

# LOS JUECES DEL DIABLO FRONTERAS DE LA JUSTICIA ARBITRAL EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Dr. JUAN JORGE ALMONACID SIERRA

Fecha de recepción: 29 de abril de 2011 - Fecha de aceptación: 3 de junio de 2011

## Resumen

*Un desacierto recorre Colombia, el equívoco de que la competencia de los Árbitros es directamente proporcional a la cuantía de sus honorarios, desatino que está ahondando el “peor” de los menoscabos que puede soportar el arbitraje: la “pérdida del honor”. Frente a los reiterados eventos de competencia errada, y en especial de manifiesta falta de competencia, en los que los Árbitros auto-definen positivamente su propia competencia, cobran sus altos honorarios, siguen el proceso y profieren un laudo que posteriormente es declarado nulo por error orgánico de falta de competencia, ya es hora de que el Legislador prevea como consecuencia la devolución de los emolumentos pagados a los Árbitros, debidamente actualizados.*

**Palabras clave:** *Contratación administrativa, arbitramento de actos administrativos, anulación laudos arbitrales, pérdida de honorarios de los árbitros.*

## Abstract

*A mistake travels Colombia, the misunderstanding that the jurisdiction of the arbitrators is directly proportional to the amount of their fees, nonsense that is deepening the "worst" of damages that can support the arbitration: the "loss of honor". Regarding the repeated mistakes of jurisdiction, and especially apparent lack of jurisdiction, in which the arbitrators self-defined, positively, their jurisdiction collecting their high fees, follow the process and uttered an award that is subsequently declared invalid because organic mistake of lack of jurisdiction. It is time that the legislator provides as a result the return of the emoluments paid to the arbitrators, duly updated.*

**Keywords:** *Administrative contracts, arbitration of administrative action, arbitration awards cancellation, loss of fees of the arbitrators.*

*La avaricia se ha adueñado de tal manera de los hombres, que en vez de ser ellos los que poseen las riquezas, parecen ser éstas las que los poseen a ellos (Plinio).*

## **INTRODUCCIÓN: “PÉRDIDA DE HONOR”.**

Un desacierto recorre Colombia, el equívoco de que la competencia de los Árbitros es directamente proporcional a la cuantía de sus honorarios, desatino que está ahondando el “peor” de los menoscabos que puede soportar el arbitraje: la “*pérdida del honor*”.

El profesor Jorge Eduardo Chemas Jaramillo ha sido quien ha advertido que quizás la “peor” de las pérdidas que ha sufrido el arbitraje es la “*pérdida del honor*”, debido a que, cualquiera que sea la calidad de los Árbitros que los dicten, los laudos han dejado de ser una “*suprema*” expresión de lo jurídico, para ser considerados, hoy día, no más que una forma “*elegante*” de esquilmar al Estado (Chemas, 2008, 6).

¿Y aun cuando también se preguntó ¿cuál ha sido la “*lamentable*” evolución de este “*menosprecio*”?, el profesor Chemas Jaramillo ha sido quien, en vez de buscar las causas de este deterioro al interior de la Justicia Arbitral, ha optado por culpar a la Ley y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado de ser los responsables de estructurar una “*maraña*” de restricciones “*impropias*” al “*amplio*” espectro del arbitramento, que “*ab initio*” traza la Constitución (Chemas, 2008, 1, 3).

El distanciamiento con la *auto-crítica* y la *auto-regulación* ha impedido que el gremio del arbitraje se percate que, con el fin de no dejar pasar la atrayente remuneración que brinda el arbitramento de los conflictos y con base en la doctrina de distraídos autores, algunos Árbitros se figuran que pueden ensanchar su *transitoria* y *restringida* autoridad jurisdiccional, estructurando, a su conveniencia y en su provecho, fingidos salvoconductos interpretativos para invadir la zona vedada a la Jurisdicción Arbitral, ardid hermenéuticos que los Jueces naturales permanentes se han visto obligados a desenmascarar y atajar.

De ahí que sea pertinente pasar revista y divulgar pronunciamientos de las altas cortes en los que se le ha puesto cortapisa a esta nociva práctica, que de no remediarse oportunamente seguirá socavando la legitimidad y confianza en el arbitramento como mecanismo alternativo y eficaz para la solución de los conflictos, “*ardid*” frente a que es justo destacar que, desde luego, la firme ética personal y profesional de

algunos Árbitros ha dado ejemplo del *auto-respeto* de los confines de la Jurisdicción Arbitral<sup>1</sup>.

De los dictámenes impartidos por la máxima autoridad de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, al precisar específicamente el alcance de la causal de anulación de los laudos establecida en el numeral 8° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 [*haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los Árbitros*], a continuación se analiza algunos supuestos que configuran el defecto orgánico por falta absoluta de competencia de los Árbitros cuando el laudo recae sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral o que no eran susceptibles de ser sometidas a arbitramento.

Anomalías que adicionalmente, en el ámbito de la Jurisdicción Constitucional, se erigen como una de las causales frente a las que procede la acción de tutela contra providencias judiciales, al infringir los Árbitros sus deberes legales de: **(i)** abstenerse de asimilar la cláusula compromisoria *restringida* al pacto arbitral *general* que abarca *todos* los conflictos transigibles que surjan de la relación contractual, y **(ii)** reconocer y aceptar que, por regla general, el juzgamiento de las diferencias que versen sobre actos *administrativos* está reservado a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La resistencia a respetar las fronteras de la Justicia Arbitral, que también viene ocasionando graves secuelas jurídico-económicas a quienes erradamente suponen

---

<sup>1</sup> En cuanto a las bondades del arbitramento usualmente se enfatizan las de ser, de una parte, una justicia especializada administrada por expertos en los asuntos que son objeto de la situación litigiosa, expertos que además son de plena confianza de las partes que forman parte del litigio, toda vez que han sido designados por ellos mismos, y de otra, una justicia rápida y eficaz, en el sentido de que proporciona una decisión que pone fin a la situación litigiosa en un término considerablemente inferior al que tardaría dicha solución en la justicia formal del Estado (Expósito, 2009, 3, 4).

Bondad esta última que se está poniendo en entredicho debido a que, no obstante que el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo claramente dispone que el Juez debe *rechazar de plano* la demanda cuando haya vencido el término de *caducidad* para instaurarla, con la tolerancia de los agentes del Ministerio Público, la “*tendencia uniforme*” de la jurisprudencia arbitral ha sido la de “*esperar*” para hacer el pronunciamiento de “*fondo*” en el laudo, conducta que muchas veces obliga a las partes a incurrir en los elevados costos asociados al arbitramento, para finalmente informarles que el asunto no puede ser definido de *fondo*, dado que la demanda no reúne un presupuesto procesal de la acción y la carencia de competencia de los Árbitros, al no haberse interpuesto la demanda en tiempo, compromete la debida constitución del Tribunal de Arbitramento.

Frente a esta cuestionable *tendencia* hay Árbitros que, además de salvar su voto, han optado por renunciar al Tribunal como muestra de la puesta en práctica de la convicción ética que impide beneficiarse de unos honorarios a los que no se tienen derecho, ejemplo, frente al que lamentablemente las salas arbitrales mayoritarias han respondido *censtando* a los apoderados de las partes por dejar constancia de que no es legalmente procedente, ni *ético*, continuar con el proceso para finalmente proferir un fallo *inhibitorio* (Ver salvamento de voto y renuncia del doctor GABRIEL DE VEGA PINZÓN, en Colombia, Acta No. 17 del 8 de julio de 2009 del Tribunal de Arbitramento de Servimédico IPS y Tu Salud Ltda contra Cajanal S.A. EPS en Liquidación, Cámara de Comercio de Bogotá, D.C.).

que, al sufragar las elevadas erogaciones inherentes al arbitramento, las diferencias surgidas en sus actividades económicas serán resueltas *pronto* y de *fondo*, se ha visto estimulada por la omisión del Legislador de establecer la *sanción* que se debe imponer a los Árbitros que se obstinan en declarar su competencia respecto de asuntos que les está vedado, es decir, que se empecinan en sustituir el fatigado rótulo de “*abogados del diablo*” por el debutante marbete de “*jueces del diablo*”, que nunca “*pierden*”<sup>2</sup>.

## **1. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE HABILITACIÓN EN LA SUPUESTA COBERTURA “UNIVERSAL” DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA**

### **1.1. El supuesto principio de “universalidad” y el presunto “fuero de atracción” de la cláusula compromisoria**

De acuerdo con la definición legal prevista en el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, la cláusula compromisoria es el *pacto* contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes *acuerdan* someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

Al abordar y explicar el principio de la “*universalidad*” de la cláusula compromisoria, el profesor Jorge Hernán Gil Echeverry categóricamente afirma que “la previsión de que esta cláusula se extiende a *todas* las diferencias que puedan surgir de la relación contractual, indica que el pacto arbitral *cobija* los conflictos que se presenten, no solamente durante la *ejecución o cumplimiento* del contrato, sino igualmente los que tengan relación con la *extinción, terminación o liquidación* del contrato, aspectos que

---

<sup>2</sup> El artículo 165 del Decreto 1818 de 1998 dispone que los Árbitros “*no tendrán derecho a la segunda mitad de los honorarios*” si el recurso de nulidad del laudo prospera con fundamento en las causales dos (2) (no haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal), cuatro (4) (cuando sin fundamento legal se dejan de decretar pruebas oportunamente solicitadas o dejan de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas), cinco (5) (haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso Arbitral o su prórroga) ó seis (6) (haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho) del citado artículo 163. Así mismo, cuando es disidente y no suscribe el laudo. Adicionalmente, el Árbitro está obligado a devolver los honorarios recibidos en los siguientes casos: **i)** cuando deja de asistir a las audiencias por dos veces, sin causa justificada, supuesto en que la devolución se hará con un incremento del 25% de la suma recibida, **ii)** cuando deja de asistir a las audiencias por tres veces, aunque sea en forma justificada, **iii)** cuando renuncie o sea removido por ausencia justificada, **iv)** si el litisconsorte necesario no puede ser citado dentro del término legal, o una vez citado no adhiere al pacto arbitral. En este último caso, el profesor Julio Benetti Salgar aclara que se aplica lo dispuesto para el caso de *incompetencia* del Tribunal, sin embargo, advierte que existen otros casos en que pierde su calidad, sin que esté obligado a devolver honorarios, porque la Ley no lo dispone y estas normas son de “*interpretación restrictiva*” dada la índole de los preceptos que contienen. Esto sucede cuando prospera un impedimento o una recusación, o el Árbitro fallezca o quede incapacitado (Benetti, 2001, 148 - 150).

de ninguna forma pueden calificarse como *ajenos* a la relación contractual” (Gil, 2004, 102) <sup>3</sup>.

Según este tratadista, puede afirmarse que la cláusula compromisoria “goza de un atributo *especial* de supervivencia respecto de la finalización, extinción o liquidación del contrato al cual se refiere”, y debe concluirse que uno de los efectos “*prácticos*” del principio de la “*cobertura universal*” de la cláusula compromisoria consiste en la aplicación del denominado “*fuero de atracción*” para “*todas*” aquellas materias íntimamente ligadas al contrato que contiene la cláusula compromisoria, aun respecto a los denominados contratos “*dependientes o conexos*” (Gil, 2004, 104, 106).

Frente a los hipotéticos “*principio de universalidad*” y “*fuero de atracción*” del pacto arbitral, forzosamente se debe tomar en cuenta que la Corte Constitucional ha enfatizado que una de las cuestiones *medulares* del arbitraje es la atinente a las *materias* que pueden ser objeto de arbitramento, tema que es especialmente relevante en el ámbito de lo contencioso administrativo porque en él una de las partes es una entidad pública de algún orden y los asuntos en controversia no siempre son *exclusivamente* económicos<sup>4</sup>.

La presencia de un sujeto *especial* en la relación jurídica de la cual se desprende el litigio puesto a consideración de la justicia, como lo es la Administración Pública, ha ocasionado que la legislación y la jurisprudencia edifiquen *severos límites* que han moldeado una fisonomía *particular* del arbitramento en los contratos estatales (Expósito, 2009, 4).

Aunque históricamente en el derecho colombiano se ha permitido utilizar la solución de la justicia arbitral a los litigios derivados de los contratos estatales, desde muy temprano el Legislador impuso ciertos *límites* relacionados con la proscripción del arbitraje *independiente e institucional* y la prohibición de que los Árbitros fallen en *equidad*, lo que ha conllevado a que en el ámbito de los contratos estatales necesariamente se haya permitido solamente el arbitraje *legal* y el fallo en *derecho*, arbitraje del que, desde un inicio, se han excluido las controversias derivadas de la aplicación de las cláusulas exorbitantes (Expósito, 2009, 8,14,15)<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> En relación con el *potencial* alcance de la cláusula compromisoria en el ámbito de la contratación administrativa, los Estatutos General de Contratación Estatal y de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, disponen que en los *contratos estatales* “*podrá* incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de Árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la *celebración* del contrato y de su *ejecución*, desarrollo, *terminación* o liquidación” (ver artículo 70 de la Ley 80 de 1993, incorporado en el artículo 228 del Decreto 1818 de 1998).

<sup>4</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, sentencia SU-174/07 del 14 de marzo de 2007, referencia: expediente T-980611.

<sup>5</sup> En el arbitraje *independiente* las partes pactan las reglas de procedimiento; en el arbitraje *institucional* las partes se someten al procedimiento previsto por un centro de arbitraje; en el arbitraje

De ahí que no resulte extraño que lo primero que la jurisprudencia constitucional ha señalado es que el arbitramento tiene *límites* materiales, en el sentido de que *no todos* los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros, pues existen ciertas materias que, por su naturaleza *no transigible* ni sujeta a *disposición*, deben necesariamente ser resueltas por los Jueces de la República:

*“Esta Corporación ha avalado el límite material del arbitramento, al señalar que no toda cuestión materia de controversia, no obstante la habilitación de las partes, puede ser sometida genéricamente a la decisión de árbitros. (...) En este contexto, se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible - capacidad legal de disposición -. Así, frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes” (resaltado fuera de texto)<sup>6</sup>.*

Dentro de los asuntos *sustraídos*, por su naturaleza, de la Jurisdicción Arbitral, la Corte Constitucional ha indicado que las cuestiones que involucran el orden público, la soberanía nacional, el orden constitucional y el control de legalidad de los actos administrativos, están reservados a la Jurisdicción Permanente del Estado<sup>7</sup>.

