lo cual desencadena en una afectación a dicha rama del derecho y sus principios de legalidad, división del poder e interés general, además de efectos negativos para las entidades públicas inmersas en conflictos contractuales que son condenadas en laudos arbitrales proferidos por los Centros de arbitraje y conciliación.

## **Palabras clave**

Derecho administrativo, arbitraje, Estado, transformaciones, legalidad, distribución del poder, interés general.

## **Abstract**

In Colombia it is occurring more frequently that contractual disputes in which a State entity is involved are being ventilated in arbitration courts, and are not known by their natural judge, that is, the contentious-administrative jurisdiction. In this regard, this article questions the implications of this trend for administrative law and its implications in dispute resolution where a State entity participates. The hypothesis that gives development to this study starts from intuiting a contradiction between the bases of the alternative dispute resolution mechanism (arbitration) and administrative law, which triggers an affectation to said branch of law and its principles of legality, division of power and general interest, in addition to negative effects for public entities immersed

in contractual conflicts that are sentenced in arbitration awards issued by the Arbitration and Conciliation Centers.

### **Key Words**

Administrative Law, arbitration, State, transformations, legality, distribution of power, general interest.

### **Introducción**

La administración de justicia es considerada una de las principales funciones de los Estados modernos y contemporáneos, no obstante, en diferentes periodos de la historia han tenido lugar procesos privados de solución de controversias donde las partes voluntariamente deciden dejar el desenlace de sus conflictos a un particular; como por ejemplo el arbitraje. Actualmente, se pone en evidencia la alta concurrencia de las entidades públicas a tribunales de arbitraje, pues las controversias contractuales más trascendentales en la agenda pública y medios de comunicación no están siendo conocidas por tribunales administrativos sino por los tribunales de las cámaras de comercio (Observatorio región Bogotá del Centro de arbitraje y conciliación, 2022).

La anterior situación se convierte en una tendencia cada vez más extendida que vale la pena estudiar en busca de la pertinencia o no de que sea un árbitro o grupo de árbitros quienes estén juzgando al Estado y no un juez administrativo, que se supone es el juez natural de este. Lo anterior teniendo en cuenta que detrás de un fallo en contra del Estado se encuentra comprometido el interés general de la sociedad y el patrimonio de la nación, es decir recursos públicos que se recaudan de todos los ciudadanos.

En ese sentido, cobra relevancia preguntarse ¿Qué implica el auge del arbitraje para el derecho administrativo y cuáles son sus efectos en la solución de controversias donde participa una entidad del Estado?; a manera de hipótesis, se plantea que la influencia del arbitraje en el derecho administrativo es contraproducente al ser contradictorios los fundamentos de las dos instancias. Mientras el derecho administrativo tiene el mandato de proteger la legalidad y el interés general, del cual no puede disponer; el arbitraje se caracteriza por tener un objeto litigioso disponible y fallar en equidad, lo cual se traduce en la elevada emisión de laudos arbitrales desfavorables para las entidades públicas afectando a las mismas de manera negativa.

Para desarrollar la anterior hipótesis primero se hará una referencia al origen del derecho administrativo y sus fundamentos, así mismo y en un segundo lugar se dará cuenta del origen y régimen actual del arbitraje; para en un último apartado desarrollar lo concerniente a la revisión de los principios de división del poder, legalidad e interés general en el arbitraje. Una vez realizada tal revisión se encontrará un acápite denominado “arbitraje como expresión de la huida del derecho administrativo, efectos contraproducentes” el cual presenta algunas conclusiones y recomendaciones que deja este artículo.

### **Metodología**

Para este artículo de revisión bibliográfica se empleó una metodología de revisión principalmente cualitativa. Se revisaron distintos tipos de fuentes, entre ellas; libros; revistas especializadas en derecho Público, derecho administrativo y arbitraje; artículos de revistas de derecho reconocidas y acreditadas, muchas de ellas pertenecientes a diferentes facultades de derecho; y páginas web especializadas en análisis jurídicos con un enfoque tanto global como nacional; ello sin dejar de lado la revisión de sentencias hito y normatividad aplicable al caso.

Cada una de las fuentes consultadas cuenta con un respaldo de veracidad y calidad, pues fueron consultadas en el portal de revistas de la Universidad Libre, el cual contiene suscripción con revistas acreditadas, así mismo cuentan con elementos que reflejan contenido de alta calidad como el registro ISSN y ORCID. Una vez se tuvo disponible la información esta se clasificó por temática y resultado o postura, luego de lo cual se procedió a su resumen y posterior análisis. En este artículo también se incluye una pequeña referencia a resultados, los cuales corresponden a cifras relevantes y análisis numéricos de laudos arbitrales proferidos por cámaras de comercio.

### **I. Origen y fundamentos del derecho administrativo.**

Sólo con las suficientes precisiones del objeto de estudio se podrá analizar posteriormente en este artículo los cambios o transformaciones de dicho objeto. Por lo tanto, antes de hablar directamente de las consecuencias del arbitraje en el derecho administrativo se quiere abordar brevemente el origen y fundamentos del mismo; esto con el fin de tener un concepto claro de qué significa el derecho administrativo al interior de los diferentes sistemas jurídicos. Por lo cual, primero se harán algunas menciones en torno a dónde, cómo y cuándo surgió el derecho administrativo teniendo de

presente la discusión sobre el origen del derecho administrativo en Francia e Inglaterra, y finalmente los fundamentos del derecho administrativo en un mundo globalizado.

Al indagar por el surgimiento de esta rama del derecho se encuentran principalmente dos narrativas, una que data primigeniamente la noción de derecho administrativo en Francia y la otra en Inglaterra. Por ejemplo, Suarez Tamayo afirma que “dentro de la doctrina, clásica y convencional, se describe el derecho administrativo, como un derecho que surgió aparentemente en Francia, que se confunde, muchas veces, con la institucionalización de una jurisdicción especial para la administración” (2010, p. 32), el autor menciona que esta rama del derecho surge de la aversión que se tenía a los jueces ordinarios que eran asociados con la monarquía y una labor tiránica, por lo que

“se crearon tribunales administrativos para el control especial de la legalidad de los actos administrativos. En Francia, tal función la ejercía el Consejo de Estado; en Inglaterra, los tribunales ordinarios independientes del poder ejecutivo, porque la administración no constituía un poder jurídico (...); en Alemania, un siglo después que, en Francia, se dio la misma mutación del derecho administrativo, de la mano de VON STEIN. Similar proceso se dio en Latinoamérica, en Colombia, por ejemplo, se creó el Consejo de Estado –en 1817– como cuerpo asesor y consultivo, posteriormente con funciones jurisdiccionales a partir de la Constitución de 1886” (Tamayo, 2010, p. 36)

Rodríguez (2021) explica que la administración pública como elemento previo al derecho administrativo es la forma como históricamente el poder ejecutivo limita el poder de la Corona, dándole la razón a la tesis francesa. Así mismo, este autor coincide con Tamayo al considerar que el derecho administrativo surge en Europa, pero no igual en todas las naciones, pues Alemania lo acoge hasta 1850; mientras que

“fuera de la Europa fundacional, en Estados Unidos, por mucho que el art. II de la Constitución federal hable del «executive power», no será hasta la multiplicación y desarrollo de las agencias gubernamentales en la «progressive era» (desde 1890) y con el «New Deal» (a partir de 1929) cuando empiece a formarse un derecho administrativo reconocible. En Extremo Oriente, aunque históricamente encontramos organizaciones burocráticas a las que genéricamente podemos llamar «administraciones públicas», el fenómeno del derecho administrativo es contemporáneo: se desarrolla a partir de la segunda posguerra mundial, y bajo la influencia y modelo norteamericano” (Rodríguez de Santiago, 2021, p. 42)

Por otro lado, se encuentran teóricos que niegan la anterior tesis, es el caso de Fernández y López (2017) quienes aseguran que, el derecho administrativo no nace en Francia ni con la revolución francesa, sino en Inglaterra a partir de “la implantación del imperio de la ley en un Estado, esto es, la división de poderes y el sometimiento de la common law a la Ley (...) la revolución gloriosa vino a resolver dos cuestiones políticas que requerían ser tratadas con urgencia, pues se referían a sí el rey se encontraba por encima de la ley o sometido a esta y, por otro lado, si el common law tenía una posición jerárquica superior a la ley emanada del parlamento” (p. 5)

### **1.1 Fundamentos del derecho administrativo**

Esta discusión sobre dónde nace el derecho administrativo no es de menor relevancia, pues incide directamente en la definición misma de derecho administrativo. Como se evidencia, la tesis francesa supone un control a la administración que viene del poder ejecutivo, no un control ordinario; mientras que en el caso inglés se parte de un control a la voluntad del rey por parte de la ley y el poder judicial en general. El elemento común y central parece ser que el derecho administrativo hace alusión a disposiciones que buscaban eliminar los rasgos de imposición, arbitrariedad y mera voluntad en la administración, es decir en las decisiones del gobernante. Rodríguez, S. (2021) afirma que este pensamiento corresponde al liberalismo, el cual actuó tanto en Inglaterra como en Francia, pero de distinta forma.

“En la primera lo hizo no en cuanto poder monárquico, sino en cuanto poder absoluto; obligó al rey a reconocer las libertades y privilegios de los cuerpos intermedios representados y defendidos en el parlamento. Inversamente, en la segunda lo hizo no en cuanto poder absoluto, sino en cuanto poder monárquico; transfirió el poder tendencialmente absoluto del rey a la asamblea soberana con la pretensión de culminar el proyecto de disolución del orden feudal. La ley gozaba por ello de absoluta primacía, se concebía como expresión de la voluntad general” (Rodríguez de Santiago, 2021, p. 103)

Además de la influencia del liberalismo, hay una primera postura que afirma que el derecho administrativo tiene como fundamento la división entre derecho público y derecho privado, siendo el derecho público la reglamentación especial a la administración. No obstante, es una corriente que no tiene muchos adeptos, ya que en ausencia del derecho administrativo siguen existiendo tales divisiones.

Una segunda postura que en su momento fue una de las más sólidas sostiene que el fundamento del derecho administrativo es la prestación del servicio público, la cual es defendida por el profesor

Libardo Rodríguez. Dicha doctrina presenta al Estado como garante de servicios públicos, pero con facultades exorbitantes, y aunque es muy distinto a cualquier otro prestador de servicios no deja de ser responsable por su acción y omisión en la prestación de servicios. Expresión de tal ambivalencia es que

“Con el advenimiento de la teoría del servicio público, junto con el reconocimiento de la necesidad de imponer un contrapeso a los poderes exorbitantes de los que gozaba la administración en los contratos administrativos -justificados en la necesidad de lograr la prestación efectiva, regular y continua de los servicios públicos-, la jurisprudencia francesa comenzó a aceptar la idea de la necesidad de mantener el equilibrio económico de los contratos administrativos. El primer antecedente conocido se encuentra en las conclusiones del comisario Leon Blum (...) El citado comisario, después de recordar la necesidad de mantener una prestación eficiente y continua del servicio público y de que el contratista, como colaborador, tiene derecho a una compensación por la utilización de los poderes exorbitantes por parte de la administración” (Rodríguez, L. 2011. p. 62)

No obstante, la definición del Estado y del derecho administrativo a partir del servicio público hoy es imposible, pues tesis posteriores enmarcan el objeto del derecho administrativo en un alto grado de relatividad, al depender de las sociedades y Estados en constante cambio; incluso se afirma que,

“la administración pública no es una realidad estable. Evoluciona al compás de las sociedades y los Estados en los que se inserta. Así, por ejemplo, la mayor o menor densidad periférica de una administración responde a la estructura demográfica y territorial real de cada país. También, una sociedad que envejece da lugar a una administración pública intensiva en tareas prestacionales. O también, donde los recursos públicos escasean, la administración tiende a servirse de múltiples formas de colaboración con los particulares. Y los cambios en la administración, constatables con métodos empíricos, condicionan al derecho administrativo de cada tiempo y lugar” (Rodríguez de Santiago, 2021, p. 44)

Ejemplo de que el Estado ya no es comprendido como el máximo prestador de servicios Carbajales (2022) encuentra que los gobiernos acuden a contratos de asociación público-privada para la prestación de servicios públicos, y que lo vienen haciendo desde finales de los años ochenta y principios de los noventa teniendo como principal aliciente la equilibrada distribución de riesgos entre el contratista y el Estado. Fácticamente define este tipo contractual como

“uno de los modos en que el Estado se vincula o relaciona con los particulares (relación contractual) (...) Estado contrata con un particular la financiación, la construcción, el desarrollo, la explotación

y la mantención de una obra de infraestructura por un período de tiempo lo suficientemente extenso para que el particular recupere su inversión y obtenga una ganancia razonable” (Carbajales, 2022, p. 197,198).

Como se evidencia, la prestación de servicios públicos hoy ya no está a cargo exclusivamente del Estado, por lo que los fundamentos del derecho administrativo no podrían encontrarse en la idea de prestación de servicios. En ese sentido, toman fuerza tesis que fijan las bases del derecho administrativo en elementos que siguen vigentes con el paso del tiempo y el sinnúmero de variaciones que sufre el Estado; como por ejemplo el reconocimiento de los poderes o facultades exclusivas del Estado, que son:

“las cláusulas exorbitantes o excepcionales se hacen aplicables a los contratos administrativos a través de la manifestación de poder de la administración con la expedición de actos administrativos. El estudio de la legalidad del acto administrativo es de competencia exclusiva de los jueces en el contencioso administrativo y resulta indelegable a los particulares, así como el estudio sobre el ejercicio de las cláusulas exorbitantes de la administración, al ser el juez natural de la legalidad de los actos de la administración. La competencia de un árbitro no lo faculta para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral” (Naizir, J. 2019, p. 13)

Independientemente del periodo de la historia, se ha sostenido que el Estado (la administración) no es igual a un particular, sino que es superior. Si bien eventos como la revolución francesa transforman el poder absoluto del Estado en un poder controlado, el Estado sigue teniendo una amplia gama de prerrogativas que lo hacen distinto a un ciudadano. Bajo ese entendimiento, Santofimio asegura que son tres los fundamentos básicos de esta rama del derecho, que son a su vez los elementos diferenciadores del derecho común, a saber 1. La división de poder que es definida como la distribución de funciones propias de los asuntos públicos, 2. El principio de legalidad entendido como la sumisión del poder a las normas, y 3. El bien común y el interés general o colectivo, que es uno de los compromisos del Estado (2010, p. 210). Santofimio también se aleja de la teoría del servicio público, pues es consciente de que,

“Un importante sector de la doctrina sostiene la tesis de la crisis de este derecho administrativo asistencialista, en lo que denomina la huida del derecho administrativo, fundado en la realidad de varios fenómenos advertidos en los sistemas jurídicos de influencia continental o francesa: el surgimiento de empresas públicas que ocupan los espacios de los particulares, inclusive acudiendo a su mismo régimen jurídico; la aplicación creciente del derecho privado para la realización de

actividades típicamente administrativas; la privatización de espacios históricamente ocupados por las administraciones públicas y la operación de servicios bajo el esquema de la economía de mercado, sujetos a las reglas y principios del derecho civil y comercial” (2010, p. 215-216)

Por lo tanto, este estudio va a adoptar la postura de Santofimio, es decir, que los fundamentos del derecho administrativo reposan en: “1. La división de poder que es definida como la distribución de funciones propias de los asuntos públicos, 2. El principio de legalidad entendido como la sumisión del poder a las normas, y 3. El bien común y el interés general o colectivo, que es uno de los compromisos del Estado” (2010, p. 210).