En consecuencia, la *ratione materiae*, la *arbitrabilidad objetiva* o los límites materiales del arbitramento, excluyen, de tajo, el supuesto principio de “*universalidad*” de la cláusula compromisoria y restringen severamente el presunto “*fuero de atracción*” del pacto arbitral, que no puede ni siquiera, en *abstracto*, alcanzar y cobijar la totalidad de relación contractual estatal, en la medida en que también están *sustraídos* de la Jurisdicción Arbitral los actos administrativos contractuales proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales de declaración de la caducidad y de interpretación, modificación y terminación unilaterales del contrato, previstos y regulados en el Estatuto General de Contratación Estatal.

---

*legal* las partes obligatoriamente se deben sujetar al procedimiento legalmente establecido. Se entiende por arbitraje en *derecho* aquel en el que los Árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente; y por arbitraje en *equidad* o en conciencia, aquel en que los Árbitros deciden según el sentido común y la equidad (Parra, 1999).

<sup>6</sup> Colombia, Sentencia C-098 de 2001 citada en Corte Constitucional, Sala Plena, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, sentencia SU-174/07 del 14 de marzo de 2007, referencia: expediente T-980611.

<sup>7</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, sentencia SU-174/07 del 14 de marzo de 2007, referencia: expediente T-980611.

No está demás anotar que los *límites* y la fisonomía *particular* del arbitramento en el ámbito del derecho administrativo no siempre han sido bien venidos, por eso no es una sorpresa que Chemas Jaramillo los haya acusado de restringir *impropiamente* el acceso a la justicia arbitral al elaborar un verdadero “*embudo*” para el arbitraje, en el que el *amplio* espectro que *ab initio* traza la Constitución se va *estrechando* a medida que se desciende en la pirámide jurídica –de la Constitución a la ley, hasta llegar a la jurisprudencia– (Chemas, 2008, 3)<sup>8</sup>.

En todo caso, los severos *límites*, la particular *fisonomía* y el criticado “*embudo*” al arbitraje son pruebas fehacientes de que el supuesto principio de “*universalidad*” de la cláusula compromisoria difícilmente puede seguir sosteniéndose, pues independientemente, de que efectivamente se estuviera ante un infundado “*recelo*” de las instituciones judiciales permanentes del Estado por una supuesta merma del protagonismo del Poder Judicial, lo cierto es que, en Leyes vigentes y en doctrina constitucional que ha hecho tránsito a cosa juzgada, el actual sistema jurídico del país dictamina que lo atinente a la competencia de los Árbitros es de interpretación “*restrictiva*”, sin que pueda trocarse lo que es la “*excepción*” en la regla “*general*”:

*“No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera **permanente y general** a los árbitros y conciliadores (art. 11 3 C. P.) [...] lo atinente a la competencia de los árbitros es de **interpretación restrictiva**, sin que pueda llegar a trocarse lo que es **la excepción en la regla general**, es decir la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en la excepción para concluir en contravía de la Constitución que esta sólo puede actuar en **ausencia** de los tribunales de arbitramento [...] Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo **alternativo** para la solución de los conflictos, ello no puede interpretarse en el sentido que aquélla resulte **privilegiada** frente a la función **permanente** de administrar justicia por parte del Estado, ni que ésta pueda verse cada vez más **sustituida o reducida** en su campo de acción [...] La institución de la justicia arbitral, que es onerosa, no puede expandirse a tal extremo que*

---

<sup>8</sup> Al decir de Chemas Jaramillo, el legislador ha sido el primero en excluir del arbitraje las materias que no son susceptibles de transacción, es decir, toda materia que no tiene un verdadero contenido económico, limitación que, independientemente del juicio de valor acerca de si resulta conveniente o inconveniente, no se encuentra prevista en la Constitución Política. Pero, la pérdida de soberanía de los tribunales de arbitramento, ha sido obra, “*sobre todo*”, de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, quienes, por “*recelo*” e “*imbuidos*” de su papel de Jueces institucionales, poco a poco han atribuido al arbitraje un carácter verdaderamente “*excepcional*”, del que se han excluidos las controversias que recaen sobre actos administrativos y los asuntos que se ventilan en el proceso de ejecución, yendo mucho más allá de las restricciones impuestas por la Constitución, cortes que han prohijado el desbordamiento del recurso extraordinario de anulación que ha devenido en una especie de “*apelación restringida*”, rebosamiento que sin lugar a dudas es la máxima “*intromisión*” de los Jueces ordinarios en el arbitraje (Chemas, 2008, 4).

implique el **reemplazo** de la administración de justicia gratuita a cargo del Estado” (resaltado fuera de texto)<sup>9</sup>.

## 1.2. Incompatibilidad entre la hipotética cobertura “universal” de la cláusula compromisoria y las particularidades derivadas del principio de habilitación

Lo que el profesor Jorge Hernán Gil Echeverry aún no ha explicado es ¿qué tan compatible resulta la supuesta “cobertura universal” de la cláusula compromisoria frente a las particularidades y restricciones derivadas del imperio y ejercicio del principio de habilitación concretado y compendiado en el pacto arbitral?, convenio que, como se sabe, exige e impone al Tribunal de Arbitramento ajustarse estrictamente a la materias enunciadas por las partes, por ser ellas, quienes señalan y fijan los límites dentro de los cuales los Árbitros pueden válidamente actuar.

En efecto, sí la jurisdicción y competencia arbitral “*existen en abstracto*”, como una “*mera posibilidad*”, y el principio de la habilitación enseña que la jurisdicción y competencia de los Árbitros, como un hecho “*real*” para un caso determinado, solamente se concretan cuando las partes suscriben el convenio o pacto arbitral (Gil, 2004, 65, 66), entonces es evidente que la supuesta “*universalidad*” de la cláusula compromisoria, no pasa de ser más que otra “*mera posibilidad*” animada por el *fuero de atracción* que inconscientemente desean ejercer los Árbitros sobre “*todos*” los casos y su *alta* remuneración adyacente, dado que la apetecida *cobertura universal* sucumbe ante los estragos del reprochable y cotidiano “*copia y pegue*” con que habitualmente se introducen las cláusulas compromisorias en los contratos, rutina que en múltiples casos genera escritos “*restrictivos*” o “*defectuosos*” que de ningún modo han de confundirse con las *apetecidas* redacciones “*generales*” a través de las cuales las partes “*quieren*” someter a los Árbitros “*todas*” las controversias relativas al contrato<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Colombia, sentencias C-672 de 1999, C-1436 de 2000 y C-098 de 2001 de la Corte Constitucional citadas por Chemas, (2008, 3).

<sup>10</sup> Mediante el Decreto 4089 del 25 de octubre de 2007, al fijar el marco tarifario para centros de arbitraje, Árbitros y Secretario de los Tribunales de Arbitramento, el Gobierno Nacional dispuso que la tarifa máxima que se puede cobrar son las siguientes:

CUANTÍA DEL PROCESO	VALOR HONORARIOS
Superior a \$6.000.000.00	40 SMDLV
de \$6.000.001 a \$100.000.000.00	13%
de \$100.000.001 a \$300.000.000.00	9%
de \$300.000.001 a \$500.000.000.00	8%
de \$500.000.001 a \$1.000.000.000.00	7%
Mayor a \$1.000.000.001.00	6%

Esta tarifa se distribuye así: El 25% por concepto de honorarios por Árbitro, cuando el Tribunal esté constituido por tres (3) Árbitros. El 12.5% por concepto de honorarios para el Secretario del Tribunal.



Esta cruda y dura “*realidad*”, para los Árbitros, desde siempre ha sido resaltada por el Consejo de Estado, quien invariablemente ha advertido que la *extensión* de la cláusula Arbitral a *cualquier* conflicto que, directa o indirectamente, tenga relación con el contrato que le sirvió de fuente, *sólo* opera cuando en la cláusula compromisoria *no se limitó* su ámbito, es decir, no se precisaron los litigios eventuales que se someten a ella.

El alcance de la cláusula compromisoria, ha dicho la jurisprudencia del máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, depende de la *forma* en que se exprese la *voluntad* de los contratantes, de suerte que, sólo cuando *nada* se señala expresamente en dicho pacto acerca de las materias *exactas* que serán objeto de arbitraje, se puede tener como presupuesto que la cláusula compromisoria se hace extensiva a *todos* los temas contractuales, incluso a los asuntos pre y pos – contractuales (Correa, 2002, 83).

*La materia Arbitral puede estar integrada por todas o alguna de las diferencias surgidas con relación a un negocio jurídico, pero si éstas no se especificaron habrá de presumirse que la competencia arbitral se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación negocial. Frente a la no taxatividad de las materias susceptibles de arbitramento, habrá de entenderse que podía ser cualquiera que hubiese tenido su causa, efecto o desarrollo en cualquiera de las etapas de la actividad negocial, aun comprendiendo algunos aspectos precontractuales y otros postcontractuales (resaltado fuera de texto)<sup>11</sup>.*

De ahí que el Consejo de Estado tenga nítidamente señalado que cuando se acoge la opción arbitral, es necesario que el contrato *defina* cuáles controversias se someterán a este mecanismo judicial extraordinario, pudiendo las partes *escoger* entre llevar a esa instancia *todas* las controversias que surjan del contrato, o sólo *algunas* de ellas, en cuyo caso *subsistirían* las dos jurisdicciones, una para unas materias y otra para las demás, y que *sólo* cuando la cláusula arbitral *no señale*, concretamente, cuáles

---

El 12.5% por concepto de gastos administrativos del centro de arbitraje. Esta liquidación se efectúa sin perjuicio de las sumas adicionales que decreta el Tribunal por protocolización y otros gastos que serán de cargo de las partes en la forma que determine el Tribunal. En ningún caso la tarifa puede superar los siguientes máximos: Un Árbitro: Mil ochocientos salarios mensuales legales vigentes (1.800 smmlv) (\$964.080.000 para el año 2011). El centro de arbitraje: Quinientos cincuenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (550 smmlv) (\$294.580.000 para el año 2011). El Secretario del Tribunal de Arbitramento: Novecientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (900 smmlv) (\$482.040.000 para el año 2011). El Secretario del Tribunal de Arbitramento no podrá exceder en sus honorarios del cincuenta por ciento (50%) de la tarifa que resulte para un Árbitro. En los casos donde el arbitraje se lleve a cabo con un solo Árbitro, las tarifas aplicables son las establecidas para el Árbitro aumentadas hasta en un cincuenta por ciento (50%) de la tarifa liquidada (Ver Decreto 4089 del 25 de octubre de 2007 publicado en el Diario Oficial No. 46.792 de 25 de octubre de 2007).

<sup>11</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Sentencia del 4 de junio de 1993, expediente No: 7215, citada por Correa (2002, 84).

conflictos quedan a su cargo, se entiende que *todos* los asuntos transigibles que surjan de la relación contractual están *incluidos*<sup>12</sup>.

*“cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, esto es, que no se especifican las controversias y desacuerdos que han de someterse al conocimiento de los árbitros, válidamente debe entenderse que la cláusula compromisoria se extiende, en principio, a los conflictos que tengan, directa o indirectamente, relación con el contrato que le sirvió de fuente; por el contrario, cuando las partes expresamente convienen y disponen la exclusión de determinados asuntos del conocimiento del juez arbitral, es claro entonces, sin que haya duda alguna, que los árbitros no pueden, con validez, pronunciarse sobre los asuntos excluidos, so pena de contrariar elementales principios sustanciales y de procedimiento, lo que indefectiblemente los conduce a transitar por una manifiesta vía de hecho, situación ésta que precisamente tiene ocurrencia en el caso bajo estudio, en evidente quebranto del principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta, el cual trae consigo, entre otras reglas, que el juzgamiento de las querellas contractuales de las partes se surta ante el juez competente.*

*‘Se tiene entonces que el primer elemento que debe valorarse para establecer la sujeción de la decisión arbitral al ámbito de su competencia es el pacto arbitral, que puede estar contenido en una cláusula compromisoria o en un compromiso, ya que del mismo se deriva la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la decisión de un tribunal de arbitramento, como también la materia respecto de la cual ha de darse el pronunciamiento.’ (...)*

*De lo anterior se infiere que la decisión proferida por el tribunal de arbitramento debe ajustarse a la materia arbitral enunciada por las partes, puesto que son ellas quienes expresamente señalan los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente; de manera que si los árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio, a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra este principio, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral.”* (Resaltado fuera de texto)<sup>13</sup>.

En consideración a lo anterior, antes que *ensoñarse* con el abstracto y halagüeño supuesto de “*universalidad*” de la cláusula compromisoria, en cada caso resulta pertinente y procedente establecer sí en la pacto arbitral efectivamente *no señaló*, cuáles conflictos concretos quedaban a su cargo, y en consecuencia, *todos* los conflictos transigibles, que tengan directa o indirectamente relación con el contrato

---

<sup>12</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, sentencia del 18 de febrero de 2010, radicado No: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004).

<sup>13</sup> Colombia, Sentencia de 2 de mayo de 2002. Rad. 20.472 citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, sentencia del 18 de febrero de 2010, radicado No: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004).

que le sirvió de fuente, quedaron *incluidos*; o sí, por el contrario, al habilitar a los Árbitros, las partes *escogieron* llevar a la instancia arbitral sólo *algunas* de las controversias que surgieran de la relación contractual.