## **2. Surgimiento del arbitraje administrativo.**

Respecto del surgimiento del arbitraje y cómo llega este mecanismo a ser el principal instrumento empleado en las controversias contractuales de los Estados y sus entidades públicas, lo primero que se quiere mencionar es que el arbitraje es pensado como una forma de justicia privada desde el derecho romano, en el cual existía un proceso público y un proceso privado “uno de los antecedentes es la ley de las XII tablas, allí aparecía un reglamento por el cual un magistrado impone pactos entre las partes de forma que la imposición de una sanción pecuniaria fija sustituye la venganza privada y obliga a las partes a someterse al arbitraje” (Villalba, Cuellar, 2008, p. 142)

La existencia de un proceso judicial administrado por particulares no es novedosa, por el contrario, es cercana a los orígenes del derecho común. No obstante, el auge del arbitraje se dio hasta en la edad moderna con el aumento del comercio y el surgimiento de las asociaciones gremiales, pues con ellas “la burguesía encontró en el arbitraje el instrumento ideal para dirimir con seguridad y rapidez sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. La justicia del monarca, llena de laberintos procesales, lenta y pesada fue dejada de lado por los nuevos mercaderes” (Benetti Salgar, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, 9, 2a. ed., Temis, Bogotá, 2001, citado por Villalba Cuellar, 2008, p. 143).

De acuerdo con Villalba (2008), el arbitraje se expresó en Francia con la ordenanza de 1673, en España con la constitución de Cadiz de 1812 y la ley de arbitrajes de derecho privado de 1953 y 1988, en Estados Unidos con la expedición del New York Arbitration Act de 1920, en Inglaterra con la ley de arbitraje de 1698 y posteriormente la arbitration act de 1950. En Latinoamérica se adoptó el arbitraje mucho más tarde en comparación con su expansión en Europa. La mayoría de las normas que lo adoptan en América del sur son del siglo XX.

En Argentina se introdujo una prohibición al respecto en 1981, Brasil hizo lo propio en el código civil de 1917. En Bolivia, Chile y Perú se expidió una norma especializada que regula el asunto, en el caso de Bolivia la ley 1770 de 1997, en Chile la ley 1971 de 2004, y en Perú la ley 26572 de 1996 “Ley General de Arbitraje”. En el caso colombiano hasta 2012 se expidió el estatuto de arbitraje, ley 1563 de 2012, no obstante, en 1991 ya se había expedido la ley sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos, la Ley 23 de 1991.

Ahora bien, si el arbitraje surge con el derecho romano y alcanza su auge a partir de la necesidad de los comerciantes de solucionar rápidamente las controversias surgidas en el tráfico mercantil y especialmente en el transporte de mercaderías, queda preguntarse cómo es que llega a tener un rol protagónico en las controversias contractuales con entidades públicas. Marta García (2014) sostiene que el éxito del arbitraje es directamente proporcional a la ineficacia de la justicia del Estado, ineficacia que se expresa en una tasa de resolución baja, la tasa de pendencia (pleitos pendientes) alta, así como la tasa de congestión y duración larga del trámite jurisdiccional. No obstante, expone el principal argumento por el cual hay resistencia al arbitraje administrativo, a saber

“En la posición más crítica con el arbitraje pesa con singular fuerza la presencia del interés público encomendado a la Administración, que parece resistirse a la idea de un arbitraje de Derecho público. El arbitraje –argumenta HUERGO LORA– supone que la potestad de decir el derecho, esto es, de controlar la legalidad de la actuación administrativa, se traslada de los órganos jurisdiccionales a unos sujetos elegidos libremente por las partes, sin que reste otra posibilidad de control judicial que el que se lleva a cabo a través del recurso de anulación contra el laudo (situación que) es vista con desconfianza por el legislador en todo caso” (García, 2014, p. 229)

Además del efecto descongestionante, el cual permite “proteger los derechos de la ciudadanía en un tiempo razonable y de modo eficiente, haciendo posible la realización del Estado de derecho” (García, 2014, p. 231). Otra de las explicaciones de la buena acogida del arbitraje es la modernización de la contratación pública, la cual es mejor comprendida por tribunales de arbitraje especializados. Por ejemplo, en el régimen de las asociaciones público-privadas no solo se debe estudiar el régimen normativo como acostumbra la jurisdicción contencioso administrativa, sino la distribución de riesgos y la actividad económica desarrollada, entre otros factores.

Una tercera causa son las presiones de organismos de financiación internacional como el Banco Mundial, la OCDE y el Fondo Monetario Internacional que hacen injerencia en las políticas

internas de los Estados. La anterior es la explicación ofrecida por Valencia (2021), quien afirma que cuando se expidió la ley 80 de 1993 se buscaba brindar unos principios generales de contratación pública a las entidades estatales para que estas pudieran actuar con cierto dinamismo y autonomía. No obstante, el margen de libertad dado en la ley 80 se distorsionó rápidamente en altos índices de corrupción, abuso de poder y procesos fracasados. En esa medida luego se tramitó la ley 1150 de 2007 “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993”, no obstante, las disposiciones allí contenidas no cumplían su finalidad.

En este contexto, encontraron así mismo varios instrumentos de soft law o derecho blando, disposiciones que, aunque no son obligatorias sí tienen acogida. Por lo que el marco normativo para la contratación estatal no es sólo el estatuto de contratación estatal sino una multiplicidad de documentos CONPES, directivas y decretos presidenciales que fijan los parámetros reales bajo los cuales se da día a día la contratación en las entidades estatales. Dichas disposiciones son las que impulsan el empleo del arbitraje como el mecanismo predilecto para solucionar las controversias contractuales con entidades públicas.

Por ejemplo,

“con relación al marco regulatorio y legislativo los Bancos sugieren las siguientes acciones: (i) preparar y difundir documentos estándar para los procesos de selección, incluyendo los contratos, los cuales deben incluir consideraciones especiales que promuevan la participación internacional y la competencia, introduciendo condiciones de entrega de acuerdo a ICONTERMS, **así como mecanismos de solución de controversias como el arbitraje**, (...) (iv) preparar y difundir manuales de contratación de obligatorio cumplimiento” (negrilla fuera de texto) (Valencia, 2021, párr. 41)

Aunque el arbitraje administrativo es una realidad que se vive día a día en los tribunales de las cámaras de comercio del país, el debate sobre su viabilidad y deber ser sigue abierto y es el tema de este artículo. A pesar de que más adelante se detallan las ventajas y desventajas de este fenómeno jurídico, se quiere anticipar que Carla Esplugues (2018) sostiene que el empleo del arbitraje ha sido “saludable” en entornos empresariales, pero no considera lo mismo para cuestiones administrativas, se cree que puede ser contradictorio con la garantía de legalidad, el interés general y el régimen constitucional debido a que el arbitraje está regido por los principios de libertad y

autonomía de la voluntad, mientras la administración está al servicio del interés general del cual no se puede disponer.

En resumen, las causas del uso recurrente del Arbitraje en cuestiones administrativas se encuentran en sus ventajas; como la confidencialidad, rapidez del proceso, especialización de los árbitros en cada materia, flexibilidad del proceso, libertad de las formas y economía del proceso, pues, “los gastos que se deben abonar como consecuencia del desarrollo de un proceso ante los tribunales (tanto en la primera instancia como en los posteriores recursos) puede implicar unos gastos que no van a tener que abonarse cuando opta libremente por acudir al sistema arbitral” (Esplugues, 2018, p. 161).

## **2.1 El régimen actual del arbitraje administrativo en Colombia.**

Aunque el arbitraje se encuentre en auge, este llega al derecho administrativo con unos límites impuestos por el Estado, límites que buscan legitimar el poder estatal, la facultad del Estado como único autorizado para expedir actos Administrativos y sus facultades exorbitantes o privilegiadas frente a particulares. En ese sentido existen una serie de principios y cláusulas generales y particulares que moldean y rigen el arbitraje administrativo en Colombia. En relación a dichos límites, Anne Mürrle (2005) plantea que respecto a controversias contractuales con el Estado el tribunal de arbitraje únicamente se puede pronunciar sobre el aspecto económico, pero no sobre el acto administrativo inmerso, pues, un acto administrativo se presume legal y sólo puede ser desvirtuado en la jurisdicción contenciosa. Señala los aspectos sobre los cuales no puede referirse el laudo arbitral, a saber, restricciones de orden legal, el orden constitucional, normas orden público, formalidades del acto administrativo, su validez y existencia.

Es necesario precisar cuál es la frontera que diferencia un aspecto de ser económico o de ser estrictamente de legalidad del acto Administrativo. Para ello Loquin, E & Manciaux, S (2015) explican que el arbitraje “supone el sometimiento libre de ambas partes a tal instancia, suponiendo que son iguales, pero el derecho administrativo defiende unos privilegios en cabeza de la administración como la caducidad o la imposición unilateral de multas” (p. 19). Por su parte, la Corte constitucional sostiene que “los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que, en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos” (Loquin & Manciaux, 2015, p. 20)

Una manera de conciliar el asunto es a partir del concepto de *contenido real del acto administrativo*, queriendo decir con ello que;

“no toda respuesta o decisión que adopte la entidad estatal contratante frente a las peticiones o reclamos del contratista, tiene naturaleza jurídica de acto administrativo, ... en cada caso, se reitera, debe establecerse si tales expresiones de la administración constituyen o contienen el uso de poderes y prerrogativas propias del Estado y, por tanto, exorbitantes de las facultades y derechos que se predicán respecto de las relaciones contractuales de los particulares” (Loquin & Manciaux, 2015, p. 23)

Por su parte Sánchez, S & Rodríguez, F. (2020) anotan que

“en cuanto a la competencia que se les reserva a los árbitros, queda claro que en el laudo arbitral sus facultades quedan supeditadas a discusiones de carácter patrimonial que se desprendan de la constitución o configuración de un acto administrativo, mas no podrán pronunciarse respecto de cualquier aspecto que signifique la revisión de la legalidad de dichos actos. Se refiere esto a aspectos como los de la caducidad de un contrato estatal, su modificación o terminación o cualquier otra hipótesis jurídica que gire en torno a esta naturaleza, pues no se puede olvidar que el Estado actúa en defensa del interés general y que, precisamente porque son actuaciones de orden público, no pueden ser objeto de disponibilidad” (p. 292)

Obsérvese cómo se ha marcado la frontera entre los asuntos sobre los que se puede pronunciar un tribunal de arbitraje y sobre los que no. Inicialmente la doctrina sólo hacía mención de un parámetro muy general de conocer en arbitraje las consecuencias económicas de la controversia, pero casi todos los aspectos de un acto Administrativo en desarrollo y ejecución de un contrato tienen consecuencias económicas. Entonces, luego se precisa que es posible que el laudo se refiera a los asuntos económicos que no signifiquen una cláusula exorbitante como la caducidad, su validez, o terminación unilateral; y una última sub-regla que se plantea es la prohibición de referirse a asuntos que sean de orden público, que impliquen la revisión de legalidad del acto administrativo o su naturaleza.

Ahora, hay una suerte de reglas que gobiernan el arbitraje administrativo y que no se refieren a la competencia, sino a formalidades. Por ejemplo,

“la exigencia de que el arbitraje sea siempre en derecho, no siendo posible que la administración concurra a un arbitraje en equidad (Ley 153/1887, de 24 de agosto, art. 1); en igual sentido, la exigencia de que se trate de arbitraje institucional, no siendo posible arbitraje ad hoc (Ley 153/1887,

de 24 de agosto, art. 2); un decálogo mucho más amplio de materias indisponibles, por ejemplo, el control de legalidad de los actos administrativos que incorporan cláusulas exorbitantes (Sentencia C-1436/2000, de 25 de octubre) o temas que afecten el orden público (Sentencia T-057/1995, de 20 de febrero)” (Moreno, F. 2020, p. 165)

Cumpliendo con el propósito de presentar el régimen actual del arbitraje administrativo en Colombia, se quiere exponer la regulación existente en torno a los recursos que se pueden interponer en contra de un Laudo arbitral. De acuerdo con el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, la ley 1563 de 2012, contra los laudos arbitrales se prevé el recurso extraordinario de anulación consagrado en el artículo 40 de la mencionada norma, las causales para que proceda tienen relación con el debido proceso, por ejemplo:

- “1. La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.
2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.
3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.
4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad (...)” (Congreso de la República, 2012, art. 41)

Por otra parte, en el artículo 45 del estatuto se encuentra el recurso de revisión, cuyas causales se encuentran en el artículo 355 del Código General del Proceso y en general remiten a casos en los que se hay una sentencia condenatoria por la comisión de un delito como falso testimonio, perito condenado, falsedad en documento o cosa juzgada. Como se evidencia, la procedencia de los recursos contra laudos supone una falla en el debido proceso o la existencia de una conducta penalmente reprochable. Una de las únicas causales que puede ser interpretada como de fondo es la relativa *al laudo que se falló en equidad debiéndose fallar en derecho*. Esta causal fue explicada por la jurisprudencia, el consejero ponente Alberto Montaña Plata precisa que en el recurso de anulación se analiza la existencia de uno de los siguientes supuestos debido a que se profirió en equidad, a saber,

- “1. Cuando el laudo se funde exclusivamente en la equidad si debía ser en derecho. 2. Cuando la decisión se haya tomado con ausencia de fundamento jurídico o cuando la fundamentación jurídica presentada por el panel arbitral no sustente lógicamente la decisión. 3. Cuando en esta se observa una total ausencia de un análisis probatorio o cuando el laudo haga referencia a pruebas que no fundamenten objetivamente la decisión” (Ámbito jurídico (a), 2021)

Ahora bien, se encuentra en discusión la utilidad de los recursos que trae la regulación vigente en materia de arbitraje (anulación y revisión). Por un lado, hay una exigencia por parte del arbitraje y

por otro una pequeña resistencia al interior de la Corte Constitucional por terminar de atraer a la competencia del arbitraje los asuntos que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa. Este debate se traduce en el interrogante sobre sí los recursos de revisión y anulación son lo suficientemente garantes ante un error que se llegue a producir en un laudo arbitral, es decir ¿dichos recursos recogen todas las hipótesis posibles? La Corte Constitucional respondió negativamente abriendo la posibilidad de interponer una acción de tutela contra laudos que violen derechos fundamentales.