### 1.3. Expansión de la *restringida* competencia arbitral a través de juegos del lenguaje

Al hacer alusión al alcance de la cláusula compromisoria, el profesor Juan Pablo Cárdenas Mejía destaca que el pacto arbitral debe interpretarse de manera “*amplia*”, a menos que la “*voluntad*” de las partes claramente quiera “*excluir*” algunos aspectos del arbitraje, y que, por tal razón, aun cuando, en la *práctica*, en los pactos arbitrales “*nunca*” se encuentra una previsión en el sentido de que los Árbitros pueden decidir, por ejemplo, sobre la *nulidad* del contrato, se debe entender que pueden “*pronunciarse*” sobre este aspecto, pues esta posición “*realmente*” corresponde a una interpretación “*correcta*” de la “*voluntad*” de las partes, pues, “*normalmente*”, al introducir una “*redacción general*”, ellas “*quieren*” someter a los Árbitros “*todas*” las controversias relativas al contrato, y sí “*no incluyen*” la nulidad es porque, “*normalmente*”, quien celebra un contrato parte de la base de que está concluyendo un negocio válido y sus dudas radican en el cumplimiento (Cárdenas, 2007, 416-417).

Frente a esta perspectiva habría que preguntarse, si la *correcta*, aunque *restringida*, interpretación, no de la “*voluntad*” de las partes, sino de la Constitución y la Ley, enseña que frente a redacciones *defectuosas* que “*normalmente*” se dan en la “*práctica*”, en las que “*nunca*” quedan “*incluidas*” algunas controversias importantes relativas al contrato, la opción adecuada es la que respeta el incuestionable hecho de que el ordenamiento jurídico vigente dispone que lo que las partes “*claramente*” deben indicar son las diferencias que “*incluyen*” o “*someten*” a la Justicia Arbitral, dado que el Constituyente, el Legislador, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado nunca han exigido que lo que las partes deben “*claramente*” determinar son los aspectos que “*excluyen*” del arbitraje. En otras y pocas palabras, lo que las partes tienen que estipular “*claramente*” es lo que “*si incluyen*”, y no, lo que “*no incluyen*”<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Para respaldar su posición, el profesor Juan Pablo Cárdenas Mejía cita la sentencia del 14 de agosto de 2003, expediente No: 66001-23-31-000-2002-00071-01, número interno 24344, (Cárdenas, 2007, 416), providencia que en realidad corresponde a un *auto* mediante el cual se decidió el recurso de apelación interpuesto en contra del auto de 28 de noviembre de 2002, por medio del cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda rechazó la demanda contractual interpuesta por el municipio de Pereira contra la Fiduciaria de Occidente S.A. En este auto el Consejo de Estado no tuvo necesidad de referirse al deber de interpretar de manera “*amplia*” el pacto arbitral, a la exigencia de que las partes determinen “*claramente*” los aspectos que quieran “*excluir*” del arbitraje, ni a la facultad de los Árbitros para pronunciarse sobre asuntos que en la práctica “*nunca*” se *encuentran* en los pactos arbitrales, y aunque se refirió a la competencia de los Árbitros para pronunciarse respecto de la validez o existencia del contrato, ante el salvamento de voto de la Magistrada del Tribunal Marina León de

Respecto de estos juegos lingüísticos, es preciso señalar que la Corte Constitucional ha otorgado especial importancia al principio de *voluntariedad* que rige al sistema arbitral, y por tal razón, en varias oportunidades, con la misma contundencia, ha declarado la inexecutable de *normas* que han intentado restringir o impedir el acceso al arbitramento como de disposiciones que han tratado de forzar la implementación de este mecanismo de solución alternativa de los conflictos, pues unas y otras contrarían la expresión autónoma y libre de la *voluntad* para elegir y acudir al arbitramento <sup>15</sup>.

Igualmente, el Consejo de Estado ha sido enfático en advertir que el pacto arbitral debe aparecer de la voluntad *inequívoca* de acudir a la solución arbitral, es decir, que debe ser un pacto arbitral *expreso*, de manera que no resulta válido iniciar un trámite arbitral sin previo pacto arbitral, pretender que el pacto surja del silencio administrativo positivo o, incluso, *suponer* que existe pacto arbitral cuando en una

---

Pava, quien consideró que en el caso bajo estudio, la demanda presentada ante Tribunal Contencioso Administrativo debía admitirse, debido a que las diferencias relacionadas con la validez del contrato no se encontraban *incluidas* en el pacto arbitral, el órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ultimó que de la *lectura* de la cláusula compromisoria prevista en el contrato No 3 -12 de 1997, al preverse que los Árbitros conocerían de las diferencias que surgieran “*con ocasión o por razón del negocio jurídico*”, se concluye que la competencia del Tribunal de Arbitramento se estableció de “*manera genérica*”, debiendo entenderse claramente, que entre tales diferencias se encuentran comprendidas las relativas a la “*validez*” del contrato, siendo procedente confirmar el rechazo de la demanda por estar fijada la competencia en la Justicia Arbitral. Nótese que por estar frente a una auténtica *cláusula general de habilitación* referida a las diferencias que surjan *con ocasión o por razón del negocio jurídico*, no existe identidad fáctica ni teórica con los supuestos esbozados en la posición prohibida por Cárdenas Mejía. De modo que, el Consejo de Estado nunca ha amparado la facultad de los Árbitros para pronunciarse sobre asuntos que no se “*encuentran*” en los pactos Arbitrales. Por tanto, es un imperativo respetar la significativa frontera que existe entre una redacción “*general*” y una redacción “*defectuosa*” de los pactos arbitrales, pues de ningún modo lo *incompleto, ambiguo, impreciso, indefinido, o indeterminado* es sinónimo de lo *completo, exhaustivo, integro, general o universal*.

<sup>15</sup> Al examinar el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, en virtud del cual las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios debían incluir en sus estatutos una cláusula arbitral, en la sentencia C-242 de 1997, la Corte Constitucional concluyó que, como esta norma *imponía* el arbitramento, debía ser declarada inexecutable. Asimismo, al pronunciarse sobre los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999, que regulaban la conformación y el funcionamiento de tribunales de arbitramento pactados en contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda con entidades financieras, en la sentencia C-1140 de 2000, la Corte Constitucional dictaminó que estas disposiciones también eran inconstitucionales por cuanto, en la práctica, estos créditos se otorgan mediante contratos de *adhesión* en los que el deudor es la parte débil y simplemente acepta las reglas prefijadas por la entidad financiera, en formatos preimpresos que de hecho se ve forzado a aceptar, para luego aceptar los árbitros impuestos por la institución que otorgó el crédito, y porque, dada la ausencia de *reglas claras* que permitan llegar a *acuerdos reales y genuinos* sobre la atribución de competencia a tribunales arbitrales, las normas que propician la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos desconocen el carácter *extraordinario* que la Constitución asigna al arbitramento, que exige una *habilitación libremente acordada* por las partes, y no la *imposición* por una de ellas.

cláusula simplemente se mencionan los “*mecanismos alternativos de solución de conflictos*” (Expósito, 2009, 11,12)<sup>16</sup>.

En efecto, el actual sistema jurídico del país parte de la base de que la atribución temporal de funciones jurisdiccionales a los Árbitros únicamente resulta de una *habilitación libre* y expresa de las partes, y no de *imposiciones legales* o de *apremios interpretativos*, efectuados, con interés de parte, por los potenciales Árbitros, que al momento de fijar su competencia y la cuantía de sus honorarios emergen como personas que participan en la relación *negocial-procesal*, amparados en sus transitorios poderes legales e investidura que los erige como la parte más *fuerte* de esta relación jurídico-económica, posición aventajada que les impone el deber de abstenerse de efectuar interpretaciones de autoridad que ensanchen artificialmente el alcance de los pactos arbitrales y desconozcan el canon constitucional que dispone que los Tribunales de Arbitramento han de ser *convenidos libremente* por las personas que participan en la relación negocial, y *no impuestos*, por la parte más fuerte.

De ahí que, si bien le asiste la razón al profesor Jorge Eduardo Chemas Jaramillo en cuanto que en la *moderna* tendencia mundial, los “*primeros*” jueces han de ser los que las partes elijan, no se puede perder de vista que dentro de la perspectiva “*moderna*” de Platón, la preferencia de los Árbitros sobre los Jueces, presupone y exige una genuina *elección* que no puede ser reemplazada por forzadas faenas interpretativas orientadas a la *auto-designación* para integrar el más “*sagrado*” de los Tribunales, trajines que son los que están poniendo, no a Colombia, sino al gremio arbitral del país, en “*contravía*” de la “*naciente*” tesis de Platón:

*“Los primeros jueces sean aquellos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de jueces; que el más sagrado de los tribunales sea aquel que las partes mismas hayan creado y elegido de común consentimiento”*<sup>17</sup>.

En síntesis, ante la ausencia de *reglas claras* que permitan establecer acuerdos *reales* y *genuinos* sobre la atribución de competencia a los Tribunales de Arbitramento, el uso de los anunciados juegos del lenguaje avala meras entradas, por la puerta de atrás, a la supuesta competencia arbitral “*universal*”, y puesto que “*no todo vale*”, especialmente en la Administración de la Justicia, lo correcto es tener presente que lo que la Constitución exige es una *habilitación libremente acordada* por las partes, que impone que la *ampliación* del ámbito material de la Justicia Arbitral se realice

---

<sup>16</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, sentencia del 16 de febrero de 2001, radicado No: 18.063, citada por (Expósito, 2009, 12).

<sup>17</sup> PLATÓN, en De Legibus, libros 6 y 12, citado por Chemas, (2008, 18).

mediante una decidida y constante *alfabetización* de los contratantes y sus asesores jurídicos con el fin de que, a través de *redacciones técnicas*, en forma *consciente* elijan las *precisas* controversias que someten a la Justicia Arbitral o estipulen libremente *acreditadas* cláusulas *generales* de competencia que, legítima y válidamente, habiliten expresamente a los Árbitros en relación con *todos* los conflictos transigibles que surjan de la relación contractual.

#### **1.4. Restricción de la presunta “universalidad” de la cláusula compromisoria derivada de la *delimitación* de la materia arbitral en función de la *selección* de una de las etapas de la contratación**

Tampoco es recomendable que se siga pasando por alto que un gran número de pactos arbitrales que están en circulación *señalan*, concretamente *cuáles* conflictos quedan a su cargo, debido a que, mal o bien, las partes *escogieron* llevar a la instancia arbitral *únicamente* las divergencias, discrepancias o conflictos que se presentaran durante la *ejecución del contrato*, pacto *restringido* que impide asimilarlo a la cláusula *general* que abarca a *todos* los conflictos transigibles que *surgieran de la relación contractual* tal y como lo ha resaltado el magistrado del Consejo de Estado Enrique Gil Botero:

**“CAUSAL 8 DEL DECRETO 1818 DE 1998: HABER RECAIDO EL LAUDO SOBRE PUNTOS NO SUJETOS A LA DECISION DE LOS ABITROS – La cláusula arbitral sólo abarcaba los conflictos derivados de la ejecución del contrato y no los de su celebración / EJECUCION DEL CONTRATO - Su análisis no incluye la formación del mismo / NEGOCIOS JURIDICOS - Etapas**

*Aplicado a esta cláusula el análisis realizado en el apartado anterior, es claro que en ella no se acordó la posibilidad de resolver cualquier clase de controversia contractual que surgiera entre las partes, sino las que se originaran “con ocasión de la ejecución del presente contrato”, de allí que, en principio, el tema no ofrecería mayor dificultad interpretativa sobre el alcance de la misma. Se dice que en principio, porque el tribunal de arbitramento se declaró competente para conocer del conflicto, aduciendo que la “ejecución” incluye la “formación” del negocio, en lo cual está de acuerdo Fresenius; pero no el hospital que ahora actúa como recurrente. Varias precisiones se deben hacer a este respecto, para aclarar el asunto. Como principio general de comprensión del tema, está claro, y así se ha entendido en el manejo que le ha dado a la problemática, que **al interior de los negocios jurídicos se suelen distinguir cuatro etapas o momentos**, según se deduce de varios Decretos reglamentarios –principalmente el actual Decreto 2474 de 2008-: **i) La precontractual**, que incluye el proceso de selección del contratista, y va hasta la adjudicación del contrato o la declaración de desierto del proceso; **ii) la celebración o perfeccionamiento del contrato**, que se refiere a la suscripción del negocio jurídico; **iii) la de ejecución**, prevista para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes; y **iv) la liquidación**, que se puede realizar desde*

*el momento en que termina el contrato -por cualquier causa- hasta el término que pactan las partes o el autorizado por la Ley. Es incorrecto sostener, como lo hacen los árbitros en el laudo y también Fresenius -en defensa del mismo-, que la ejecución del contrato incluye su creación, en el sentido en que ésta se vincula necesariamente a aquella, pues “... la habilitación para conocer las diferencias relativas a la ejecución del contrato, implica la habilitación para conocer de la existencia del mismo, pues sólo si el contrato existe puede llegar a ejecutarse válidamente.*

***TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Falta de competencia / FORMACION DEL CONTRATO - Su discusión no fue sometida a la justicia arbitral / TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO - Las diferencias que se someterían al tribunal eran las de la ejecución del contrato / FORMACIÓN DEL CONTRATO - Su competencia radicaba en la Justicia Contencioso Administrativa***

*El orden del análisis para definir la cuestión era más simple de lo que a la postre se volvió el tema, pues si la cláusula compromisoria establece que las diferencias que se someterían a un tribunal de arbitramento eran las de la ejecución del contrato, allí no cabían las discrepancias referidas a otros conflictos -como los precontractuales, o los de la celebración y perfeccionamiento, ni los de la liquidación-. La razón de esta conclusión es sencilla, si se sigue la lógica y el sentido de lo que es el sistema arbitral: Como se requiere habilitación de las partes para que funcione el tribunal de arbitramento, la materia escogida es la que se puede someter a esa forma de solución de conflictos, pero como en el caso concreto la cláusula definió o concretó la materia en función de las etapas de la contratación -escogiendo sólo una de ellas-, entonces a esto se debe atener el intérprete. En consecuencia, extender la Jurisdicción a otras fases del contrato no tiene sentido, a juzgar por la literalidad de la cláusula. Desde este punto de vista, resulta inadmisibles que el actor, y luego los Árbitros, incluyeran dentro de la cláusula arbitral una materia que desde luego nada tiene que ver con la ejecución del contrato, como es el estudio de la existencia del negocio jurídico. Como la ejecución del contrato hace referencia al cumplimiento de las obligaciones del mismo, y a las implicaciones que se derivan de su incumplimiento, el estudio de la validez del negocio, así como el de su existencia, o cualquier otro aspecto que residiera en la celebración, perfeccionamiento o legalización de aquél, era del resorte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo -Juez natural del negocio jurídico-.” (Resaltado fuera de texto)<sup>18</sup>.*

Por tanto, no es correcto seguir sosteniendo, como explícitamente lo han hecho algunos Árbitros, que la *ejecución* del contrato incluye su *liquidación* [su “*culminación*” en palabras poco técnicas pero estratégicamente utilizadas por

---

<sup>18</sup> Colombia, Aclaración de voto Enrique Gil Botero en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, sentencia del 18 de febrero de 2010, radicado No: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004).