Para Miguel Malagón y Carolina Moreno (2020) uno de los principales problemas en torno al derecho administrativo es la interposición de tutelas contra laudos arbitrales y la procedencia de las mismas, se considera que “la revisión de algunas decisiones judiciales de tutela permite colegir que existe una tensión entre el carácter contractual y voluntario del arbitraje y el deber de los jueces constitucionales de garantizar la protección de los derechos fundamentales” (Malagón & Moreno, 2020, p. 218). No obstante, para finalizar la presentación del régimen actual del Arbitraje administrativo en Colombia, se anota que la acción de tutela contra laudos es procedente bajo las siguientes reglas:

- “1. La acción de tutela no procede contra laudos arbitrales si está pendiente el trámite del recurso de anulación o si la tutela se funda en las mismas causales. En ninguna circunstancia, le está permitido al juez de tutela inmiscuirse en el fondo del asunto (Sentencia T-608/1998, de 27 de octubre).
2. La procedencia de la acción de tutela está limitada a violaciones graves de derechos fundamentales, no subsanables por la vía del recurso de anulación (Sentencia SU-837/2002, de 9 de octubre).
3. Que no se trate de interpretaciones irrazonables de los elementos de juicio, normativos y contractuales, que puedan configurar un defecto fáctico (Sentencia SU-058/2003, de 30 de enero).
4. La acción de tutela no es un mecanismo para subsanar la ausencia de defensa técnica por inactividad o falta de experticia de las partes (Sentencia T-1228/2003, de 5 de diciembre).
5. La causal de violación al derecho al debido proceso no se haya podido exponer por la vía del recurso de anulación del laudo arbitral (Sentencia T-920/2004, de 23 de septiembre)”. (Moreno, F 2020, p. 168)

### **3. Revisión de los principios de división del poder, legalidad e interés general en el arbitraje.**

Una vez se estableció el régimen actual del arbitraje en Colombia, se procede en este apartado a revisar los fundamentos del derecho administrativo (división de poderes, legalidad, interés general) en el arbitraje; ello con la finalidad de establecer su garantía o por el contrario su vulneración en los laudos arbitrales. En relación al principio de división de poderes, se recuerda que el derecho administrativo si bien surgió como límite al poder monárquico o absoluto al rey, no suponía la eliminación de todas las prerrogativas y facultades del mismo, sino eso, un control que reconocía la supremacía del Estado sobre los particulares. La división de poderes supone la convivencia del poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial, no obstante, el arbitraje administrativo cuando atrae las controversias contractuales con el Estado y juzga al mismo desconociendo las facultades y prerrogativas del poder ejecutivo está vulnerando el principio de división de poderes.

Se evidencian dos expresiones de desconocimiento de las facultades y prerrogativas del Estado por parte del arbitraje, la primera se da cuando se juzga al ejecutivo bajo el parámetro de “equidad” y no con arreglo a las normas administrativas. Recuérdese las palabras del consejero Alberto Montaña Plata quien precisaba que procede un recurso de anulación “cuando el laudo se funde exclusivamente en la equidad si debía ser en derecho”, es decir, que si se puede fundar parcialmente en equidad. Se desconoce la supremacía del Estado cuando se emite un laudo arbitral según el criterio técnico y no el de legalidad, esto debido a que las normas administrativas como normas específicas son expresión del reconocimiento del tratamiento distinto que tienen las relaciones del Estado con los particulares; por lo que no cimentar un fallo en las mismas sino en el criterio técnico, que es igual para todos los sujetos procesales, desatiende los fundamentos del derecho administrativo.

Una segunda expresión del desconocimiento de las prerrogativas del Estado es la erosión de los límites del arbitraje administrativo como la prohibición de pronunciarse sobre la legalidad del acto administrativo, pues dichos límites hoy son vaporosos. Los límites del arbitraje administrativo enunciados en el anterior apartado son una manifestación de la supremacía del Estado al indicar que hay ciertas acciones que solo están en cabeza del ejecutivo, cuando se desconocen esos límites se ignora la supremacía del Estado y con ello la división de poderes. Aunque los mencionados límites existen en el régimen jurídico terminan por no tener contundencia, lo anterior debido que al ser los árbitros auténticos jueces tienen amplias facultades que terminan superando los límites impuestos, pues, sí

“los árbitros están habilitados para declarar la nulidad absoluta de un contrato, de la cláusula compromisoria, de los actos administrativos, se reitera, con excepción de los actos que contienen cláusulas exorbitantes, nada impediría que, en lugar de declarar la nulidad de un acto administrativo ordenará simplemente su inaplicación. En conclusión, siendo el arbitraje de naturaleza jurisdiccional, goza el árbitro de las mismas potestades declarativas que el juez contencioso administrativo (...) En este evento, el árbitro se convierte en el juez de la administración Pública, con la posibilidad de proferir las mismas órdenes que se dictarían en el proceso que se lleve a cabo ante la jurisdicción estatal” (Moreno, F. 2019. p. 26)

Así mismo, aun advirtiendo que los límites existentes al arbitraje administrativo no son suficientes hay corrientes que propenden por la eliminación de los mismos con el ánimo de que el arbitraje ejerza plenamente en estos asuntos que eran de la jurisdicción contenciosa administrativa como si se tratasen de derecho común; aseguran que

“la regulación del arbitraje en varios de los casos estudiados dista de ser autosuficiente ya que en la práctica se ha permitido que a través de mecanismos judiciales, que no son inherentes a la naturaleza de la figura, se abra la puerta para la intervención judicial en un plano que, lejos de ser colaborativo o de apoyo a los tribunales arbitrales, adquiere visos de intervencionismo” (Mancipe y Hernández, 2019, p. 72), lo cual resulta preocupante para las sociedades que se fundan bajo un Estado social de derecho.

Tal pretensión de tratar las controversias contractuales con el Estado como derecho común es inaceptable, pues como ya se explicó en extenso en la primera parte de este escrito, el derecho administrativo tiene un origen y fundamentos que lo diferencian del derecho común. Sólo por recordar, los elementos de un contrato con el Estado son distintos a uno de derecho común, pues incluye “(a) la común intención de las partes; (b) el servicio público que involucra la ejecución de un contrato administrativo: (c) el carácter de colaborador que tiene el contratista de la administración; (d) **las prerrogativas de derecho público y las relaciones entre el poder público y el contrato**” (negrilla fuera de texto) (Rodríguez, L. 2011, p. 56). Un contrato de derecho común no contiene prerrogativas de derecho público ni las relaciones entre el poder público y el contrato, es decir, nada más y nada menos que cláusulas exorbitantes de las cuales sólo gozan los Estados y que al parecer de este artículo son desconocidas por el arbitraje Administrativo y las nuevas corrientes.

En relación a la revisión del principio de legalidad en el actual arbitraje administrativo, como ya se ha podido señalar, el mismo es desatendido. Aunque las normas que regulan el arbitraje administrativo indican que los laudos en los que está involucrada una entidad del Estado deben ser en derecho y que los árbitros no se pueden referir a la legalidad del acto administrativo por ser una facultad solo del ejecutivo; como ya se advirtió dichas disposiciones se quedan en el papel y en el día a día de los tribunales de arbitraje el criterio de legalidad ha sido remplazado por el de equidad.

Ahora, en lo concerniente al principio de interés general, se debe señalar que no es el elemento protagónico en los fallos de los tribunales de arbitraje. La administración de justicia ofrecida por el Estado debe ser aquella que privilegie el interés general sobre cualquier otra facilidad. Lo anterior no implica que se debe castigar irrestrictivamente el tiempo óptimo para fallar y resolver una situación jurídica, pues la dilación de justicia en el tiempo también es considerada injusticia, pero si se deben buscar medidas que agilicen un proceso garante de los principios del derecho administrativo en lugar de renunciar a los mismos.

El anterior argumento es respaldado por Mónica Mancipe e Iván Hernández (2019), quienes aciertan en concluir que las ventajas del arbitraje “son relevantes para grandes empresarios y comerciantes en sus acuerdos contractuales, en el entendido que ahorran dinero y esfuerzos en la resolución de sus controversias, de una manera civilizada, ágil y en igualdad de condiciones tanto sustanciales y formales; tal como podría suceder en un proceso de conocimiento de la jurisdicción ordinaria” (p. 58 y 59), por lo cual se evidencia claramente como el criterio de la rentabilidad de los particulares es el que termina influyendo en el auge del arbitraje administrativo. Tal conclusión es la misma que resulta de las ventajas del Arbitraje descritas por la Ceja en 2016, a saber,

“2. Pagar más en realidad se convierte en pagar menor, pues si bien hay que cubrir unos honorarios, es peor que el proceso se acrecenté o sea sometido a otra jurisdicción donde puede tardar años en ver luces de decisiones, mientras las moran van aumentando y las cláusulas y asperezas continúan en el ambiente, es por ello, que es fundamental el compromiso de acudir con la seguridad de tener una respuesta especializada (...)

4. Solución rápida y avalada por un árbitro experto, que en un tiempo más que prudencial, los ubicara en el paso a seguir, quedando en la mayoría de los casos, en el pasado el asunto, pero guardando como experiencia el caso vivido, mejorando así la calidad en el manejo de las instituciones, reflejándose en quienes la conozcan” (Ceja, 2016, p. 25 y 26)

Ahora bien, la postura que sostiene este artículo parte de inferir que el proceso ágil que surgió de las asociaciones gremiales muchos años atrás no tiene la capacidad de garantizar los principios básicos del derecho administrativo como lo es el interés general, ello a pesar de existir en la normatividad límites que intentan cumplir tales objetivos como la obligación de emitir un fallo en derecho o que el arbitraje sea institucional, pues los mismos no son suficientes. A decir verdad “la mayoría de los laudos arbitrales en derecho emitidos por los tribunales de arbitraje en Colombia tienen un componente de equidad y de conocimientos técnicos y nuestra legislación, la doctrina y la jurisprudencia, como la expedida por la Corte Constitucional” (Mancipe y Hernández, 2019, p. 61). Por lo tanto, lo que se evidencia en los laudos arbitrales que resuelven controversias contractuales con entidades públicas es el triunfo del criterio técnico sobre el de derecho, sobre el interés general de la sociedad, desconociendo así los elementos definitorios del derecho administrativo.

### **3.1 Arbitraje como expresión de la huida del derecho administrativo, efectos contraproducentes.**

Una vez se ha establecido que el arbitraje desconoce los fundamentos del derecho administrativo, se busca en la literatura cómo se puede denominar tal fenómeno. Para ser precisos sobre la situación que aquí interesa, el objeto que se quiere estudiar en esta oportunidad es “el fenómeno según el cual, muchas entidades, actividades, servicios o funciones, que se sometían y regulaban tradicionalmente por el derecho administrativo, han pasado a ser reguladas por el derecho privado” (Tamayo, 2010, p. 27), es decir la “tendencia en la que el derecho administrativo estaría perdiendo cada vez más protagonismo y espacios de regulación frente al derecho privado, situación que se ha conocido en su contexto como la huida o crisis del derecho administrativo” (Tamayo, 2010, p. 21). La literatura denomina y entiende este fenómeno de distintas formas, algunos autores lo han designado como “privatización del derecho administrativo” o “huida del derecho administrativo”.

Por ejemplo, Santofimio afirma que “la vigencia o no del derecho administrativo en determinados fenómenos administrativos es, ante todo, propio de la dinámica natural de la ciencia jurídica, que en cuanto fenómeno dialéctico adquiere el movimiento y la transformación necesaria según las circunstancias” (2001, p.174-181 citado por Serrano, 2015, p. 24-25). Barrojo Iniesta (1993) menciona que sólo hay una huida de las normas administrativas. No obstante, se advierte que este fenómeno puede intencionalmente eludir “derechos, garantías, principios, trámites, procedimientos, controles y responsabilidades que son más exigentes y garantistas en el derecho

administrativo que en el privado” (Serrano, 2015, p. 26), debiéndose construir un derecho administrativo que acoja las nuevas dinámicas.

Ariño Ortiz sostiene que “la huida del derecho administrativo se identifica con un sorprendente proceso de privatización del Estado” (2003, p. 93 citado por Fernández, 2021, párr. 30). Por su parte, Serrano Salomón (2015) estudia la huida del derecho administrativo como un fenómeno propio del régimen jurídico español que se ha presentado desde las dos últimas décadas del siglo pasado y se intenta analizar en el caso colombiano. El fenómeno surge a partir del modelo de descentralización por servicios para lograr una tecnificación y profesionalización del servicio. Resume las diferentes opiniones alrededor del tema concluyendo que “mientras en un extremo encontramos posiciones que cuestionan la validez del uso del derecho privado por parte de la administración, en el otro extremo no hay reproche alguno, existiendo, en el entre tanto, posiciones intermedias sobre dichos extremos” (Serrano, 2015. p. 11).

En relación a que ocasiona la huida del derecho administrativo Lina Escobar sostiene que “la eficacia ha sido la razón más utilizada para fomentar la tendencia de la huida del derecho administrativo, al permitirle al estado actuar con un margen de discrecionalidad, agilidad y competitividad cada vez más alto, lo cual le ha facilitado al estado cumplir con los fines propuestos por la carta política en cuanto a la prestación de servicios y la satisfacción del interés general” (2008, párr. 39). En consonancia, Rivero Arango explica la privatización del derecho administrativo como la preocupación del gobierno por alcanzar la eficiencia, que es “uno de los soportes de la actividad de la administración pública; sin embargo, hay que establecer si el objetivo del Estado es privatizar la administración pública o es otra forma de buscar la eficiencia en manos de los particulares” (2010, p.121).

Fernández y López también consideran que “la falta de eficacia por parte de la administración pública en su actuación unido a las restricciones excesivas que la Ley imponía a esa actuación administrativa, provocó un movimiento legal, esto es, la aparición de nuevas leyes que se encontraban orientadas a solucionar el problema de la gestión pública introduciendo la gestión privada en la administración, la cual otorgaba buenos resultados a los entes privados que se movían en el mercado” (2017, p. 15). Otra causa del fenómeno estudiado es de tipo económico, Tafur Galvis en 1996 mencionaba que la huida de derecho administrativo respondía a “la necesidad de alcanzar agilidad, eficacia y eficiencia en la gestión y en la protección cabal a la libre iniciativa y

a la libre competencia entre los agentes económicos, abstracción hecha de su origen” (Tafur, 2016, p. 121 citado por Forero, 2021, p. 31), postura que tiene más adeptos el día de hoy.

Hay autores que niegan que haya una “huida” del derecho administrativo, por ejemplo, Forero afirma que el derecho administrativo nunca desaparecerá, sino que está en constante transformación a la par que el Estado muta. Algunos ejemplos de transformación son:

“i) gestión pública a cargo de los particulares, ii) las formas de gestión pública a cargo de los particulares y iii) la aplicación del derecho privado a la gestión de lo público (...) a través de la empresa pública; b) a través de la utilización de formas y régimen jurídico privado para la realización de actividades típicamente administrativas; y c) a través de privatización del propio derecho administrativo” (Forero, 2021, p. 20)

Otras posturas que niegan la tesis de la “huida” optan por denominar a las transformaciones presentadas como nuevas categorías, por ejemplo, Lina Escobar (2008) emplea las denominaciones de derecho administrativo privado o derecho administrativo renovado. No obstante, las implicaciones del arbitraje en el derecho administrativo no podrían considerarse transformaciones ni renovaciones del derecho administrativo, pues no se trata de modificaciones marginales, sino del desconocimiento de lo que se ha considerado los fundamentos del derecho administrativo. Mal podría llamarse a tal fenómeno una actualización, pues lo que hace es cambiar por completo los principios base de esta rama del derecho.