*ciertos Árbitros para extender su competencia*], en el sentido en que ésta se vincula necesariamente a aquella<sup>19</sup>.

En efecto, sí la cláusula compromisoria establece que las diferencias que se someten a un Tribunal de Arbitramento son las de la *ejecución* del contrato, allí no caben las discrepancias referidas a otros conflictos como los derivados de la *liquidación* del contrato. En otras palabras, como en estos casos el pacto arbitral define o concreta la materia en función de las *etapas* de la contratación –escogiendo sólo *una* de ellas, la de la *ejecución*–, entonces a esto se debe atender el intérprete, no sólo los Árbitros sino el Juez de anulación.

Así lo ha conceptualizado la Procuraduría General de la Nación, entidad que luego de precisar el alcance de cada una de las etapas de la contratación, concluyó que por ser la *terminación* o *liquidación* del contrato fases diferentes a la de su *ejecución*, cuando las pretensiones de la demanda se encuentran referidas a una etapa *específica*, por ejemplo, a la *terminación* del contrato, no obstante que el pacto arbitral esté circunscrito a otra fase *determinada* de la contratación como lo es la de la *ejecución* del contrato, la decisión del Tribunal de Arbitramento sobre la *terminación* del contrato, va en contravía de la autonomía de la voluntad de las partes, que le confirieron autoridad sólo para definir asuntos en litigio relacionados con la *ejecución* contractual, y que, en consecuencia, en estos casos se configura la causal de anulación del laudo prevista en el numeral 8º del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, al abordarse asuntos que las partes no dejaron sujetos a la decisión de los Árbitros por no estar contempladas en el pacto arbitral:

“La ejecución del contrato es la etapa en la que se cumplen las obligaciones pactadas por los co-contratantes, la cual puede ser extendida en el tiempo como en el caso del contrato de obra, cuyo desarrollo es de tracto sucesivo hasta lograr el objetivo pactado o por el contrario, se cumple de manera instantánea, como ocurre en el contrato de compraventa.

En conclusión durante el periodo de ejecución, se materializa el objeto del contrato dentro del término señalado para tal fin en el mismo texto del acuerdo de voluntades y es durante ese lapso, en que las partes cumplen las obligaciones pactadas.

La terminación del contrato generalmente se identifica con el momento en que culminan las obligaciones pactadas las que debieron ejecutarse dentro del

---

<sup>19</sup> Colombia, Laudo del 4 de octubre de 2010 proferido por el Tribunal de Arbitramento de Martín Aldana Mayorga y otros contra la Empresa Social del Estado ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación, Cámara de Comercio de Cúcuta.



tiempo estipulado, pero también se puede generar al ocurrir otras circunstancias como la declaratoria de nulidad, el ejercicio de las facultades excepcionales, la terminación unilateral, como ocurrió en el sub examine, etc. y que puede dar paso a la etapa de liquidación del contrato dependiendo de la clase de acuerdo de voluntades que se esté ejecutando y que requieran de aquélla. (...)

La pretensión principal del convocante como bien lo señala el Tribunal de Arbitramento en el Laudo es que “se declare que la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, incumplió el contrato, al darlo por terminado de manera unilateral de acuerdo con lo establecido por el Decreto 810 de 14 de marzo de 2008” y la consecuencia indemnizatoria de esta terminación unilateral.

Como ya se expresó, la terminación del contrato es un momento diferente al periodo de la ejecución del mismo, aún cuando la terminación puede originarse en el momento de la finalización de la ejecución, porque a partir de la terminación es que se generan unas obligaciones diferentes al objeto contractual dependiendo de la clase de contrato, entre ellas, si hay lugar o no a la liquidación del mismo.

Corolario de lo expuesto, al ser la terminación o liquidación etapas diferentes a la ejecución, a juicio de esta Delegada, si se configura una causal de anulación del laudo Arbitral, en la medida en que las pretensiones de la demanda se encuentran referidas al acto de terminación unilateral del contrato y las divergencias sometidas al Tribunal de Arbitramento de acuerdo con lo dispuesto en el contrato, son aquellas que surgen de la ejecución del mismo.

La decisión del Tribunal de Arbitramento sobre ese aspecto (la terminación unilateral), va en contravía de la autonomía de la voluntad de las partes, que le confirieron autoridad sólo para definir asuntos en litigio relacionados con la ejecución contractual”<sup>(20)</sup>.

### **1.5. La censurable y malograda estratagema de dejar premeditadas constancias dirigidas a extender *implícitamente* el alcance original de la cláusula compromisoria**

Desdice mucho del decoro propio de la Justicia Arbitral que algunos Árbitros continúen implementando la maniobra de dejar *deliberadas* constancias dirigidas a

---

<sup>20</sup> Colombia, Concepto 11- 57 del 14 de marzo de 2011, de la Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, expediente 11001032600020100007400 (39942).

argumentar, por ejemplo, que con la “*ratificación*” de la *designación* de los Árbitros, las partes “capaces” y con “capacidad” *extienden* el alcance *original* de la cláusula compromisoria pasando de la mera *ejecución* del contrato a aspectos pre y pos-contractuales, o que el pacto de compromiso puede surgir en el ámbito de un proceso conciliatorio judicial y que, en consecuencia, puede ser *reemplazado* por el acta de conciliación en que queda vertido, sin que se requiera un *poder especial* de los apoderados que suscriben el *acta* (Gil, 2004, 124)<sup>21</sup>.

Estas ardidés interpretativas resultan infructuosas debido a que bajo estas modalidades nunca las partes “capaces” y con “capacidad” pueden legalmente modificar el tenor de la cláusula compromisoria, por la sencilla razón de que sus *representantes judiciales*, además de que no ostentan la calidad de *representantes legales* para suscribir *contratos* en nombre de ellas, carecen de representación para suscribir el respectivo convenio de *compromiso* que es la única vía válida para modificar una *cláusula compromisoria* de un Tribunal de Arbitramento que ya está en marcha.

Al respecto basta con recordar que al establecer las diferencias entre la *cláusula compromisoria* y el *compromiso*, el profesor Jorge Hernán Gil Echeverry aclara que la diferencia sustancial entre ambas figuras consiste en que la primera se relaciona con controversias *futuras*, al paso que la segunda se refiere a controversias *presentes*, y que, por tanto, deben estar precisamente individualizadas y especificadas en el convenio; que según se trate de una u otra de estas dos figuras, varía el momento oportuno para la expresión del *consentimiento*, pues, mientras que en la cláusula compromisoria la voluntad opera en el momento de la formación del vínculo contractual que puede generar eventuales diferencias entre los contratantes, en el compromiso la voluntad opera frente a controversias *ya planteadas*; y que por tal razón el compromiso es un contrato autónomo para dirimir controversias *ya surgidas* (Gil, 2004, 135, 136).

Naturalmente, como todo contrato, el convenio de compromiso, además de la formalidad de que conste por *escrito*, debe contener unos requisitos mínimos, que de omitirse derivan en la inexistencia o nulidad absoluta del mismo, dado que dichas formalidades y *requisitos* no pueden ser modificados ni siquiera por genuinas partes “capaces” y con “capacidad” y mucho menos por ávidos y habilidosos Árbitros.

Dentro de estos requisitos sobresale el de la *capacidad* de las partes, que en tratándose de personas jurídicas de derecho público, estructuradas y regidas por un ordenamiento legal imperativo, está determinada por las claras y expresas

---

<sup>21</sup> Colombia, Laudo del 4 de octubre de 2010 proferido por el Tribunal de Arbitramento de Martín Aldana Mayorga y otros contra la Empresa Social del Estado ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación, Cámara de Comercio de Cúcuta.

autorizaciones o encargos legalmente encomendados, lo que concreta su competencia, de suerte que sólo pueden obrar dentro de ella, con el limitante que sólo pueden hacer lo que expresamente les está permitido (Becerra, 2007)<sup>22</sup>.

Por tanto, que ni siquiera se siga insinuando que el pacto de *compromiso* en el que es parte una *entidad pública* puede surgir en el ámbito de un proceso conciliatorio judicial o en audiencia en la que se efectúa, por ejemplo, la “*ratificación*” de la designación de Árbitros, y que, en consecuencia, dicho pacto puede ser *reemplazado* por meras *actas* en que estos actos procesales quedan vertidos sin que ni siquiera se requiera un *poder especial* de los apoderados que suscriben las aludidas *actas*, bajo el argumento de que si se le faculta para conciliar, *implícitamente*, se le están otorgando facultades para *modificar* la cláusula compromisoria alojada en un contrato estatal e incluso para suscribir un nuevo contrato de *compromiso*, propuesta irregular que también ha sido tajantemente censurada por el Consejo de Estado<sup>23</sup>.

## **2. El juzgamiento de las diferencias que versen sobre actos administrativos no contractuales y actos administrativos contractuales proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales, está reservado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo**

### **2.1. La ensoñada y truncada posibilidad de pronunciarse *exclusivamente* respecto de los “*efectos económicos*” producidos por las decisiones de la Administración Pública**

Se está volviendo un lugar común que, no obstante que algunos Árbitros adviertan que no efectuarán pronunciamiento alguno sobre los actos administrativos expedidos por Administración Pública, sistemáticamente esta promesa sea incumplida, en la medida que dichos actos administrativos resultan materialmente alterados, so pretexto de pronunciarse *exclusivamente* respecto de los “*efectos económicos*” producidos por las decisiones de la Administración<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> El profesor Julio Benetti Salgar enseña que en cuanto a las personas que estipulan el pacto arbitral, es preciso que sean *capaces de transigir* porque la Ley exige que el conflicto arbitrable tenga el carácter de transigible, y el artículo 2470 del Código Civil dispone que “no puede transigir sino la persona capaz de *disponer* de los objetos comprendidos en la *transacción*”, es decir, que el compromiso sólo puede celebrarse entre sujetos mayores de edad y *plenamente capaces* de disponer con libertad de sus bienes (Benetti, 2001, 78).

<sup>23</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de abril de 2004 (expediente 21652), citada por Gil Echeverry (2004, 124).

<sup>24</sup> Ver, por ejemplo, Colombia, laudo del 4 de octubre de 2010 proferido por el Tribunal de Arbitramento de Martín Aldana Mayorga y otros contra la Empresa Social del Estado ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación, Cámara de Comercio de Cúcuta, en el que, pese a indicar que no era de la competencia del Tribunal de Arbitramento el pronunciarse sobre los actos administrativos correspondientes a la *liquidación* del una entidad pública, sino sólo a los *efectos económicos*

En cuanto a la posibilidad de pronunciarse sobre los *efectos económicos* de los actos administrativos, el profesor Juan Pablo Cárdenas Mejía recalca y concluye: **(i)** que desde el punto de vista puramente “*conceptual*”, parece claro que los efectos económicos de un acto administrativo son cuestiones claramente transigibles, que si bien dependen de la existencia de dicho acto, son diferentes a él; **(ii)** que en muchos casos, para la decisión de una controversia contractual, el Árbitro tiene que tomar en cuenta los antecedentes, incluyendo los actos administrativos expedidos en la actividad contractual, y por esta vía, puede terminar “*desconociendo*” tales actos administrativos; **(iii)** que parece lógico pensar que se debería permitir someter a arbitramento las discusiones sobre los “*efectos económicos de las decisiones de la administración*”, siempre bajo el entendido de que no es posible replantear los aspectos decididos por los actos administrativos, aspecto que debería ser controlado por el Consejo de Estado, por ser una materia que no es susceptible de arbitramento; **(iv)** y que en consecuencia, no se ve por qué no sería arbitrable el restablecimiento del equilibrio económico de un contrato, cuando la entidad pública modifica “*unilateralmente*” el contrato y el contratista no impugna tal modificación, sino solamente los efectos económicos que la administración está dispuesta a reconocerle (Cárdenas, 2007, 406).

Para fundamentar esta posición, el profesor Juan Pablo Cárdenas Mejía, se auxilia en la jurisprudencia, poco “*clara*”, de la Corte Constitucional que permite señalar que no existe una doctrina constitucional en este aspecto, pues en las sentencias de esta corporación existen párrafos en uno u otro sentido (Cárdenas, 2007, 405, 407)<sup>25</sup>.

---

producidos por la terminación anticipada y unilateral del contrato, a la postre se modificó los actos administrativos correspondientes a la liquidación de la entidad pública, hasta tal punto que, no sólo se *reconoció* lo que había sido *rechazado* en el proceso y liquidatorio, sino que además se descalificó, desautorizó e inhabilitó las razones por las cuales el Director del Proceso Concursal y Universal [el Liquidador] no accedió a las súplicas que dadivosamente y sin tener competencia finalmente acogieron los Árbitros.