Hasta el momento se ha dicho con fundamento que el arbitraje administrativo es reflejo de una huida al interior del derecho administrativo, pero este artículo va más allá al tomar una postura al respecto, la cual sostiene que tal situación es problemática y erosiona los fundamentos del derecho administrativo y del Estado mismo. Posiblemente la anterior postura que se ubica en un extremo del debate y parezca un ataque al arbitraje, pero a continuación se esgrimen los argumentos que sustentan la misma.

Si se vuelven a analizar las ventajas del Arbitraje en las diferentes áreas del derecho, todas ellas se reducen a la agilidad que representa este mecanismo en comparación con el tradicional proceso judicial. Sin embargo, la pregunta que debe hacerse el académico es si la agilidad debe ser el fin perseguido por una adecuada administración de justicia, sí es la agilidad la garantía que debe brindar el Estado en sus interrelaciones con los particulares, y la respuesta que se encontrara es negativa.

Al analizar los efectos del uso del arbitraje en controversias contractuales en las que está involucrada una entidad pública los resultados no son positivos, se evidencia un alto porcentaje de

procesos en los cuales el fallo proferido es en contra de la entidad pública, y la gran mayoría implica una condena pecuniaria de varias cifras. Se hizo una revisión de los laudos arbitrales proferidos por dos de las principales cámaras de Comercio del país, la Cámara de Comercio de Bogotá y la Cámara de Comercio de Cali. En el primer caso la información fue filtrada por “autor” es decir, el árbitro. Se escogió el árbitro con mayor número de laudos proferidos, el cual corresponde a treinta y cuatro (34), de los cuales ocho (8) involucran a una entidad pública, es decir, el 25%. De estos ocho laudos, seis (6) tuvieron un resultado negativo para la entidad estatal y sólo dos (2) un resultado favorable. Las entidades involucradas fueron la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), el Banco Agrario de Colombia, la Agencia Nacional de Minería, Transmilenio S.A, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Banco de la República, y la Contraloría de la República.

En el caso de la Cámara de comercio de Cali, se hizo el rastreo independientemente del árbitro, la revisión se hizo por todo el tribunal de Arbitraje desde el 2012 hasta el 2019, periodo en el cual se profirieron doce (12) laudos arbitrales que involucran a una entidad pública, de los cuales nueve (9) se fallaron en contra de la misma, es decir el 80% de los laudos que involucran a un ente estatal en un rango de ocho años fue desfavorable al mismo. Algunos de los entes inmersos en dichas controversias fueron el municipio de Popayán, Metro Cali, el Distrito de Buenaventura, Hospital Isaias Duarte Cancino ESE y el Departamento del Valle del Cauca.

En la revisión realizada se confirma lo ya mencionado líneas arriba, los actuales límites al arbitraje administrativo que aseguran que el mismo no puede referirse sobre la legalidad del acto administrativo no tienen efecto cuando los árbitros tienen las facultades de cualquier otro juez como la de declarar la nulidad del Acto Administrativo; así se refleja en uno de los laudos estudiados: “En relación con la pretensión tercera principal de la demanda, declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Auto VSC-104 del 21 de mayo de 2020, proferido por la Vicepresidencia de Seguimiento, Control y Seguridad Minera de la Agencia Nacional de Minería –ANM–” (Cámara de comercio de Bogotá, 2021, p. 184)

### **Conclusiones**

Una vez se estudió el surgimiento del arbitraje administrativo y el actual régimen normativo que regula la materia en Colombia, se llega a la conclusión que el arbitraje administrativo es una de las principales expresiones que acrecienta hoy la “huida del derecho administrativo”. Adicionalmente,

se detalló en el último apartado porque tal situación es considerada problemática y termina afectando gravemente los fundamentos básicos del derecho administrativo como lo son la distribución del poder, la legalidad y especialmente el interés general. Así mismo, se evidencia cómo el auge del arbitraje administrativo puede estar incidiendo gravemente en los asuntos nacionales como la explotación de hidrocarburos en el país y finalmente en la “salud” de las economías de cada Estado, ello teniendo en cuenta las condenas recibidas en los laudos arbitrales proferidos.

El fenómeno, la “huida del derecho administrativo”, data de por lo menos mediados del siglo XX refiriéndose preponderantemente a la desconcentración de servicios públicos en particulares, la privatización de entidades públicas, y la influencia del derecho privado en el marco jurídico del derecho administrativo. Posteriormente se vio reflejado en otras dos expresiones, a saber, la creación de regímenes mixtos o especiales y la tendencia a la solución de conflictos administrativos por tribunales de arbitramento, siendo esta última expresión la más novedosa que se identifica y que este artículo revisó.

Los resultados encontrados hacen parte de una tendencia, no es casualidad que haya una inclinación a proferir fallos contra entidades públicas. Como ya se ha mencionado, hay una corriente paradigmática por privatizar el derecho administrativo y que las relaciones de los Estados se acoplen a los parámetros comerciales y financieros impuestos por sujetos que se encuentran en el mercado. Lo que se ha querido evidenciar es que los tribunales de arbitraje no cuentan con la imparcialidad que debe revestir un juez, pues su bandera del criterio “técnico”, que de por sí no integra los principios básicos del derecho administrativo, se ha traducido en un interés por no castigar la inversión, por no enviar estímulos negativos al mercado y en ese sentido condenar preferentemente a los entes públicos.

Resulta paradójico que no se activen las alarmas cuando hay una condena contra entes públicos o los Estados conociendo que estas también afectan las económicas nacionales y que se tratan de montos elevados que pagan los ciudadanos con sus impuestos. Es decir, hay un desconocimiento completo por el interés general. Como se puede observar, el estado del conocimiento alrededor del tema de análisis se encuentra avanzado y es dinámico, esto se debe a que el objeto de estudio que es el derecho administrativo se encuentra en una estrecha relación con la categoría de “Estado”, la cual también está en constante cambio y es objeto de estudio por varios expertos. Es así como ya

se identificaba que en la medida que el Estado cambia sus funciones también y en correspondencia el derecho administrativo debía actualizarse.

Este estudio es un llamado de atención para que se impulse una regulación más exhaustiva en la materia que signifiquen verdaderos límites al arbitraje cuando se tratan de controversias contractuales en las cuales una de las partes es un ente público, y así mismo garantizar en dicha regulación los fundamentos básicos del derecho administrativo, consiguiendo con ello una reivindicación de esta rama del derecho en medio de un panorama álgido para un derecho garantista. Este artículo no hace en principio una apuesta por eliminar el arbitraje administrativo, es decir, prohibir que los tribunales de arbitraje conozcan de las controversias con entes públicos y devolver así por completo la competencia a la jurisdicción contenciosa.

Lo anterior teniendo en cuenta que justamente una de las causas de que el arbitraje sea frecuentemente empleado es la garantía de ofrecer una rapidez del proceso en comparación con la congestionada jurisdicción contenciosa. Por lo tanto, pensar en una prohibición del arbitraje administrativo se traduciría rápidamente en un aumento de la congestión de la jurisdicción administrativa. En ese sentido, se propone dotar la jurisdicción contencioso administrativa de los beneficios del arbitraje como la rapidez y en el proceso para alcanzar dicho objetivo expedir una regulación del arbitraje administrativo para que este incorpore los principios de división de poderes, legalidad e interés general.