<sup>25</sup> En su apoyo el profesor Cárdenas Mejía cita unas fracciones de la parte motiva de las sentencias C-1436 de 2000 y SU-174 de 2007, en los que la Corte Constitucional manifestó: “Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera **exclusivamente** a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más **en ningún caso** la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la **legalidad** de los actos administrativos [...] La distinción trazada por la Corte entre el **control de validez** de los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual del Estado, por una parte, y la **resolución de las controversias** exclusivamente económicas que surjan entre las partes contractuales – sea con motivo de tales actos administrativos o por causa de otras circunstancias propias de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos administrativos – por otra. [...] Es **perfectamente factible** que, para la resolución de estas controversias **exclusivamente económicas**, los tribunales arbitrales **no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos**; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual y cómo se ha de cuantificar” (resaltado fuera de texto).

Sin embargo, el propio profesor Cárdenas Mejía, llama la atención y advierte que el Consejo de Estado se *apartó* de la tesis que durante mucho tiempo sostuvo en la que se hacía una distinción entre el conocimiento de la *legalidad* del acto administrativo, que corresponde de manera privativa al Juez Administrativo, y la competencia referida a sus *efectos económicos*, que podía ser materia de arbitraje, posición que *abandonó* al considerar que debe garantizarse la *unidad* de la causa y, por consiguiente, tanto la legalidad del acto administrativo como sus efectos económicos deben ser competencia *exclusiva* del Juez Administrativo, apreciación que ha sido expuesta en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en los siguientes términos (Cárdenas, 2007, 404, 405):

“De admitirse que un juez pueda pronunciarse sobre los efectos del acto administrativo y que otro sea el que juzgue la legalidad de ese mismo acto, se **escindiría** la continenencia de la causa; es decir, se **desarticularía** la unidad que debe imperar en todo tipo de proceso, para que se tramite sólo una acción, ante un solo juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así fallos **diferentes** entre idénticas partes y respecto de los mismos hechos. [...]

Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una **separación** de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La **unidad** de jurisdicción en este punto debe **prevalecer**, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la **seguridad** jurídica que debe darse a los asociados” (Resaltado fuera de texto)<sup>26</sup>.

En cuanto a la exigencia de garantizar la *unidad* de la causa para evitar establecer justicias “*capitis diminuti*” en detrimento de la seguridad jurídica, hay consenso, incluso con las escasas e intermitentes voces disidentes que en el Consejo de Estado se han alzado para defender la posibilidad de que los actos administrativos no escapen a la competencia de la justicia arbitral:

*“Frente al claro texto del art. 70 del Estatuto contractual, ¿podrá sostenerse de manera lógica y racional que los actos administrativos en los cuales la administración ejerce su potestad unilateral de terminación o liquidación, como en el presente caso, escapan a la competencia de la justicia arbitral? En mi opinión no, porque ello sería contrariar no solo la letra y el espíritu que alienta la actual regulación legal del arbitramento sino establecer una justicia capitis diminuti, lo*

---

<sup>26</sup> Colombia, Consejo de Estado, sentencia del 23 de febrero de 2000, expediente: 16.394; Corte Constitucional, sentencia C-1436- 00, citadas por Cárdenas (2007, 405, 406).

*cual implica la **división** de la continencia de la causa, que traería a su vez el grave riesgo de que frente a un mismo punto puedan existir decisiones **contradictorias**, en detrimento de la **seguridad** jurídica.” (Resaltado fuera de texto)<sup>27</sup>.*

De modo que, impediénte de que fuera cierto que desde el punto de vista puramente “*conceptual*” los efectos económicos de un acto administrativo sean cuestiones, que si bien dependen de la existencia de dicho acto, son *diferentes* a él, colosales razones prácticas de seguridad jurídica, han recomendado descartar del todo las propuestas que propugnan por la partición de la *unidad* de la causa con el único fin de posibilitar que los actos administrativos puedan ser examinados por la Justicia Arbitral.

## **2.2. Del vasto océano de los “efectos económicos” de las decisiones de la Administración Pública al confinado humedal de los actos administrativos contractuales arbitrables**

Obnubilados por la supuesta “*universalidad*” de la cláusula compromisoria, algunos Árbitros aún no se han podido percatar que en muchos de los “*defectuosos*” pactos arbitrales que están en circulación, naturalmente las partes jamás los *habilitan* para juzgar estos *actos administrativos de autoridad*, dado que es costumbre que ni siquiera se convenga activar la Jurisdicción Arbitral frente a los *actos administrativos contractuales arbitrables*, *habilitación* expresa que el Consejo de Estado ha indicado que es *indispensable*, por ser *indivisible* o *inseparable* de la competencia de la Justicia Arbitral para juzgar los *actos administrativos contractuales* expedidos por las entidades públicas, frente a los cuales, en todo caso y dicho sea de paso, los Árbitros también carecen de competencia para *suspenderlos* provisionalmente, por cuanto el Constituyente de 1991 reservó esta facultad exclusivamente a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, inclusive respecto de los *actos administrativos contractuales arbitrables*:

*“Naturalmente esta conclusión [que sólo **algunos** actos administrativos **contractuales** pueden ser sometidos al conocimiento de la justicia arbitral] tiene que **aparejarse** con la anotación adicional, que le resulta **inescindible**, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales **distintos** de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los Árbitros **debidamente habilitados para ello por las partes** no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que, de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia la reservó el Constituyente de 1991 a la Jurisdicción de lo Contencioso*

---

<sup>27</sup> Colombia, Salvamento de voto de Ricardo Hoyos Duque, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, sentencia del 8 de junio de 2000, expediente N° 16.973, citado por Chemas, (2008, 11).

Administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (Árbitros).” (Resaltado fuera de texto)<sup>28</sup>.

Este deslumbramiento tampoco ha permitido que algunos Árbitros tomen conciencia que, como juzgadores transitorios y delimitados y como consecuencia del principio de no *negociabilidad* del ejercicio de las potestades públicas, carecen de competencia para juzgar “*conductas no contractuales*” y para “*dejar sin efectos o modificar*” las decisiones adoptadas por las autoridades públicas en sendos *actos administrativos*, cuyo control está asignado expresa y exclusivamente a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, razón por la cual, en ningún caso, sus “*laudos*” pueden contener manifestación *alguna*, expresa ni tácita, que *desconozcan* implícita o expresamente los *actos administrativos de autoridad* y menos aún *declarar* su ilegalidad; como tampoco han podido descifrar que *sólo* están facultados para conocer y juzgar *algunos* actos administrativos, concreta, específica y únicamente los *actos administrativos contractuales arbitrables*, dentro de los que, dicho sea de paso, no se encuentran incluidos los actos *administrativos contractuales, pero no arbitrables*, proferidos en ejercicio de los *poderes excepcionales* de la Administración Pública<sup>29</sup>:

“Conclusión.

A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la 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 – independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes– 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.” (Resaltado fuera de texto)<sup>(30)</sup>.

Nótese que el Consejo de Estado hace alusión exclusivamente a “*actos administrativos contractuales*”, de ahí que para una mejor comprensión del tema convenga no perder de vista la valiosa y muy pedagógica distinción que también ha

---

<sup>28</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 10 de junio de 2009, Radicación: 110010326000200900001 00, Expediente: 36.252.

<sup>29</sup> Ídem.

<sup>30</sup> Ídem.

hecho esa Corporación sobre la competencia de los Árbitros en “*materia contractual*” y en “*asuntos de otra naturaleza*”, y no olvidar que respecto de estos últimos siempre ha sido claro que a la Justicia Arbitral le está proscrito adelantar juicios de legalidad referidos a actos administrativos de contenido particular y concreto que por expresa disposición legal deban someterse a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>31</sup>.

*“En sentencia del 27 de marzo de 2008 la Sala dijo reiterar su posición en el sentido de que “no es posible que la Justicia Arbitral conociera y determinara la legalidad de actos administrativos generales y aquellos actos particulares contractuales que involucren el ejercicio de potestades exorbitantes, cuya competencia en cuanto a determinar su validez corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”*

*En esa misma fecha, dentro del expediente 36.644, con apoyo en la normatividad vigente, así como en los lineamientos expuestos por la Corte Constitucional sobre la materia, la Sala efectuó las siguientes precisiones respecto de la competencia de los Jueces Arbitrales para pronunciarse acerca de la legalidad de actos administrativos lo cual obviamente comportó una modulación significativa en relación con la postura uniforme y reiterada que hasta entonces se había sostenido, al señalar que:*

*“En materia contractual se encuentran excluidos de la competencia de los Árbitros i) los actos administrativos de contenido particular y concreto que se expidan en ejercicio de potestades o facultades excepcionales en los términos previstos por la Corte Constitucional en la precitada sentencia C-1436 de 2000 y ii) los actos administrativos de carácter general proferidos en desarrollo de la actividad contractual de la Administración. Podrán, en cambio, ponerse en conocimiento de los Árbitros los actos administrativos contractuales de contenido particular que no provengan del ejercicio de facultades excepcionales, dado que respecto de tales actos se reconoce la capacidad dispositiva de las partes, según se desprende de la*

---

<sup>31</sup> Ver por ejemplo, los actos administrativos mediante los que se surte la etapa procesal de reconocimiento de créditos dentro del proceso liquidatorio en desarrollo de “*conductas de autoridad*”, es decir, desplegando “*conductas no contractuales*”, los cuales, de conformidad con el artículo 7° del Decreto-Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 7° de la Ley 1105 de 2006, que expresamente están sometidos exclusivamente al control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De ahí que abunden razones jurídicas para no confundir al Liquidador con la entidad liquidada, pues una cosa son los *actos de autoridad* del Director del “proceso universal y concursal de liquidación forzosa administrativa” y otra muy distinta las *actuaciones de la entidad contratante liquidada*. Al resolver el conflicto de competencia la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca determinó que los actos administrativos de calificación de acreencias, son *autónomos* e *independientes* de los *actos contractuales*, por lo que la competencia para ejercer su control de legalidad está asignada a la Sección Primera en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que no es factible deducir que la presunción de legalidad que ampara a dichos actos deba y pueda ser controvertida mediante la acción contractual prevista en el artículo 87 del C.C.A. Ver Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conflicto de competencia N 2010- 00599, expediente: 2008- 00239.



misma sentencia C-1436 de 2000 en consonancia con los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998.

***En asuntos de otra naturaleza**, queda también proscrito para los Árbitros adelantar juicios de legalidad referidos a i) actos administrativos generales, así como respecto de ii) actos administrativos de contenido particular y concreto que por expresa disposición legal deban someterse a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En cambio, tal competencia sí se advierte respecto de los actos administrativos de contenido particular, ya que el hecho de su transigibilidad, fundado en los artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998, hace operante el enunciado normativo del artículo 115 del Decreto 1818 de 1998.” (Resaltado fuera de texto)<sup>32</sup>.*

Igualmente, resulta útil, la didáctica distinción que también ha hecho el Consejo de Estado, respecto de *hechos de la Administración directamente* relacionados con el contrato y *hechos del Príncipe* que no influyen en el contrato de manera directa sino refleja:

*“En este sentido, el **hecho del príncipe** se diferencia del **hecho de la administración** en que mientras que este último se relaciona **directamente** con el contrato, con el carácter que tiene la administración en él como **parte contratante**, es decir, con verdaderas **conductas contractuales**, el hecho del príncipe se vincula a decisiones o conductas que la **autoridad pública** adopta, no como parte en el contrato, sino en su carácter de tal, no influyendo en el contrato de manera directa sino **refleja**. No hay una conducta contractual, sino la conducta de una **autoridad** que está actuando en ejercicio de sus potestades y atribuciones y en su carácter y condición de **autoridad pública**. (Resaltado fuera de texto)<sup>33</sup>.*

### **2.3. Proscripción del arbitramento en relación con las cláusulas exorbitantes que regulan el ejercicio de los poderes excepcionales de la Administración Pública**

Hay quienes creen que la Constitución Política ni el Estatuto General de Contratación Pública consagran *restricciones* en cuanto a la competencia de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre las controversias que tengan relación con actos administrativos, incluso, los expedidos por la Administración Pública en ejercicio de sus poderes exorbitantes (Chemas, 2008, 7).

---

<sup>32</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 10 de junio de 2009, Radicación: 110010326000200900001 00, Expediente: 36.252.

<sup>33</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, sentencia del 4 de febrero de 2010, radicado No: 15.665.

En efecto, en relación con el alcance del arbitramento en los contratos estatales el profesor Jorge Eduardo Chemas Jaramillo enfatiza que la Ley 80 de 1993 amplió notablemente su campo de aplicación, debido a que con su expedición desapareció la *restricción* prevista en el artículo 76 del decreto 222 de 1983, que excluía expresamente el arbitramento para cláusulas exorbitantes, desvanecimiento que en una interpretación pacífica, no significa que esta restricción no se incluyó por olvido el Legislador, sino porque, obviamente, lo que se quiso fue eliminarla (Chemas, 2008, 7,9).

Para corroborar la interpretación de que cuando se quiere establecer una *excepción* o una *limitación*, el Legislador así lo consagra expresamente, el profesor Chemas Jaramillo cita la Ley 418 de 1997, en la que cuando el contratista tiene tratos con grupos al margen de la Ley, se establece como sanción la caducidad del contrato, y dados los motivos de orden público subyacentes en tal declaratoria, de manera expresa se excluye tal declaratoria del conocimiento de la Justicia Arbitral (Chemas, 2008, 9).

Este ejemplo, lleva a Chemas Jaramillo a concluir que, con excepción de la Ley 418 de 1997, 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 constitucional y legalmente no existe obstáculo para ello (Chemas, 2008, 9).

CHEMAS JARAMILLO deja de lado que en el ordenamiento jurídico del país no hay asignación tácita de funciones públicas, debido a que desde siempre a los funcionarios públicos sólo les está permitido hacer lo que les autorice expresamente la Ley, y que, en consecuencia, en el ámbito del Derecho Público Administrativo no hay lugar a aplicar el principio *iusprivatista* según el cual, al particular le está permitido hacer todo, menos lo que expresamente le prohíba el Legislador, amplio margen de libertad y acción al que renuncia todo *particular* que transitoriamente asuma la función *pública* de administrar justicia.

En todo caso, este debate resulta infructuoso debido a que desde el año 2000 la entidad encargada resguardar la Constitución y de interpretar y fijar el significado y alcance de la Ley se apartó de la hipótesis defendida por el profesor Chemas Jaramillo y sus seguidores, y muy por el contrario, mediante doctrina que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, dictaminó que no son arbitrables los actos administrativos contractuales que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales:

*“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**.* (...)

*“El análisis sobre la validez de los **actos exorbitantes** que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de los árbitros.” (Resaltado fuera de texto)<sup>34</sup>.*

#### **2.4. Poderes excepcionales que siéndolo “no lo son”: embudo al principio de cosa juzgada constitucional**

Como se vio, fue el profesor Jorge Eduardo Chemas Jaramillo quien introdujo, describió y criticó el “*embudo*” al que “*indebidamente*” se ha sometido el arbitraje (Chemas, 2008, 3).

Concedor de que un *embudo* es un instrumento cuya ancha entrada se va estrechando hasta culminar en su salida más angosta, una Sala mayoritaria del Consejo de Estado optó por debutar en los denunciados “*juegos del lenguaje*” con el fin de *aumentar* la salida del *embudo* que filtra y determina los límites materiales del arbitraje respecto de los actos administrativos.

En efecto, so pretexto de *precisar* la noción de *poderes excepcionales* de la Administración Pública, una de las Salas de la máxima autoridad de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa concluyó que aunque resultan “*iguales en sus aspectos lingüístico, fonético y gramatical*” hay unos sorprendentes y paradójicos “*poderes excepcionales*” que “*en cuanto a su contenido o aspecto material*”, no son tal, aclarando eso sí, que esa “*discordancia material*” opera exclusivamente en lo que respecta a la competencia de los Árbitros para juzgar estos originales y peculiares “*poderes excepcionales*”<sup>(35)</sup>.

Aunque reconoce que la decisión de la Corte Constitucional sobre la prohibición a los Árbitros para juzgar los actos administrativos dictados por la Administración Pública en desarrollo de sus *poderes excepcionales*, se encuentra acompañada de los efectos propios de la cosa juzgada constitucional, y naturalmente, en razón a lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, resulta de *obligatorio* acatamiento para el Consejo de Estado, una Sala mayoritaria de esta Corporación se adentra en el análisis

---

<sup>34</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, referencia: expediente D-2952 y Corte Constitucional, Sala Plena, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, sentencia SU-174/07 del 14 de marzo de 2007, referencia: expediente T-980611.

<sup>35</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 10 de junio de 2009, Radicación: 110010326000200900001 00, Expediente: 36.252.

de la *ratio decidendi* del fallo de la Corte y reacciona creando un segundo *embudo*, sólo que esta vez en contra de principio de cosa juzgada constitucional.

Luego de precisar que para la identificación de la *ratio decidendi* la Corte Constitucional ha indicado que es necesario tener en cuenta tres elementos: (i) la norma objeto de la decisión de la Corte, (ii) el referente constitucional que sirvió de base a la decisión y (iii) el criterio determinante de la decisión, la Sala del Consejo de Estado resalta que al examinar la referida sentencia C-1436 de 2000, se encuentra que (i) las disposiciones normativas objeto de dicho pronunciamiento fueron los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 relativos a la autorización que la Ley impartió a las entidades estatales contratantes para pactar la cláusula compromisoria en sus contratos; (ii) los referentes constitucionales que sirvieron de base a la decisión fueron los artículos de la Constitución Política 116 –ejercicio de la función jurisdiccional– y 238 –atribuciones y competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo–; finalmente, (iii) el criterio determinante al cual que acudió la Corte Constitucional consistió en puntualizar que los actos administrativos contractuales derivados del ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales *al derecho común* comportan la expresión de la autoridad del Estado, materia que, para efectos de su control judicial, constitucionalmente se encuentra reservada a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo <sup>(36)</sup>.

Con base en estos presupuestos una de las Sala, mayoritaria, del Consejo de Estado concluyó que la *ratio decidendi* del pronunciamiento de exequibilidad condicionada contenido en la sentencia C-1436 de 2000 se encuentra en la precisión que hizo la Corte al señalar que los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio por parte del Estado de cláusulas exorbitantes o excepcionales *al derecho común* <sup>(37)</sup>.

Pero el análisis no paró allí, pues para “lograr” la “mejor” comprensión acerca del condicionamiento de la Corte Constitucional y con el fin de “cumplir, acatar y respetar” la sentencia C-1436 de 2000 en sus “verdaderos” sentido y alcance, la Sala del Consejo de Estado consideró que se imponía indagar y “clarificar” qué fue exactamente lo que la Corte Constitucional “entendió” por tales “actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

Y al efectuar un “detallado” y “cuidadoso” examen de la Sentencia C-1436 de 2000, una Sala mayoritaria de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado *súbitamente* encontró que el condicionamiento

---

<sup>36</sup> Ídem.

<sup>37</sup> Ídem.

establecido por la Corte Constitucional recae precisamente y *exclusivamente* sobre los que actos administrativos 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*, disposición esta última que *curiosamente* no se encuentra dentro de las norma objeto de la decisión de la Corte, que como se vio fueron únicamente los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993 <sup>(38)</sup>.

Dilucidadas y limitados así, tanto el “*sentido*” como el “*alcance*”, del condicionamiento de la Corte Constitucional, todo en “*íntima*” conexión y con “*estricto*” apego a la *ratio decidendi* que le sirvió de fundamento, una de las Salas mayoritaria de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado consideró que lo que se imponía era “*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*, 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<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> “ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejercite algunas de estas ***potestades excepcionales*** deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley. 2o. Pactarán las ***cláusulas excepcionales al derecho común*** de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión. Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios. En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aún cuando no se consignen expresamente. (...)” (Resaltado fuera de texto).

<sup>39</sup> Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 10 de junio de 2009, Radicación: 110010326000200900001 00, Expediente: 36.252.

Aquí habría podido culminar el análisis de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, pero no fue así, porque dicha Corporación optó por hacer una aclaración final, para precisar que el “alcance” del concepto de los “*poderes excepcionales*” al cual se refirió la Corte Constitucional no coincide con el sentido que, la mayoría de una de las Salas de la Sección Tercera del Consejo de Estado, le atribuye a la noción de “*poderes excepcionales*”, expresiones que, por tanto, resultan “iguales” en sus aspectos lingüístico, fonético y gramatical, pero “difieren” en cuanto a su “*contenido o aspecto material*”<sup>40</sup>.

Al decir de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de conformidad con la *ratio decidendi* de la Sentencia C-1436 de 2000, la Corte Constitucional asimiló, identificó y restringió los “*poderes excepcionales*” exclusivamente al conjunto de facultades que la Ley 80 de 1993 consagra en su artículo 14, mientras que, por el contrario, para la mayoría de una de las Salas de la Sección Tercera del Consejo de Estado los *poderes excepcionales* o tradicionalmente conocidos también como *exorbitantes* corresponden a la totalidad de facultades, atribuciones o competencias que autorizan a las entidades estatales contratantes para adoptar decisiones *unilaterales* que resultan vinculantes para los particulares contratistas quienes no se encuentran en un plano de igualdad sino de *subordinación* jurídica respecto de su contratante la Administración Pública, a la cual le corresponde velar por el interés general cuya satisfacción se encuentra inmersa en la celebración y consiguiente ejecución de cada contrato estatal <sup>(41)</sup>.

La mayoría de una de las Salas de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado exalta y acentúa que frente al de la Corte Constitucional, su concepto de “*poderes excepcionales*” es más *amplio* en la medida que comprende *todas* aquellas facultades, atribuciones o prerrogativas que autorizan o permiten a las entidades estatales contratantes la adopción de actos administrativos contractuales, incluidos aquellos a los que se refiere el artículo 14 de la Ley 80, pero sin limitarse a ellos, por manera que además de las referidas competencias para adoptar decisiones unilaterales vinculantes en virtud de a) la interpretación unilateral; b) la modificación unilateral; c) la terminación unilateral; d) la caducidad administrativa; e) el sometimiento a las leyes nacionales, y f) la reversión, también abarcan los demás *actos administrativos contractuales* como son, por ejemplo, i) los que imponen multas, de conformidad con las previsiones del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007; ii) los que declaran la terminación unilateral del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en alguno de los numerales 1, 2 o 4 del artículo 44 de la Ley 80, según los dictados del artículo 45 del mismo Estatuto de Contratación Estatal; iii) los que corresponden a la liquidación unilateral de los contratos, de conformidad con las previsiones del artículo 61 de la

---

<sup>40</sup> Ídem.

<sup>41</sup> Ídem.

misma Ley 80; iv) los que determinan u ordenan la exigibilidad de las garantías constituidas para amparar diversos riesgos de naturaleza contractual; etc., sólo que estos últimos actos, por no aplicarles el condicionamiento establecido en la sentencia C-1436 de 2000, son *actos administrativos contractuales arbitrables* <sup>(42)</sup>.

Al respecto resulta muy dicente la constancia que dejó el Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez, quien aclaró: a) que se hace alusión a la “*mayoría*” de la Sala y no a la “*totalidad*” de la misma, puesto que es su criterio “*individual*” el que coincide con el alcance que le atribuye la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000 a la noción de los “*poderes excepcionales*”; b) que es él quien estima que el carácter de “*excepcional*”, que por su propia naturaleza debe interpretarse de manera estricta y restringida –sin que sea susceptible entonces de interpretación amplia o extensiva y menos de aplicación por vía de analogía–, *únicamente* puede predicarse en relación con las precisas y específicas facultades o poderes a los cuales la propia Ley 80 de 1993, de manera expresa y precisa, identificó y calificó en su artículo 14 como “*cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad*”; c) que no le es dable al intérprete desatender el tenor de la norma legal para extenderle el carácter de cláusulas o poderes excepcionales a facultades diferentes, como las de imposición de multas, liquidación unilateral, exigibilidad de las garantías, etc.; d) que si se identifican como excepcionales *todos* los poderes que las entidades estatales contratantes ejerzan o pueden ejercer de manera *unilateral* en desarrollo de los contratos de los cuales sean parte, es claro que los mismos dejarán de ser *excepcionales* para pasar a ser la *generalidad* de tales prerrogativas; e) y que el criterio, según el cual únicamente pueden tenerse como cláusulas excepcionales aquellas que de manera expresa y taxativa así fueron calificadas por el artículo 14 de la Ley 80 y que, por tanto, le *niega* el carácter de cláusula o poder excepcional a *otras* facultades, encuentra apoyo en diversos pronunciamientos efectuados por el propio Consejo de Estado <sup>(43)</sup>.

Esta constancia es muy *dicente* porque el anunciado “*juego lingüístico*” y la posición adoptada por el Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez, en realidad es una posición *minoritaria* dentro del Consejo de Estado, puesto que a la postre tres (3) de los cinco (5) Magistrados que suscribieron la sentencia, aunque por otras razones estuvieron de acuerdo en que en el caso concreto analizado el laudo no debía anularse, aclararon su voto con el fin de dejar en evidencia que los efectos de cosa juzgada constitucional de la C-1436 de 2000, en ningún caso y por ningún motivo, se *reducen* a los poderes excepcionales indicados en el artículo 14 de la Ley 80 <sup>(44)</sup>.

---

<sup>42</sup> Ídem.

<sup>43</sup> Ídem.

<sup>44</sup> Colombia, aclaraciones de voto de los Magistrados MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, ENRIQUE GIL BOTERO y RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Consejo de Estado, Sala de lo

## 2.5. Poderes excepcionales que siéndolo “*si lo son*” y siguen “*siendo*” para todos los efectos de cosa juzgada constitucional

La Sala *minoritaria* de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado cierra su análisis destacando la supuesta “*diferencia*” que existe en cuanto al contenido o el alcance de las “*dos*” clases o especies de la noción de *poderes excepcionales*, para resaltar la *amplitud* de su definición respecto de la supuesta *estreches* del concepto de la Corte Constitucional, sólo que esta *anchura* conceptual se enrostra o refriega con el único fin de *restringir* los efectos de cosa juzgada constitucional de la sentencia C-1436 de 2000, es decir, para agrandar o expandir la competencia de los Árbitros en relación con el juzgamiento de los actos administrativos.

Por tanto, frente a este *largo* fallo de la Sala *minoritaria* del Consejo de Estado es inevitable preguntar ¿sí es cierto que la Corte Constitucional limitó los *poderes excepcionales* únicamente a las precisas y específicas facultades o poderes previstos en el artículo 14 de Ley 80 de 1993?

La primera *rareza* que brota, es que en la sentencia de la Corte Constitucional no aparece alusión alguna al *protagónico* artículo 14 de Ley 80 de 1993, es más, la única referencia en el fallo al número 14 es la que se exhibe en la identificación de la sentencia: C-1436/00.

La segunda *curiosidad* que se detecta es que la expresión “***poderes excepcionales***” de la Administración, que es la que quedó consignada en la sentencia de la Corte Constitucional, tampoco figura literalmente en el estelar artículo 14 de Ley 80 de 1993, pues en dicho artículo se hace alusión a los “*medios*” que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, a las “*cláusulas*” excepcionales al derecho común y a las “*potestades*” excepcionales, falta de coincidencia que debió sopesar el Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez, por ser él quien ha exigido interpretaciones “*estrictas*” y “*restringidas*”.

La tercera *extrañeza* que se revela es la duda respecto de si el *poder* de la Administración Pública de imponer multas no es otro de los tantos “*medios*” que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, y el dilema de por qué motivo el poder de *terminar unilateral* del contrato por la configuración de alguna de las causales de nulidad absoluta consagradas en el artículo 44 de la Ley 80 es diferente a la *potestad* excepcional de *terminar unilateralmente* el contrato estatal prevista en el artículo 14 de Ley 80 de 1993, y por qué motivo la *liquidación unilateral* del contratos bajo las previsiones del artículo 61 de la Ley 80



de 1993 no está comprendida en la *potestad* excepcional de *liquidar unilateralmente* el contrato establecida en el artículo 14 de Ley 80 de 1993.

¿Será que la suposición y el *temor* de que si se “*identifican*” como *excepcionales todos* los poderes que las entidades estatales pueden ejercer de manera *unilateral* en desarrollo de los contratos en los son parte, dichos poderes dejarán de ser *excepcionales* y pasarán a ser la *generalidad* de tales prerrogativas, son razones suficientes para crear *artificialmente* dos conceptos diferenciados de *poderes especiales*, con el único propósito de que produzca el efecto de facultar a los Árbitros para pronunciarse sobre la “*legalidad*” de algunos los “*actos administrativos*” de la Administración Pública? ¿En realidad es muy difícil comprender que *todos* los poderes *excepcionales* de la Administración Pública en materia de contratación estatal los son porque efectivamente son extraordinarios, portentosos, especiales y distintos *al Derecho Común*, por la sencilla razón de que hacen parte del Derecho Público Administrativo?

A la Sala *minoritaria* de la Sección Tercera hay que recordarle que el Consejo de Estado exige a los Jueces Administrativos que mantengan una lógica mínima, dado que la *certeza jurídica* que se busca con la definición del proceso, impone al Juez el *deber de claridad* respecto de la sentencia, noción que se opone a las decisiones oscuras, *ambiguas* o dudosas.

En fin, en lo que si no hay *rarezas, curiosidades, extrañezas ni dudas* es en el *genuino* contenido de la sentencia C-1436 de 2000, en la que la Corte Constitucional expresamente indicó que el punto que analizó fue la “*facultad*” que tienen los Árbitros para pronunciarse sobre la “*legalidad*” de los “*actos administrativos*” de la Administración, específicamente, de aquellos que “*dicta*” el Estado cuando “*actúa*” como contratista <sup>(45)</sup>.

Para resolver este interrogante, la Corte Constitucional inmediatamente abordó el *control de legalidad* de **los** actos administrativos, de *todos*, no sólo de *algunos*, respecto del cual concluyó que “*el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros*” porque la *presunción de legalidad* de los actos administrativos encuentra su “*contrapeso*” en el “*control*” que sobre él puede efectuar la Jurisdicción, que entre nosotros, la ejerce el Juez Contencioso, facultad que no pueden “*derogar*” los particulares a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral, pues por tratarse de un aspecto que toca con el *orden público normativo*, que no es susceptible de disposición alguna, el

---

<sup>45</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, referencia: expediente D-2952.

pronunciamiento en este campo es *exclusivo* de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa<sup>(46)</sup>.

Sobre este aspecto los Magistrados del Consejo de Estado Ramiro Saavedra Becerra y Enrique Gil Botero manifestaron que había que notar que la Corte aludió al acto administrativo “*en general*” y resaltó que mediante él, el Estado desarrolla sus potestades y competencias, “*todas*” las que están previstas en la Constitución y en la Ley:

*“Es verdad que la Corte se refirió a algunas de las potestades de que trata el artículo 14 de la ley 80 de 1993, pero **no limitó** la incompetencia de los árbitros a los actos proferidos en desarrollo de las mismas. En efecto, dijo la Corte que: “en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral,” con lo cual se deduce que dentro de los actos administrativos que no pueden juzgar los árbitros están los que **comprenden** el ejercicio de esos poderes excepcionales, sin que ello signifique que son los **únicos**.”*

*Sobre todo si se advierte que más adelante justifica su argumento en que al proferir dichos actos, “el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general (...), por ser de orden público,” lo que conduce a entender que es intransigible la **legalidad** del acto proferido en desarrollo del artículo 14, no por la materia que regula, sino porque comporta el ejercicio de una función pública, como ocurre con todos los actos administrativos.*

*De lo anterior se infiere que, también para la Corte Constitucional, los árbitros son incompetentes para juzgar **todos** los actos administrativos, **incluso** los que **no están** comprendidos en el **artículo 14** de la ley 80 de 1993, como acontece con el acto por medio del cual la entidad pública liquida unilateralmente el contrato. [...]*

*En el caso concreto -del cual me separo en relación con algunos argumentos expuestos para justificar la decisión de fondo que comparto-, se afirma **correctamente** que los poderes exorbitantes del Estado **no son sólo** los del art. 14 de la ley 80 **sino otros**, tal como yo lo sostenía desde antes. No obstante, considera **equivocadamente** la Sala que los tribunales de arbitramento **sí pueden** conocer de las controversias relativas a los poderes exorbitantes que tienen fundamento en normas **distintas** al art. 14 de la ley 80; de modo que de lo **único** que no pueden conocer es precisamente de los poderes que enuncia **dicho** artículo.*

*Esta distinción es **inaceptable**, porque lo manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1436 de 2000, a propósito del tema, no se debe entender como lo hace la Sala, introduciendo dicha **diferencia**. Lo expresado por la Corte es que*

---

<sup>46</sup> Ídem.

*ningún poder exorbitante puede debatirse ante tribunales de arbitramento, bien sea que tengan fundamento en el **art. 14** de la ley 80 o que lo tengan en **otras disposiciones**, pues se **violaría** el art. 238 de la Constitución Política, que dispone que **sólo** esta jurisdicción puede suspender actos administrativos, de donde se deduce necesariamente que también **solo** a ella le corresponde anularlos” (Resaltado fuera de texto)<sup>(47)</sup>.*

El segundo y último aspecto que abordó la Corte Constitucional para definir si a los Árbitros se les puede facultar para pronunciarse sobre los “*actos administrativos*” que “*dicta*” la Administración cuando “*actúa*” como contratista, fue el relativo a la resolución de los conflictos surgidos en torno a los contratos celebrados entre el Estado y los particulares.

Sobre este aspecto la Corte señaló que a partir de 1993 los conflictos surgidos de la actividad contractual del Estado quedó radicada definitivamente en cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero que, en ese mismo año, el propio Legislador facultó a la Administración para sustraer de esa Jurisdicción el conocimiento de los conflictos que llegaren a surgir, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los *contratos estatales* y someterlos a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el *interés público* que ostentan los *contratos estatales* implícitamente, o se discuta la facultad de la administración para *transigir*<sup>48</sup>.

Frente a esta última decisión del Legislador, la Corte Constitucional recalca que la pregunta que surge es ¿sí, en estos casos, los Árbitros pueden pronunciarse *también*, frente a las divergencias que surjan en relación con los *actos administrativos* que dicta la Administración con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación del contrato?<sup>49</sup>.

Para responder este interrogante, apoyada en la doctrina de Héctor Jorge Escola (Tratado Integral de los Contratos Administrativos) y Fernando Garrido Falla (Tratado de Derecho Administrativo), la Corte recalca que si bien es cierto que en materia contractual el Estado se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preeminencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes contratantes, también es verdad que se rige por *disposiciones extrañas* a la contratación particular, que buscan la conservación y prevalencia del interés general,

---

<sup>47</sup> Colombia, aclaración de voto del Magistrado Ramiro Saavedra Becerra, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 10 de junio de 2009, Radicación: 110010326000200900001 00, Expediente: 36.252.

<sup>48</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra, sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, referencia: expediente D-2952.

<sup>49</sup> Ídem.

como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, implícitas en los contratos estatales<sup>50</sup>.

De ahí que la diferencia entre los contratos estatales y los celebrados por los particulares reside en que mientras las convenciones de los contratos de derecho privado son *inmutables e inflexibles*, las que conforman el contrato administrativo admiten cierto grado de *mutabilidad*, cuando lo impone el interés público que constituye la finalidad del contrato estatal. Es precisamente la presencia de *poderes de carácter excepcional* otorgados a la Administración Pública la que determina una dinámica particular del contrato estatal que viene a *corregir* la rigurosa *inflexibilidad* de los contratos civiles, introduciendo disposiciones *extrañas* a la contratación particular mediante las llamadas *cláusulas exorbitantes o excepcionales* al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de *prerrogativas* que por tener como fundamento la prevalencia, no sólo del interés general, sino de los fines estatales, no pueden ostentar ni ejercer los particulares<sup>51</sup>.

Los poderes de carácter excepcional a los que puede recurrir la Administración Pública, en su calidad de tal, como medidas extremas no sólo para evitar la paralización del contrato estatal, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio, en atención al interés público implícito en ellos. Estos actos *unilaterales*, sólo pueden ser dictados por la Administración en ejercicio de facultades *legales* y el hecho de que se dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisonomía *propia, y distinta* a la de los *demás* actos administrativos, porque el contrato no es la fuente de la que dimana el poder para expedirlos, ya que dicha fuente tiene origen y está radiada *únicamente* en la Ley<sup>52</sup>.

En este orden de ideas, los actos administrativos a través de los cuales se aplican las cláusulas *exorbitantes* del contrato estatal sólo pueden ser objeto de examen por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues si bien es cierto que dichos actos administrativos tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto que no se puede desconocer y que sería la base para que los Árbitros pudieran pronunciarse, no cabe duda de que estas implicaciones son consecuencia del ejercicio de las atribuciones o facultades legales de la Administración Pública, cuyo análisis es de competencia exclusiva de los Jueces e indelegable en los particulares, debido a que las decisiones adoptada en esta clase de actos administrativos, es expresión directa de la autoridad del Estado, y como tal, únicamente los Jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto administrativo se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como

---

<sup>50</sup> Ídem.

<sup>51</sup> Ídem.

<sup>52</sup> Ídem.

sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales <sup>(53)</sup>.

En estos casos el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de *disponibilidad* sino que, en caso de controversia, ha de ser definida por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que, como se sabe, es el Juez Natural de la *legalidad* de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política <sup>(54)</sup>.

Por consiguiente, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la Administración Pública, no puede quedar librado a los particulares, y las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la *derogación* de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una *separación* de competencias entre la Jurisdicción Contenciosa y los Árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión *unilateral* de la Administración, dejando en cabeza de la Jurisdicción Contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. En este punto la *unidad* de Jurisdicción debe prevalecer, como manifestación no sólo de un *poder* que es *indelegable*, sino de la *seguridad jurídica* que debe darse a los asociados<sup>55</sup>.

Tanto es ello así, que de manera exclusiva y excluyente, el artículo 238 de la Constitución autoriza a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para "*suspender provisionalmente*" los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por la vía judicial, asunto este que, *ni por asomo*, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de Jurisdicción como Árbitros. Entonces, a fortiori, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los Árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la *suspensión* provisional de los efectos de actos administrativos, con mucha mayor razón queda *excluida* tal competencia para decidir sobre la *legalidad* de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien no puede lo *menos*, jamás podrá lo *más*<sup>56</sup>.

En virtud de lo expuesto, la Corte Constitucional declaró 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

---

<sup>53</sup> Ídem.

<sup>54</sup> Ídem.

<sup>55</sup> Ídem.

<sup>56</sup> Ídem.

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 Pública en desarrollo de sus poderes excepcionales.

Así que, una cosa es el *contrato estatal* y otra muy distinta los *actos administrativos contractuales*, razón por la cual, no es viable mezclar, revolver, confundir, embrollar, o enredar el arbitramento de los *contratos estatales* con el arbitraje de los actos administrativos que dicta la Administración en desarrollo de la actividad contractual, distinción fundamental, que tal y como lo aclaró la Magistrada del Consejo de Estado, Miryam Guerrero De Escobar, es la que explica por qué, de acuerdo con las directrices jurisprudenciales que por largo tiempo han orientado a la Corte Constitucional y al Consejo de Estado, las controversias relacionadas con los actos administrativos –sean o no el resultado del ejercicio de las facultades excepcionales previstas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993– son de conocimiento *exclusivo* su Juez Natural: la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

*“A la luz de la jurisprudencia emanada de la Corte, se destaca que los árbitros en ejercicio de su competencia, **no podrán** hacer pronunciamiento **alguno** sobre la **legalidad** de los actos administrativos **expedidos** por la Administración con ocasión de la **actividad contractual**, independientemente de que dichos actos correspondan al ejercicio de las facultades excepcionales consagradas en los artículos 14a 19 de la Ley 80 de 1993.*

*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.*

*En otras palabras, el ejercicio del poder excepcional de la Administración en materia de contratos estatales, **no se circunscribe** exclusivamente a la efectividad de las cláusulas excepcionales estipuladas en el acuerdo de voluntades, sino que **trasciende** también a **todos** los demás actos expedidos con ocasión de la actividad contractual en los cuales la Administración también está en ejercicio de sus **poderes unilaterales** que precisamente se materializan a través de dichos actos.*

*Siguiendo las directrices fijadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y aquellas que han orientado a la Sala por largo tiempo, las controversias en las*

cuales se impugne la legalidad de los actos administrativos -sean o no el resultado del ejercicio de las facultades excepcionales previstas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993- son de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, su juez natural y no de los árbitros designados por las partes. (Resaltado fuera de texto)<sup>(57)</sup>.

## **2.6.** El pacto arbitral no apareja la renuncia al ejercicio de los poderes excepcionales de la Administración Pública

El profesor Jorge Eduardo Chemas Jaramillo se acongoja porque las altas cortes del país han limitado las facultades de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre las controversias que tengan relación con un acto administrativo expedido en ejercicio de los poderes exorbitantes de la Administración Pública; y se abruma porque, corolario de ello, se ha abierto un “atajo” para la legalidad, consistente en que cuando una entidad pública se encuentra enfrentada con un contratista, le basta “expedir” un acto administrativo que desarrolle sus potestades excepcionales, para “inhibir” la efectividad de la cláusula compromisoria en virtud de la cual, cualquier controversia que se presente entre las partes debe ser sometida al conocimiento de un Tribunal de Arbitramento. Con ello, la Administración no sólo decide de un “atajo”, en forma “unilateral”, las diferencias existentes, sino que “difiere” por varios años la revisión de legalidad de su conducta contractual a sabiendas de que las consecuencias serán afrontadas por “lejanos” sucesores, todo con la “complacencia” y al lamentable “amparo” de la jurisprudencia de las altas cortes (Chemas, 2008, 6).

En síntesis, el profesor Chemas Jaramillo propone y exige que, por el simple hecho de haber suscrito un pacto arbitral, la Administración Pública *renuncie* a ejercer los poderes excepcionales que le reconoce y confiere la Ley, *abdicación* que a ningún Juez natural se le ha ocurrido exigir, por configurar, esta si, una intromisión “*impropia*” a la Rama Ejecutiva, pues los Jueces permanentes de la República comprenden muy bien que la presencia de un sujeto *especial*, como lo es la Administración Pública, ineludiblemente moldea una fisonomía *particular* del arbitramento en los contratos estatales, que impide alcanzar la plena “*privatización*” del derecho administrativo, como al parecer lo anhela el profesor Chemas Jaramillo, quien no se cansa de reclamar una absoluta *simetría* entre las partes que suscriben los contratos estatales, *equilibrio* que ya no es posible exigir ni siquiera en el campo del arbitramento *privado*, en donde, poco a poco, se viene reconociendo la *desigualdad* estructural que existe, por ejemplo, entre los consumidores y quienes integran la cadena de producción y distribución de los bienes y servicios transados en el mercado.

---

<sup>57</sup> Colombia, aclaración de voto de la Magistrada Myriam Guerrero De Escobar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 10 de junio de 2009, Radicación: 110010326000200900001 00, Expediente: 36.252.

De ahí que, apoyada en el tratadista Garrido Falla, la Corte Constitucional haya recordado la necesidad de “*corregir*” la típica y rigurosa “*inflexibilidad*” de los contratos *civiles*, a partir de reconocer y dar la prevalencia, no sólo al interés general, sino a los fines estatales que fundamentan y justifican el ejercicio de los poderes *excepcionales* de la Administración Pública, interés, fines y poderes que fuerzan a aceptar, de una vez por todas, que la *dinámica particular* de la contratación pública impone que el Estado se rija por disposiciones *extrañas* a la contratación entre *particulares*, que buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad, inherentes a los contratos estatales, dinámica también moldea una fisonomía *particular* del arbitramento en la contratación pública:

*“La pregunta que surge, entonces, es si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes en relación con los actos administrativos que dicta la administración con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que si bien el Estado en materia contractual se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preeminencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes contratantes, también se rige por disposiciones **extrañas** a la contratación particular, las cuales buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la **satisfacción** de las necesidades de la comunidad, implícitas en los contratos estatales. (...)*

*Al hablar de “disposiciones extrañas a la contratación particular”, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al **derecho común**, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que **no ostentan** los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos intereses y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo “determina una posición también **especial** de las partes contratantes, así como una **dinámica particular** de la relación entre ellos, que viene a **corregir** típicamente la rigurosa **inflexibilidad** de los contratos civiles”. Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas **extremas** que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la **debida** ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la **paralización** de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada **prestación** del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos.” (Resaltado fuera de texto) <sup>(58)</sup>.*

---

<sup>58</sup> Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra, sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, referencia: expediente D-2952.



De modo que, por ningún motivo, la suscripción del pacto arbitral puede aparejar la renuncia del ejercicio de los *poderes excepcionales* de la Administración Pública. Cosa muy distinta es el censurable abuso de algunos funcionarios públicos, que no obstante que dejan perder la oportunidad para ejercer los poderes excepcionales que les confiere la Ley debido a la puesta en marcha de la Jurisdicción Arbitral, o de la Contenciosa Administrativa, tardíamente intentan expedir desautorizados actos administrativos con posterioridad a la presentación de la demanda del contratista, conducta que, naturalmente, ha sido inflexiblemente reprochada por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional<sup>59</sup>.

## CONCLUSIONES

El desconocimiento de las fronteras de la Justicia Arbitral trae serias y negativas consecuencias jurídicas y económicas a las empresas y personas que, de buena fe, creen que al asumir altas erogaciones podrán acceder a una justicia *pronta y eficaz* que define y resuelve de *fondo* las diferencias surgidas en sus actividades económicas.

El vacío legal de no haber previsto consecuencia alguna para los Árbitros que se empecinan en auto-declarar su competencia respecto de asuntos que les está vedado, genera el *riesgo moral* de hinchar artificialmente su temporal y limitada autoridad jurisdiccional.

Para moderar o contener este riesgo a los Árbitros les asiste la obligación legal, y el deber ético, de subordinar sus intereses económicos al derecho fundamental de acceso a la justicia de los usuarios de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, absteniéndose de auto-ensanchar ficticiamente su transitoria y restringida autoridad jurisdiccional.

---

<sup>59</sup> Conocido es el sonado caso del Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia surgida entre Concesiones de Infraestructura S.A. (CISA) y el Departamento del Valle del Cauca, en el que, luego de que ambas partes convocaron la integración de un Tribunal de Arbitramento para la liquidación del contrato de concesión de la carretera Cali–Candelaria–Florida, el ente territorial liquidó unilateralmente el contrato y, después de que se profirió el laudo arbitral en su contra, interpuso el recurso de anulación alegando que se había desconocido su acto administrativo. El Consejo de Estado declaró infundado el recurso de anulación, al considerar que la competencia para liquidar el contrato fue radicada en la Justicia Arbitral y que la Administración había perdido su potestad de liquidar unilateralmente el contrato por no ejercerla antes de que se admitiera la demanda del contratista. Pese a ello, el Departamento del Valle por medio de la acción de tutela solicitó la nulidad de todo lo actuado por el Tribunal de Arbitramento y el Consejo de Estado, pretensión que inicialmente fue acogida por una de las salas de la Corte Constitucional, pero que posteriormente, la Sala Plena de esa corporación dejó sin efecto al anular la sentencia de tutela. De esta manera quedaron en firme el laudo arbitral y el pronunciamiento del Consejo de Estado (ver Corte Constitucional: Sala Primera de Revisión, sentencia T-481 de 2005, y Sala Plena, auto 100 del 22 de marzo de 2006, citadas por Chemas (2008, 6,7)).

Por su parte, a los Jueces naturales le corresponde cumplir estrictamente sus obligaciones constitucionales de hacer respetar su fuero y de sancionar ejemplarmente a los ávidos y habilidosos Árbitros que, mediante argucias interpretativas, ilegalmente se aferran a la atrayente remuneración que brinda el arbitramento de los conflictos.

A la Procuraduría General de la Nación, igualmente le asiste el deber constitucional, no sólo de cuidarse de promover la “*tendencia uniforme*” de la jurisprudencia arbitral de “*esperar*” para hacer el pronunciamiento de fondo en el laudo sobre la caducidad, sino de hacer cumplir el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo que claramente dispone que el Juez debe *rechazar* de plano la demanda cuando haya vencido el término de caducidad para instaurarla.

Por su lado, es inaplazable que los centros de arbitramento implementen amplias y eficaces jornadas de capacitación dirigidas a superar la insana costumbre de reproducir en forma automática *viejas, defectuosas y restringidas* cláusulas compromisorias que no abarcan *todos* los conflictos transigibles que surgen de la *relación contractual* y que desconocen la evolución jurisprudencial sobre la competencia de los Árbitros, por ejemplo, respecto de los actos administrativos.

Frente a los reiterados eventos de competencia *errada*, y en especial de manifiesta *falta* de competencia, en los que los Árbitros *auto-definen* positivamente su propia competencia, cobran sus altos honorarios, siguen el proceso y profieren un laudo que posteriormente es declarado nulo por *error* orgánico de falta de competencia, al abordar la reforma al sistema de honorarios, costos y gastos del arbitramento que impera en el país, el Legislador debería prever como consecuencia la devolución de los emolumentos pagados a los Árbitros, debidamente actualizados, efecto, que se debe imponer con mayor razón, cuando su competencia sea discutida e impugnada oportunamente por las partes dentro del proceso arbitral.

Con el fin de evitar que las personas sigan incurriendo innecesariamente en elevados gastos para que se les “*administre*” una justicia en la que, después de una espera, cada vez mayor debido al mal y difundido hábito de suspender el término legal para fallar, dichos costos son retribuidos con fallos *inhibitorios* o providencias que no resuelven las divergencias de fondo, la obligación legal de *rechazar* de plano la demanda cuando haya vencido el término de caducidad para instaurarla, debe ser reforzada por el Legislador, mediante la incorporación en el proceso arbitral del trámite de proposición y resolución de las *excepciones previas* que impidan adelantar inútilmente procesos que contradicen los principios de celeridad, eficiencia y eficacia de los mecanismo alternativos para la solución de los conflictos.

Finalmente, es hora de que el Consejo Superior de la Judicatura y el restablecido Ministerio de Justicia asuman como una de sus prioridades la instauración en el país de la *Cámara Pública de Arbitramento*, adscrita al Poder Judicial, a través de la cual se posibilite ampliar el acceso al arbitramento como un verdadero mecanismo alterno, económico, rápido, eficiente y eficaz para la solución de los conflictos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Libros y artículos**

BECERRA TORO, Rodrigo, El pacto arbitral, trabajo de posesión como miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Cali, 20 de abril de 2007, [http://www.acj.org.co/activ\\_acad.php?mod=posesion%20becerra%20toro](http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20becerra%20toro).

BENETTI SALGAR, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, Editorial Temis S.A., segunda edición, Bogotá, 2001.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, La evolución del arbitraje en materia estatal, En *el derecho administrativo en los albores del siglo XXI*, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2007.

CORREA ÁNGEL, Diana Ximena, El arbitraje en el derecho administrativo: una forma de Justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado, Tesis de grado No 15, Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2002.

CHEMÁS JARRAMILLO, Jorge Eduardo, Restricciones al acceso a la justicia arbitral en contratos estatales, Bogotá D.C., 2008, Revista digital de derecho administrativo de la Universidad Externado de Colombia, <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs//documents/UExternado/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Subir%20aqu%C3%AD%20los%20documentos%20para%20descargar/Jorge%20Eduardo%20Chem%C3%A1s%20Jaramillo.pdf>

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, El arbitramento en los contratos públicos – el caso colombiano–, Centro de Solución de Conflictos (CESCON) de la Cámara Panameña de la Construcción, Panamá, 2009, <http://www.cescon.org/El%20Arbitramento%20en%20los%20Contratos%20Publicos.pdf>

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán, Nuevo régimen de arbitramento, Cámara de Comercio de Bogotá, tercera edición, Bogotá D.C., 2004.

PARRA BENÍTEZ, Jorge, El arbitraje en Colombia y su aplicación en un caso de un contrato administrativo, Bogotá D.C., 1999, I Congreso Mundial de Arbitraje y XVIII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, Revista Iberoamericana de arbitraje y mediación, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/a-05.php>.

### **Referencia legislativa y jurisprudencial**

República de Colombia, Ley 80 de 1993.

República de Colombia, Decreto 1818 de 1998.

República de Colombia, Decreto 4089 del 25 de octubre de 2007.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: Hernado Herrera Vergara, sentencia C-242 del 20 de mayo 1997, Referencia: expediente D-2952.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, sentencia C-672 del 9 de septiembre de 1999, Referencia: expediente D-2273.

República de Colombia, Corte Constitucional, Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, sentencia C-1140 del 30 de agosto de 2000, Referencia: expediente D-2777, D-2782, D-2783, D-2792, D-2802, D-2809 y D-2811.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra, sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, referencia: expediente D-2952.

República de Colombia, Corte Constitucional, Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez, sentencia C-098 del 31 de enero de 2001, Referencia: expediente D-3179.

República de Colombia, Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, sentencia SU-174/07 del 14 de marzo de 2007, referencia: expediente T-980611.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, sentencia del 4 de junio de 1993, expediente No: 7215,

República de Colombia, Consejo de Estado, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, sentencia del 23 de febrero de 2000, expediente: 16.394.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros, sentencia del 16 de febrero de 2001, radicado No: 18.063.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de abril de 2004 (expediente 21652).

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 10 de junio de 2009, Radicación: 110010326000200900001 00, Expediente: 36.252.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, sentencia del 4 de febrero de 2010, radicado No: 15.665.

República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, sentencia del 18 de febrero de 2010, radicado No: 11001-03-26-000-2009-00058-00(37004).

República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernandez Enriquez, auto del 14 de agosto de 2003, expediente No: 66001-23-31-000-2002-00071-01, número interno 24344.

República de Colombia, aclaración de voto, Magistrados Myriam Guerrero De Escobar, Enrique Gil Botero y Ramiro Saavedra Becerra, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del 10 de junio de 2009, Radicación: 110010326000200900001 00, Expediente: 36.252.

República de Colombia, salvamento de voto, Magistrado Ricardo Hoyos Duque, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, sentencia del 8 de junio de 2000, expediente N° 16.973.

República de Colombia, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conflicto de competencia N 2010- 00599, expediente: 2008- 00239.

República de Colombia, Laudo del 4 de octubre de 2010 proferido por el Tribunal de Arbitramento de Martín Aldana Mayorga y otros contra la Empresa Social del Estado ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación, Cámara de Comercio de Cúcuta.

República de Colombia, Acta No. 17 del 8 de julio de 2009 del Tribunal de Arbitramento de Servimédico IPS y Tu Salud Ltda contra Cajanal S.A. EPS en Liquidación, Cámara de Comercio de Bogotá, D.C.

República de Colombia, Concepto 11- 57 del 14 de marzo de 2011, de la Procuradora Delegada ante el Consejo de Estado, expediente 11001032600020100007400 (39942).