## **Bibliografía**

- Ambito Jurídico (a). (31 de mayo de 2021). *El país está en mora de un verdadero Estatuto de Contratación*. Recuperado el 2022, de ISSN 2805-6396: <https://www-ambitojuridico-com.sibulgem.unilibre.edu.co/noticias/en-ejercicio/administrativo-y-contratacion/el-pais-esta-en-mora-de-un-verdadero-estatuto>
- Ambito Jurídico (b). (01 de septiembre de 2021). *Laudo recurrido puede anularse cuando se ha fallado en equidad, debiendo ser en derecho*. Obtenido de ISSN: 2805-6396: <https://www-ambitojuridico-com.sibulgem.unilibre.edu.co/noticias/administrativo/laudo-recurrido-puede-anularse-cuando-se-ha-fallado-en-equidad-debiendo-ser>
- Cámara de comercio Bogotá. (2023). *Laudos arbitrales*. Recuperado el 9 de enero de 2023, de [https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/24370/discover?rpp=10&etal=0&group\\_by=none&page=1&filtertype\\_0=author&filter\\_relational\\_operator\\_0=equals&filter\\_0=Bonivento+Jim%C3%A9nez%2C+Jos%C3%A9+Armando](https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/24370/discover?rpp=10&etal=0&group_by=none&page=1&filtertype_0=author&filter_relational_operator_0=equals&filter_0=Bonivento+Jim%C3%A9nez%2C+Jos%C3%A9+Armando)

- Cámara de Comercio de Bogotá. (9 de diciembre de 2021). *Laudo de Tribunal de Arbitraje Cerro Matoso S.A Vs. Agencia Nacional de Minería (ANI)*. Recuperado el 10 de enero de 2023, de <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/27756/125194%20CERRO%20MATOSO%20S.A.%20VS.%20ANM%2009%2012%202021.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cámara de Comercio de Cali. (2023). *Centro de conciliación arbitraje y amigable composición*. Recuperado el 9 de enero de 2023, de <https://www.ccc.org.co/programas-y-servicios-empresariales/centro-de-conciliacion-arbitraje-y-amigable-composicion/arbitraje/laudos-arbitrales/>
- Carbajales, M. (2022). Los contratos de asociación público privada ¿Novedad o huida del derecho administrativo? *Revista digital de Derecho Administrativo*(27), 193-224. Obtenido de <https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#search/jurisdiction:CO,EA/huida+derecho+administrativo/WW/vid/879198205>
- CEJA. (2016). Mecanismos alternativos de resolución de conflictos. *Sistemas Judiciales*, 20(16). Obtenido de <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-20-web-14-marzo-2017.pdf>
- Escobar, L. (2008). La huida del derecho administrativo. *Revista universitaria Utadeo*. Recuperado el 1 de septiembre de 2022, de <http://www.lexbasecolombia.net.sibulgem.unilibre.edu.co/revistauniversitaria/utadeo/la%20huida%20del%20derecho.htm>
- Esplugues, C. (2018). *Arbitraje y derecho administrativo. Teoría y realidad*. Universidad de Valencia. Tirant lo blanch. Obtenido de <https://biblioteca-tirant-com.sibulgem.unilibre.edu.co/cloudLibrary/ebook/show/9788491907633>
- Fernández, F., & López, F. (2017). La huida del derecho administrativo en la administración pública española. *Revista de Derecho y Cambio*. Obtenido de <http://www.derechoycambiosocial.com/>
- Forero, C. (2021). El régimen jurídico de las empresas industriales y/o comerciales del Estado, ¿derecho administrativo o derecho económico? *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 51(134), 52-82. doi:<https://doi-org.sibulgem.unilibre.edu.co/10.18566/rfdcp.v51n134.a03>
- García, M. (2014). La justicia administrativa en tiempos de crisis: Una apuesta por el arbitraje. *Revista Eurolatinoamericana en Derecho administrativo*, 1(1), 217-232. Obtenido de <https://app-vlex-com.ezproxy.unal.edu.co/#search/jurisdiction:CO,EA,XM,CP/derecho+administrativo+arbitraje/p2/WW/vid/878328314>
- Loquin, E., & Manciaux, S. (2015). *El orden público y el arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario. ISBN: 978-958-738-622-2.
- Malagón, M., & Moreno, C. (2020). *Problemas actuales del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad de los Andes. ISBN: 978-958-774-932-8.
- Mancipe, M., & Hernández, I. (2019). El principio de la autonomía de la voluntad contractual vs el control jurisdiccional constitucional en los laudos arbitrales. *Revista E-Mercatoria*, 18(1). doi:<https://doi-org.ezproxy.unal.edu.co/10.18601/16923960.v18n1.03>
- Moreno, F. (julio de 2019). El arbitraje en derecho administrativo y la excepción de ilegalidad en Colombia. *Revista General de Derecho público Comparado*. ISSN: 1988-5091(25). Obtenido de <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/11520/25909/La%20excepci%C3%B2n%20d>

e%20ilegalidad%20en%20el%20arbitraje%20de%20derecho%20administrativo%20colombiano%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Moreno, F. (2020). Arbitraje de derecho administrativo y fuerza vinculante del precedente constitucional en Colombia. *Revista de Derecho*, 156-179.
- Mürrle, A. (2005). La competencia arbitral en relación con las controversias derivadas de contratos estatales. *Revista foro derecho mercantil*(6). Obtenido de [https://xperta.legis.co/visor/rmercantil/rmercantil\\_7680752a7fbd404ce0430a010151404c/revista-foro-de-derecho-mercantil/la-competencia-arbitral-en-relacion-con-las-controversias-derivadas-de-contratos-estatales](https://xperta.legis.co/visor/rmercantil/rmercantil_7680752a7fbd404ce0430a010151404c/revista-foro-de-derecho-mercantil/la-competencia-arbitral-en-relacion-con-las-controversias-derivadas-de-contratos-estatales)
- Naizir, J. (2019). Arbitrabilidad objetiva ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho? *Vniversitas. ISSN: 0041-9060*(139). Obtenido de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/27246>
- Observatorio región Bogotá del Centro de Arbitraje y conciliación. (2022). *Laudos proferidos anualmente en arbitraje nacional en el CAC*. Recuperado el 21 de marzo de 2023, de <https://www.ccb.org.co/observatorio/Entorno-para-los-negocios/Entorno-para-los-negocios/Mecanismos-de-resolucion-de-conflictos>
- Rivero, J. (2011). La administración pública en Colombia privatización y modernización. *Temas sociojurídicos*, 28(59). Obtenido de <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/1355>
- Rodríguez, J. (2016). El Derecho administrativo global: El espacio jurídico-administrativo iberoamericano. En J. Rodríguez, *El derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones*. Instituto Nacional de Administración Pública INAP. ISBN: 978-84-7351-548-1.
- Rodríguez, J. (2021). *Tratado de derecho administrativo*. (Vol. 1). Marcial pons, ediciones jurídicas y sociales. Obtenido de <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=3411716&lang=es&site=eds-live>
- Rodríguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*(66), 55-87.
- Sánchez, S., & Rodríguez, F. (2020). Eficiencia del arbitraje en la garantía del derecho de acceso a la administración de justicia. *Revista virtual Via Inveniendi et Iudicandi. VIeI*, 15(2), 279-299.
- Santofimio, J. (2010). Fundamentos constitucionales del Derecho administrativo colombiano. *Revista de Derecho administrativo y constitucional*.
- Serrano, D. (2015). La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas. *Revista de Dercho público*(34). Obtenido de <https://app-vlex-com.sibulgem.unilibre.edu.co/#search/jurisdiction:CO,EA/huida+derecho+administrativo/WW/vi d/584904570>
- Tamayo, D. (2010). *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones- Tendencias del Derecho administrativo*. Medellín: Universidad de Antioquia. ISBN: 978-958-997-012-6.
- Valencia, D. (2021). La Constitución de 1991 y la contratación estatal. Visiones conflictivas y deficiencias en el diseño del Estado. *Estudios de Derecho*, 78(172), 175-196. doi:10.17533/udea-esde-v78n172a07

Villalba, J. (2008). Orígenes y panorama actual del arbitraje. *Prolegómenos. Derechos y valores*, 11(22).  
Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf>