



Universidad
Rey Juan Carlos

TESIS DOCTORAL

*ALCANCES DEL ARBITRAJE DE DERECHO
ADMINISTRATIVO. ANÁLISIS COMPARATIVO
COLOMBIA Y ESPAÑA*

Autor:
FRANKLIN JOHAN MORENO MILLÁN

Director:
Don JAVIER GUILLEN CARAMES

Programa de Doctorado en
CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

Escuela Internacional de Doctorado

2019

A Ana María, mi esposa.

A Nicolás y Ana Sofía, mis hijos.

En el día a día, ellos son la razón de todo.

Agradecimientos

Expreso mis agradecimientos a la profesora Pilar Charro Baena, su ayuda y, sobre todo su amistad, fue emocionalmente esencial para no perder el aliento.

Al director de tesis, Don Javier Guillén Caramés. Quizá fue su voto de confianza al aceptar la dirección de la tesis sin conocerme; quizá la generosidad con la que me trató desde el primer día; quizá el compromiso de genera tener como director de tesis a un experto en la materia; quizá el que sea él quien propuso el tema de investigación; quizá fue un poco de todo, lo que me obligó a realizar el mayor esfuerzo posible.

Contenido

Abreviaturas.....	15
Introducción.....	17

CAPÍTULO I. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO Y ESPAÑOL.

27

1.1 LA NOCIÓN DE ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO.....

27

1.1.1 Importancia y pautas para la elaboración de una definición.

28

1.1.2 La noción de Derecho administrativo.

30

1.1.2.1 La noción de Administración Pública como objeto del Derecho administrativo.....

30

1.1.2.2 Acerca del supuesto origen de la Administración Pública.

31

1.1.2.3 Criterios para determinar lo que es Administración Pública

33

1.1.3 Criterios para fijar el objeto del Derecho administrativo. ..

36

1.1.4 El concepto de Derecho Administrativo como elemento cualificador del arbitraje.....

45

1.1.4.1 El Derecho administrativo como derecho de la Administración Pública.

47

1.1.4.1.1 El Derecho administrativo como subsistema normativo.....

49

1.1.4.1.1.1 El Derecho administrativo tiene un específico sujeto destinatario.

52

1.1.5 La noción de arbitraje

54

1.1.5.1 La noción de arbitraje en Colombia.....

57

1.1.5.1.1 La noción legal de arbitraje en Colombia: Antecedentes legales del arbitraje en Colombia como fundamento epistemológico en la construcción de una definición legal.

57

1.1.5.1.2 La posición de la jurisprudencia colombiana sobre la noción de arbitraje.....	64
1.1.5.1.3 La posición de la Corte Constitucional de Colombia.	66
1.1.5.1.4 La posición del Consejo de Estado de Colombia.	68
1.1.5.1.5 La posición de la doctrina colombiana sobre la noción de arbitraje.	70
1.1.5.2 La noción de arbitraje en España.....	72
1.1.5.2.1 La noción legal de arbitraje en España: Antecedentes legales del arbitraje en España como fundamento epistemológico en la construcción de una definición legal. Ley 60 de 2003 y la ausencia de una definición legal del arbitraje.	73
1.1.5.2.2 La posición de la jurisprudencia española sobre la noción de arbitraje	77
1.1.5.2.3 La posición de la doctrina española sobre la noción de arbitraje	78
1.1.6 Acerca de la noción de arbitraje de Derecho administrativo.	80
1.1.6.1 Acercamiento a una conceptualización de la noción Arbitraje de Derecho administrativo que sirva de punto de partida.	82
1.1.6.1.1 El caso colombiano según los artículos 104 y 105 del CPACA.	82
1.1.6.1.2 El caso español, según los artículos 1, 2, 3 y 4 de la LJCA.	88
1.2 LAS TESIS SOBRE LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE	91
1.2.1 Importancia de la aceptación de una tesis sobre el arbitraje.....	92
1.2.2 Las tesis sobre el arbitraje	92
1.2.2.1 La tesis contractual	93
1.2.2.2 La tesis jurisdiccional	98

1.2.2.2.1 La función judicial desde la teoría de la separación de funciones.	98
1.2.2.2.2 La tesis jurisdiccional en sentido estricto	101
1.2.2.3 La tesis causi-jurisdiccional o para-jurisdiccional.....	104
1.2.2.4 La tesis ecléctica o mixta.	109
1.2.2.5 La teoría autónoma.	111
1.2.3 La aceptación de las tesis acerca de la naturaleza del arbitraje en el caso colombiano y español.	115
1.2.3.1 Elementos de partida.....	116
1.2.3.1.1 Ubicación constitucional del arbitraje.	116
1.2.3.1.2 Características del arbitraje en el derecho colombiano y español.	118
1.2.3.1.2.1 Voluntario	118
1.2.3.1.2.2 Temporal.....	124
1.2.3.1.2.3 Excepcional.....	125
1.2.3.1.2.4 Procesal.....	125
1.2.3.1.3 La tesis de la jurisprudencia constitucional.	126
1.3 LAS MODALIDADES DEL ARBITRAJE	129
1.3.1 Las modalidades del arbitraje en el caso colombiano.	129
1.3.1.1 El arbitraje en derecho.	130
1.3.1.2 El arbitraje técnico.....	133
1.3.1.3 El arbitraje en equidad.	135
1.3.2 Las modalidades del arbitraje en el caso español.	142
1.3.2.1 El arbitraje en derecho.	142
1.3.2.2 El arbitraje en equidad.	143
1.4 LAS CLASES DE ARBITRAJE.....	146
1.4.1 Las clases de arbitraje en el derecho colombiano.....	146
1.4.2 Las clases de arbitraje en el derecho español.	154

1.5 LA ACTIVIDAD ARBITRAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. ¿ES UNA MODALIDAD DE ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO?.....	157
1.5.1 Fundamento constitucional.....	157
1.5.1.1 Definición.....	158
1.5.1.2 Actividad arbitral de la administración y arbitraje de consumo. Regulación legal, alcance y procedimiento.	159
1.6 LA FUNCIÓN DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL A CARGO DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. EL CASO COLOMBIANO.....	167
1.6.1 Sustento constitucional.....	168
1.6.1.1 Definición.....	170
1.6.1.2 Regulación legal, alcance y procedimiento.	171
1.7 ¿SON SIMILARES EL PROCESO ARBITRAL DE CONSUMO DEL DERECHO ESPAÑOL Y LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL CASO COLOMBIANO?	174
1.8 EL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. ¿EXISTE UN ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA Y ESPAÑA?.....	177
1.8.1 De la existencia de un arbitraje de Derecho administrativo en Colombia.	178
1.8.2 De la existencia de un arbitraje de Derecho administrativo en España.....	182
CAPÍTULO II. ALCANCES SUSTANTIVOS DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	187
2.1 EL ARBITRAJE RESPECTO DEL ORDEN PÚBLICO.	188
2.1.1 Acerca de la noción de orden público en el constitucionalismo colombiano y español.....	190
2.2 EL ARBITRAJE FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS.	202
2.2.1 La noción de acto administrativo.	202
2.2.2 Clasificación de los actos administrativos.....	207

2.2.2.1 Actos administrativos de carácter general, particular y mixto.....	207
2.2.2.2 Actos administrativos de trámite o sustanciación y de fondo.	210
2.2.3 La legalidad de los actos administrativos como límite del arbitraje en el derecho administrativo colombiano.	213
2.3 EL CONTROL DE EXCEPCIÓN DENTRO DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	218
2.3.1 El concepto de validez como fundamento epistemológico del control de excepción.....	218
2.3.2 El control de convencionalidad. Antecedentes y fundamentos teóricos.	221
2.3.3 El control de convencionalidad y su aplicación en el arbitraje de Derecho administrativo colombiano.....	223
2.3.4 La Constitución como norma y su relación con los sistemas de control de constitucionalidad.....	232
2.3.5 La excepción de inconstitucionalidad como expresión del control de excepción.	236
2.3.5.1 La excepción de inconstitucionalidad en el arbitraje de Derecho administrativo en el sistema jurídico colombiano.....	239
2.3.6 La cuestión de inconstitucionalidad en los arbitrajes de Derecho administrativo en el sistema jurídico español.	243
2.3.6.1 Fundamento normativo.	245
2.3.6.2 Naturaleza.	249
2.3.6.3 Objeto.	250
2.3.6.4 Competencia.	251
2.3.7 Los árbitros frente a la cuestión de inconstitucionalidad..	252
2.3.8 El concepto de ley.....	255
2.3.9 El concepto de excepción de excepción de ilegalidad del acto administrativo como expresión del control de excepción. .	257
2.3.10 La excepción de ilegalidad en los arbitrajes de Derecho administrativo en el sistema jurídico colombiano.	260

2.3.11 El control indirecto y la cuestión de ilegalidad en el arbitraje de Derecho administrativo en el sistema jurídico español.....	263
2.3.11.1 Fundamento normativo.....	264
2.3.11.2 Finalidad.....	267
2.3.11.3 Objeto.....	268
2.3.11.4 Competencia.....	270
2.3.12 El caso de los árbitros.....	271
2.4 EL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR DAÑO ANTIJURÍDICO.....	272
2.4.1 El concepto general de responsabilidad.....	272
2.4.2 Fundamento de la responsabilidad.....	274
2.4.3 Procedencia del arbitraje de Derecho administrativo, para solucionar conflictos derivados de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.....	289
2.4.3.1 El arbitraje de Derecho administrativo frente a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. El caso colombiano.....	289
2.4.3.2 El arbitraje de Derecho administrativo frente a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. El caso español.....	295
2.5 EL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO RESPECTO DE LOS CONFLICTOS ORIGINADOS EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	300
2.5.1 La noción de contrato en el derecho privado.....	301
2.5.2 La regulación del contrato de la Administración Pública en la legislación colombiana.....	303
2.5.2.1 La categoría única de contrato estatal.....	304
2.5.2.2 Surgimiento del contrato estatal y normatividad aplicable.....	306
2.5.2.3 La categoría contrato estatal en sentido estricto.....	310

2.5.3 Solución de controversias. Posibilidad de acudir al arbitraje para solucionar conflictos originados en la actividad contractual de la Administración en Pública.	311
2.5.4 La regulación del contrato de la Administración Pública en la legislación española.	318
2.5.4.1 Una categoría dual de contratos de la Administración Pública: Los contratos de Derecho administrativo y los contratos de derecho privado de la Administración.	319
2.5.5 Solución de controversias. Posibilidad de acudir al arbitraje para solucionar conflictos originados en la actividad contractual de la Administración en Pública.	324

CAPÍTULO III. ALCANCES PROCESALES DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO..... 329

3.1 ASPECTOS RELACIONADOS CON EL DECRETO, CONTROL Y LA PRÁCTICA DE MEDIDAS CAUTELARES..	329
3.1.1 La naturaleza y la noción de medida cautelar.....	331
3.1.2 Función de la medida cautelar.	337
3.1.3 Clasificación de las medidas cautelares.....	340
3.1.3.1 Por el contenido de la medida cautelar.	341
3.1.3.2 Por el momento en que se practica la medida cautelar....	346
3.1.3.2.1 Ante causam y de urgencia.	346
3.1.3.2.2 Durante el proceso arbitral o ad causam.....	351
3.1.4 Características de las medidas cautelares.	354
3.1.4.1 Instrumentalidad.	355
3.1.4.2 Temporalidad.....	357
3.1.4.3 Provisionalidad.	358
3.1.4.4 Variabilidad.	359
3.1.4.5 Proporcionalidad.....	362
3.1.5 Presupuestos de las medidas cautelares.	365
3.1.5.1 Fumus boni iuris.	365
3.1.5.2 Periculum in mora.....	369

3.1.5.3 Caución.....	374
3.1.6 Principios a que se somete la práctica de medidas cautelares.	382
3.1.7 La competencia arbitral para el decreto y práctica de medidas cautelares.....	384
3.1.7.1 La competencia arbitral para el decreto de medidas cautelares.	384
3.1.7.2 La competencia arbitral para la práctica de medidas cautelares.	391
3.1.8 Procedimiento para la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares.....	394
3.1.9 Modificación de las medidas cautelares.	402
3.1.10 Autoridad competente.	402
3.1.11 Causales.....	404
3.1.12 Procedimiento.....	405
3.1.13 Alzamiento de las medidas cautelares.	407
3.1.14 Autoridad competente.	407
3.1.15 Causales.....	409
3.1.16 Procedimiento.....	411
3.2 COMPETENCIA–COMPETENCIA	413
3.2.1 Antecedentes.....	413
3.2.2 Fundamento normativo.....	416
3.2.3 Concepto.....	420
3.2.4 Efectos positivo y negativo.	422
3.2.5 Alcances del principio kompetenz-kompetenz.....	424
3.2.5.1 Los alcances en el derecho administrativo colombiano.	424
3.2.5.2 Los alcances en el Derecho administrativo español. ...	426
CONCLUSIONES.....	429
BIBLIOGRAFÍA.....	437

Abreviaturas

AAP	Auto de Audiencia Provincial (España)
CC	Código Civil
CE	Constitución española
CGP	Código General del Proceso
CP	Constitución Política de Colombia
CPACA	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
EANI	Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.
EC	Estatuto del consumidor
ECE	Estatuto de contratación estatal
LCSP	Ley de contratos del sector público
LEA	Ley Española de Arbitraje
LEAJ	Ley Estatutaria de la Administración de Justicia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPACAP	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
RD	Real Decreto

RDL	Real Decreto Legislativo
RDRSAC	Real Decreto por el que se regula el sistema arbitral de consumo
SC	Sentencia de constitucionalidad (Colombia)
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio
ST	Sentencia de tutela (Colombia)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (España)
SU	Sentencia de unificación (Colombia)

INTRODUCCIÓN

El arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, en general, y en el Derecho administrativo, en particular, adquiere cada día una mayor importancia, por diversas razones como la ventaja que presenta frente a la morosidad de la administración de justicia, el carácter especializado de los árbitros frente a la complejidad creciente de los conflictos, la capacidad técnica para abordar cuestiones que requieren de experticias de naturaleza técnica y la independencia interpretativa de los árbitros frente a la verticalidad de la jurisprudencia en la jurisdicción estatal.

A esto se suma que, a partir de la convergencia entre un derecho interno y un derecho internacional, producto de la teoría monista, bien sea radical o moderado, se generan conflictos donde una de las partes es la Administración Pública y que lleva a la existencia de un arbitraje internacional, que no es administrativo pero que involucra a la Administración y que, por ende, presenta ciertas dificultades.

Sin embargo, por tratarse, como muchos otros fenómenos en las ciencias sociales, de una construcción dialéctica, y a pesar de sus orígenes tan antiguos, sigue siendo una figura en permanente construcción, que intenta llegar a consensos universales a partir de diversas convenciones que proponen modelos y de la creación de centros internacionales de arbitraje, pero que está lejos de llegar a la unificación. Inclusive, al interior de los sistemas jurídicos, existen fuertes disputas, en punto de los alcances de la competencia arbitral, sin dejar de lado que, además de la lucha por el control de la jurisdicción, el arbitraje, como institución autónoma, todavía depende, como en una relación embrionaria, de las vicisitudes de cada sistema.

No obstante, los esfuerzos internacionales por unificar los sistemas estatales y crear un *sistema jurídico arbitral internacional*, desde instituciones como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, entre otros, representan grandes avances en este propósito pero son

insuficientes para la consolidación de ese escenario arbitral internacional único.

En este orden de ideas, acercarse al arbitraje, a sus alcances, exige la comprensión teórica del sistema jurídico desde el cual se analiza, así como el conocimiento de la dogmática que sobre él mismo exista, sin perjuicio de abordar la discusión en punto de la participación de la Administración Pública en arbitrajes internacionales, lo cual, sin duda es un escenario distinto, superior, posterior o, simplemente más amplio que este del arbitraje en Derecho administrativo pero con el cual se van generando inevitablemente puntos de intersección.

En consecuencia, un análisis de derecho comparado, exige dicha condición en cada uno de los sistemas a comparar, la posibilidad comparativa de los sistemas y la aplicación de una metodología de análisis comparados. Dicho escenario comparativo, si bien es insuficiente, va generando elementos de juicio para la construcción de una dogmática arbitral internacional en el ámbito del Derecho administrativo.

Hoy día, un sinnúmero de publicaciones, o se rotulan como estudios de derecho comparado, o tienen un capítulo al que así denominan. Sin embargo, no se trata más que de una sistematización, no en pocos casos desordenada, de datos relativos a diferentes fuentes de información. Es más, una técnica de sistematización que de comparación en estricto sentido.

La técnica del derecho comparado, siguiendo al profesor italiano Giuseppe De Vergottini¹, parte de reconocer que, la autosuficiencia de un sistema, algo que de por sí ya está en entredicho, no excluye la existencia de relaciones con otros ordenamientos, relaciones que, pueden surgir por razones de coherencia -ordenamientos comunitarios-, de dependencia -monismo internacionalista- o de mera influencia.

La comparación tiene diversas funciones: el conocimiento, la comprobación, la comprensión de institutos, el auxilio en la

¹ DE VERGOTTINI, G., *Derecho constitucional comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 1 y s.s.

interpretación y, ante todo, la función de unificación. Es, precisamente, a partir del conocimiento de similitudes y diferencias, como se llega a la armonización y unificación normativas.

Sin embargo, ello no es tarea fácil. Como se acaba de afirmar, en muchos casos, no se trata de estudios de derecho comparado sino de información de fuentes diversas, que no tienen en consideración el método ni las reglas básicas de la comparación y que puede versar sobre institutos que, desde su propia naturaleza, no podían ser materia de comparación.

Así, un estudio de derecho comparado, requiere, como presupuesto lógico, la posibilidad de comparación de los institutos. Para tal fin, se parte del criterio de homogeneidad/heterogeneidad, tanto entre ordenamientos como entre institutos de diversos ordenamientos, según sea el objeto de la comparación, lo cual resulta relevante para dos cuestiones: primero, determinar si los objetos son comparables porque aluden al mismo objeto. Segundo, determinar el grado de profundidad con que se debe hacer la comparación.

Esa homogeneidad, no alude, se anticipa, a la identidad absoluta de los objetos a comparar, en tanto inclusive es metodológicamente posible comparar institutos de ordenamientos heterogéneos, sino a la existencia de elementos identificadores comunes que permitan la comparación.

Las exigencias materiales de los estudios comparados, implican verificar que: (i) las propiedades semejantes sean relevantes, (ii) exista la mayor cantidad posible de propiedades relevantes, (iii) el conjunto de entidades no semejantes -negativas-, sea lo más pequeño posible y, (iv) ellas tengan la menor repercusión en el ámbito preciso de lo que se compara.

La presente investigación, titulada *ALCANCES DEL ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO. ANÁLISIS COMPARATIVO COLOMBIA Y ESPAÑA*, se presenta como informe final en el Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos de España, bajo la dirección del profesor doctor Don Javier Guillén Caramés.

En ella, se intenta cumplir con las exigencias de un trabajo de investigación, primero, de nivel doctoral y, segundo, de derecho comparado. Se anticipan las excusas por todas aquellas falencias que, muy seguramente, tiene el trabajo, a pesar de las orientaciones hechas por el director y de todo el empeño que se le puso. En nuestro favor diré que una investigación científica, siempre será un acercamiento a un estadio posterior del conocimiento, pero jamás será un trabajo concluido.

La idea de hacer un análisis comparativo del arbitraje en el Derecho administrativo colombiano y español, respecto de sus alcances, fue del profesor Javier Guillén Caramés. Cuando tuvimos la primera conversación, propuse centrar la investigación en la posibilidad de que los árbitros conocieran de controversias que implicaran una revisión de la legalidad de los actos administrativos, un tema de la mayor importancia en el derecho colombiano.

Sin embargo, la recomendación fue la de trabajar un espectro más amplio y aprovechar la coyuntura de ser colombiano y de que los estudios se cursaban en una universidad española, para incursionar en el derecho comparado. Hoy debo reconocer que tan ambicioso propósito, nos exigió de un mayor compromiso y permitió elevar el nivel científico de la investigación. Seguramente, el temor propio de todo estudiante de doctorado de no alcanzar el nivel requerido, no iba a permitir que dicha idea surgiera de mí. En consecuencia, no me queda más que agradecer al profesor Javier Guillén Caramés por alentarme a tomar esa decisión.

El problema de investigación que se planteó, visto desde la perspectiva del objetivo general, era el de *comprender*, en el sentido gadameriano de la expresión, los alcances del arbitraje en Derecho administrativo desde una perspectiva jurídico-comparada entre Colombia y España. Precisamente, en virtud de la complejidad y amplitud del tema, no se consideró pertinente cerrar ni la pregunta ni el objetivo general de investigación.

Para el desarrollo de este objetivo general, se plantearon los siguientes tres objetivos específicos: 1).- Precisar la naturaleza jurídica del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de

conflictos en el Derecho administrativo colombiano y español. 2).- Describir, desde una perspectiva de dogmática jurídica, los alcances del arbitraje en el Derecho administrativo colombiano y español. 3).- Señalar las similitudes y las diferencias entre el arbitraje en el Derecho administrativo colombiano y español, relativo a los alcances de esta institución jurídica. Estos objetivos específicos, tal y como se pensó desde la formulación del proyecto, se reflejaron en los tres capítulos del informe final, el primero, en forma simétrica, los dos otros, de forma transversal.

Frente al diseño metodológico, hay que señalar lo siguiente. Como tipo de investigación, se propuso una investigación básica o pura, con enfoque cualitativo, centrada en el análisis de principios y teorías, que va de lo general a lo particular mediante el método deductivo. La razón por la que se propuso este tipo de investigación fue la siguiente: se iba a partir de un marco teórico específico, relativo a la naturaleza del arbitraje -jurisdiccional para Colombia y cuasi-jurisdiccional para España-, y a partir de allí se haría la comparación de dos institutos que, por sus semejanzas, resultaban homogéneos, es decir, susceptibles de ser comparados.

Respecto del enfoque de investigación, se eligió el cualitativo, ya que la pretensión era centrarse en la narración y comprensión de dos aspectos particulares: el alcance del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos y el análisis comparativo de este fenómeno en Colombia y España. En consecuencia, para su desarrollo, se partiría de los datos, de los casos y de las experiencias sobre el arbitraje y sus alcances jurisdiccionales y se plantearían nuevas conclusiones sobre sus similitudes y diferencias.

Respecto del método, obviamente, sería el comparativo, en los términos en que se dejó explicado al comienzo de esta introducción. Para tal fin, y desde la etapa del proyecto se partió de los siguientes elementos: *el para qué se compara*, *el qué se compara* y *el cómo se compara*. Las respuestas anticipadas en esa fase permitieron asumir el reto que se tenía de hacer un análisis comparado del arbitraje en Derecho administrativo colombiano y español.

Por supuesto, la ciencia es como el cauce de los ríos: impredecible. No fueron pocos los momentos en los que hubo necesidad de salirse del diseño metodológico planteado. No de otra manera se podrían haber abordados tan complejas cuestiones como las que derivan del análisis de una figura como el arbitraje. Se pide disculpas si esa mixtura metodológica quedó evidenciada en forma negativa dentro del informe, no fue esa la intención.

El desarrollo de la investigación, coherente con el número de objetivos, quedó en tres bloques o capítulos. En el primer capítulo, al que se denominó “Naturaleza jurídica del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos en el derecho administrativo colombiano y español”, se abordó la noción de arbitraje en derecho administrativo, como sustantivo compuesto, tanto en el caso colombiano como español, su naturaleza, características y modalidades. Este primer capítulo intento abordar el primer objetivo de investigación.

Adicionalmente, se analizó la *actividad arbitral de la Administración* en el caso español, algo que en Colombia no tiene equivalente. Dicho análisis, se hizo desde la figura del arbitraje de consumo. Sin embargo, en el caso colombiano, el derecho de consumo o la protección de los consumidores, se rige por la *acción de protección al consumidor*, un mecanismo judicial que, puede estar en cabeza de los jueces civiles o de la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo las reglas del proceso verbal sumario. Desde esa perspectiva, se hizo una comparación de las dos figuras, haciendo las salvedades correspondientes.

En el capítulo segundo, al que se denominó “*Alcances procesales del arbitraje en el derecho administrativo*”, se abordó, de manera transversal, los objetivos dos y tres, en el ámbito de los alcances procesales. Para tal efecto, el análisis se centró en dos temas: las medidas cautelares y el principio competencia-competencia. En este punto, se evaluó el alcance de las competencias de los árbitros para pronunciarse respecto de una u otra cuestión.

En el tercer capítulo, intitulado, “*Alcances sustantivos del arbitraje en el derecho administrativo*”, se analizó la figura del control de excepción, relativo a la posibilidad de que los árbitros,

en el caso colombiano, hagan uso de la excepción de ilegalidad, excepción de inconstitucionalidad, y de realicen un control de convencionalidad. Esto se comparó, para el caso español, con la cuestión de ilegalidad y con la cuestión de inconstitucionalidad, que serías sus equivalentes. Se abordó asimismo la cuestión relativa a conocer de conflictos que involucren el orden público, el cual se erige como límite en el arbitraje en ambos sistemas jurídicos. Se investigó sobre la posibilidad de que en el arbitraje haya un pronunciamiento sobre la legalidad de los actos administrativos. Se hizo una comparación sobre la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre conflictos derivados de la responsabilidad patrimonial de la Administración por daño antijurídico. Finalmente, se analizó la problemática derivada del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en materia de contratación de las entidades públicas.

Así como en el capítulo segundo, en el capítulo tercero se abordaron -esa era la intención-, los objetivos segundo y tercero de forma transversal. Es decir, el análisis se hizo tanto desde la perspectiva de la diferencia como de la similitud, de aquello que se puede y de aquello que no se puede llevar o hacer en sede arbitral.

La escogencia de los temas en los capítulos segundo y tercero fue una cuestión en sumo complicada. El propósito era estudiar los aspectos en los cuales la competencia de los árbitros o, excusen la tautología, los alcances del arbitraje en el Derecho administrativo revestía de la mayor relevancia. ¿Se debían abordar otros temas? Seguramente. Sin embargo, pretender agotar todos los temas relevantes dentro de una investigación, así sea doctoral, es algo que transita entre la arrogancia y la ingenuidad.

La investigación tuvo muchas y muy serias dificultades. La principal, que un estudio comparado un instituto, precisa no solo del conocimiento del instituto en ambos sistemas sino también del conocimiento de ambos ordenamientos. Cuando entre los sistemas jurídicos a comparar existen diferencias de estructura, eso complica la comparación. A guisa de ejemplo, surgieron las siguientes dificultades.

La existencia de una jurisdicción especializada. La primera dificultad que se tuvo que abordar, fue la existencia de una jurisdicción especializada en Colombia, jurisdicción contencioso-administrativa, con un órgano de cierre específico, llamado Consejo de Estado, cuestión que no sucede en España donde la jurisdicción es una sola, y en los tribunales superiores, así como en el Tribunal Supremo existe una sala de asuntos constitucionales. Si bien, en ambas latitudes, existen jueces de los contencioso-administrativo, el hecho de que la segunda instancia y el órgano de cierre tengan una conformación diferente, dificultó, sobre todo, la búsqueda de información.

A esto se suma que, en el caso colombiano, el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, es de competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mientras que en España es competencia de la Sala de Asuntos Civiles y Penales de los tribunales superiores, es decir, que no sólo pueden tener una perspectiva diferente, sino que, en el caso español, a diferencia del caso colombiano, la información no está centralizada en una sola corporación.

La naturaleza del arbitraje. Sin duda alguna, esta pudo ser la mayor dificultad y, en consecuencia, el mayor reto de la investigación. Mientras que, en el caso colombiano, por expresa disposición constitucional, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, en el caso español tiene “equivalencia jurisdiccional”. Esto implica que, los alcances de la figura en uno y otro sistema van a varias considerablemente.

La desconfianza hacia el arbitraje. Cualquier investigación que se haga sobre el arbitraje, se va a encontrar con la dificultad que genera la profunda desconfianza hacia el arbitraje. Basta ver el cúmulo de restricciones de tipo normativo o jurisprudencial que se le reconocen, para saber que se trata de una institución que se abre lento camino a pesar de la oposición de los sistemas jurídicos hacia su consolidación. En el caso español, partiendo de la naturaleza *cuasi-jurisdiccional* del arbitraje, se evidencia una mayor desconfianza de la que se presenta en Colombia. Eso se ve reflejado en las limitaciones a su puesta en práctica, y de lo cual se hablará en el último capítulo.

El desconocimiento de la estructura del sistema jurídico español. Una última dificultad, y esta no es propia de esta investigación sino de todos los trabajos de derecho comparado, es el desconocimiento de uno de los sistemas que son objeto de comparación, sobre todo cuando no se pueden hacer inmersiones totales en los dos sistemas. En nuestro caso, las vicisitudes del arbitraje en derecho administrativo colombiano, por razones laborales, no nos eran ajenas. Sin embargo, hubo que comprender el sistema jurídico y el Derecho administrativo español para efectos de la comparación.

Digamos que, el hecho de vivir en Colombia y de que, por razones laborales, no pudiese hacer una estancia de investigación en España sino ya al final de la redacción del informe y de tan sólo veinte días, fue la mayor dificultad que tuve que sortear. Nuevamente se presenta excusas a los lectores españoles si, a pesar del esfuerzo, se cometió alguna imprecisión.

Franklin Moreno Millán

Octubre de 2019.

1. CAPÍTULO I. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO Y ESPAÑOL.

1.1 LA NOCIÓN DE ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

El punto de inicio de este capítulo es la noción de arbitraje en el Derecho administrativo. Se podría decir, de entrada, que se trata de una oración compuesta por un sustantivo -Derecho- y un adjetivo -administrativo-. Sin embargo, se va a sostener la tesis que se trata de un sustantivo compuesto, que existe un arbitraje de Derecho administrativo particular, diferente del simple arbitraje, que no llega a constituir un subsistema jurídico como el *Derecho administrativo* pero que va a presentar elementos de juicio para una dogmática propia.

Para tal fin, se va a señalar, primero, unas ideas, en punto de la importancia y las pautas para construir una definición. Luego, se abordará, desde estas pautas, las nociones de Derecho administrativo y de arbitraje. Se seguirá con una revisión de la doctrina y la jurisprudencia, colombiana y española frente a este tópico. Al final, y desde estos elementos, se presentará una noción de arbitraje en derecho administrativo que sirva como herramienta de lenguaje de todo el análisis que se pretende en esta investigación.

Como complemento, se abordará la cuestión relativa a la *actividad arbitral de la Administración Pública*, una figura que no tiene analogía en Colombia, en el tema preciso del arbitraje de consumo. Sin embargo, se anticipa, si bien la figura no tiene comparación, la finalidad pretendida sí, ya que, en el caso colombiano, existe una vía procesal llamada *acción de protección al consumidor*, que se puede llevar a cabo ante los jueces civiles o ante una entidad pública llamada Superintendencia de Industria y Comercio, que para tal caso ejerce funciones jurisdiccionales, mediante las reglas del proceso verbal sumario. Se reitera, las figuras son diferentes pero la finalidad es la misma y por eso se hará la respectiva comparación.

1.1.1 Importancia y pautas para la elaboración de una definición.

Para la Real Academia Española de la Lengua, *definir* es fijar de manera clara, exacta y precisa el significado de una palabra o la naturaleza de alguna cosa. Por su parte, un significado es el “*Sentido de una palabra o de una frase*”. De este modo, las palabras se convierten en códigos de lenguaje, en símbolos que determinan las condiciones de aplicación de una expresión lingüística² o, como señalaba Carnelutti³, una definición es la expresión verbal de los elementos básicos de un concepto.

En este sentido, toda ciencia requiere de definiciones que abrevien y delimiten el discurso. Las definiciones tienen, entonces, la delicada tarea de servir como instrumentos del lenguaje para comunicar un significado⁴, por decirlo metafóricamente, constituyen el idioma de los hablantes.

Lo mismo señalan Merino Merchán y Chillón Medina⁵ quienes, para explicar la noción de arbitraje desde la perspectiva española, afirman que para comprender la naturaleza de un instituto es necesario previamente acotar su concepto.

Por supuesto, se trata de una tarea compleja y riesgosa en la que se puede desnaturalizar o confundir el objeto⁶, de allí que, para

² BONORINO, P. R., PEÑA AYAZO, J. I., *Argumentación judicial: Construcción, reconstrucción y evaluaciones orales y escritas*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2008, p. 145.

³ CARNELUTTI, F., *Metodología del derecho*, Trad. Ángel Osorio, Temis, Bogotá, 2011, p. 64.

⁴ VALLEJO, V.H., *El derecho de tránsito como subsistema jurídico*, Poemia, Cali, 2016, 2ª ed., p. 39.

⁵ MERINO MERCHÁN, J. F.; CHILLÓN MEDINA, J. M., *Tratado de derecho arbitral*, Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, 2014, 4ª ed., p. 237.

⁶ MORENO MILLÁN, F., *La acción ciudadana de inconstitucionalidad. Devenir dogmático*, Universidad de San Buenaventura Cali, Cali, 2013, p. 29; MORENO MILLÁN, F., “El concepto de paz en la Constitución Política de Colombia de 1991: reconstrucción dialéctica de su significado a partir de la jurisprudencia de la corte Constitucional”, en: *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, N° 2, Año 21, 2014, pp.

emprender esta labor, la filosofía, desde autores como Alchourrón y Bulygin⁷, ofrezca algunas reglas para la construcción de una definición.

En primer lugar, la regla de la simplicidad. Conforme a esta, y siempre y cuando no se sacrifique la fecundidad o exactitud, la definición no puede ser más compleja que el concepto mismo. En consecuencia, se recomienda no usar dentro de la definición conceptos más complejos que la idea misma que se piensa definir.

En segundo lugar, la regla de la exactitud. En atención a esta, la definición se debe formular en los términos más explícitos posibles, evitando el uso de expresiones ambiguas o de conceptos jurídicos indeterminados, de conceptos que, en la medida que no tienen un significado preciso o tienen una zona gris, corresponda a la doctrina y a la jurisprudencia construir su significación⁸, que requieran de una explicación adicional y que, en el caso del Derecho administrativo, se pueden convertir en elementos extra normativos y extrajurídicos⁹.

En tercer lugar, la regla de la fecundidad. Según esta regla, la definición debe servir para formular la mayor cantidad de leyes universales posibles. Esta regla se puede usar, conjuntamente, con la regla de la exactitud. Así, exactitud es precisión y, fecundidad, es posibilidad de repetición. Por ello, se afirma¹⁰, una definición es fecunda si se puede utilizar cada que se requiera la aplicación del objeto sin consideración a las circunstancias del caso.

305-346; BOBBIO, N, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Trad. Jorge Binagui, Gedisa editorial, Barcelona, 1981, p. 158.

⁷ ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Bogotá, 2013, 2ª ed., p. 112.

⁸ ARA PINILLA, I., “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en: *Anuario de filosofía del derecho*, N° 21. pp. 107-124, 2014, p. 112.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2011.

¹⁰ VALLEJO, *op. cit.* p. 40.

En cuarto lugar, la regla de la identidad. Según esta regla, una cosa es ella misma y no otra. Por ende, la definición debe tener vocación de permanencia de modo que, opere como código de comunicación en todos los espacios donde sea necesario hacer referencia al objeto.

A partir de los anteriores parámetros, se puede construir una noción de arbitraje en Derecho administrativo que pueda servir como código de lenguaje para el análisis que sigue y que permita que el análisis comparado del *arbitraje en Derecho administrativo* se haga sobre la base de reconocer que existen elementos que puedan ser objeto de comparación.

1.1.2 La noción de Derecho administrativo.

La noción de *Derecho administrativo*, no cumple la mera función de adjetivo junto a la noción de arbitraje, sino que, con esta, conforman un sustantivo compuesto, de suerte que, acercarse a la noción de arbitraje sin cualificarla con este ingrediente, es tanto como dejar de lado un elemento propio de la esencia.

Al respecto, hay que señalar que, el nacimiento del Derecho administrativo, como ciencia jurídica, es un asunto un tanto complejo. Como fenómeno social, no se puede ubicar en un momento histórico preciso, ni por fuera del surgimiento de su objeto: la Administración Pública¹¹. De allí que, para precisar los alcances de la noción *Derecho administrativo*, sea necesario iniciar con un acercamiento al concepto de administración pública, a su origen, a los criterios que determinan que se está frente a ella.

1.1.2.1 La noción de Administración Pública como objeto del Derecho administrativo

Desde un punto de vista gramatical, según señala la RAE, administración es un verbo potenciado, que significa *acción y*

¹¹ DESCALZO GONZÁLES, A., *La noción de Derecho administrativo en España: algunas cuestiones de reciente actualidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 10. PAREJO ALFONSO, L., *El concepto del Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2ª ed., 2009, p. 115, 179.

efecto de administrar. Por su parte, *administrar*, en uno de sus varios significados, es “*Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan*”. A su vez, el adjetivo público, en punto del tema que nos interesa, significa “*Perteneciente o relativo a todo el pueblo; Común del pueblo o ciudad*”.

En consecuencia, advirtiendo la simplicidad del siguiente concepto, se podría decir que, Administración Pública, es el conjunto de actividades desarrolladas por quienes tienen competencia para gobernar sobre el territorio¹². Sin embargo, como dicha definición resulta insuficiente para definir el objeto del Derecho administrativo, es necesario adentrarse, por lo menos, en el origen de ésta y en los criterios que la definen.

1.1.2.2 Acerca del supuesto origen de la Administración Pública.

Se puede decir, partiendo de un cierto consenso en la doctrina¹³, que la Administración Pública surge en paralelo con el florecimiento del principio de la separación de funciones, es decir, con el surgimiento del Estado liberal y el abandono del Estado monárquico medieval. Para el caso europeo, el principio de separación de funciones llega a su clímax con la Revolución Francesa, la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano y la aprobación en 1791 de la Constitución de la primera república francesa.

Es así como en los artículos 3 y 16 de la Declaración, vigente hoy día en virtud del devenir francés de la teoría del *bloc de constitutionnalité*¹⁴, se señaló que, primero, la Administración, en

¹² MONTAÑA PLATA, A., *Fundamentos de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 64.

¹³ SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., *Compendio de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 58; PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 115, 120; DESCALZO GONZÁLES, A., *op. cit.*, p. 10;

¹⁴ Consejo Constitucional francés. DC-44 de 1971 donde se acepta su inclusión como parte del bloque de constitucionalidad. La DC- 51 de 1973 donde se le

virtud del principio de soberanía popular responde al pueblo y, segundo, toda sociedad que no tenga separación de poderes carece de Constitución.

Por su parte, en el artículo 3 de la Constitución francesa de 1791 se dice, en igual sentido que en el artículo 6 de la Declaración, que la Administración está limitada por la ley, con lo que, se consolida la tesis de la idea de Administración como órgano especializado y como función específica del poder público.

Se podría decir, en todo caso, que el origen del principio de separación de funciones y, en consecuencia, de la Administración Pública, no se dio ni en ese contexto histórico ni en dicho ámbito geográfico. Así, por ejemplo, en el artículo 30 de la Constitución estatal de Massachusetts de 1780¹⁵, se previó la existencia de tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial. Por su parte, en el artículo 37 de la Constitución estatal de New Hampshire¹⁶ se dijo que, un gobierno de hombres libre tiene tres poderes separados entre sí. Finalmente, en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, aunque no se hace alusión a este principio, el mismo encuentra pleno desarrollo en la organización del poder público.

Esta discusión, en punto de si el principio de separación de poderes tuvo origen en el contexto de la revolución norteamericana o la revolución francesa, pierde significado

utiliza como parámetro del control de constitucionalidad y la DC-132 de 1982 donde se reconoce su incorporación integral.

¹⁵ Señalaba la norma que: *“In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men”*.

¹⁶ Señalaba la norma que: *“In the government of this State, the three essential powers thereof, to wit, the Legislative, Executive, and Judicial, ought to be kept as separate from, and independent of, each other, as the nature of a free government will admit, or as is consistent with that chain of connection that binds the whole fabric of the Constitution in one indissoluble bond of union and amity”*.

cuando se evidencia que, es en el contexto europeo francés, donde aparece un derecho específico de la Administración al que se llamó Derecho administrativo. No se puede, en consecuencia, situar la Administración Pública, como objeto del Derecho administrativo, por fuera de este contexto histórico y teórico¹⁷.

La lógica es la siguiente: si el Derecho administrativo regula la actividad de la Administración Pública, no existe Derecho administrativo sino existe Administración Pública. Se trata de conceptos inescindiblemente ligados. Y, por supuesto, en el Estado monárquico medieval, donde el rey concentraba todo el poder, *L'État, c'est moi* en los términos de Luis XV, no era posible separar el poder ejecutivo de los poderes legislativo y judicial.

1.1.2.3 Criterios para determinar lo que es Administración Pública.

Se puede decir que, en términos generales, existe una fuerte tendencia a asimilar el concepto de Administración Pública con los órganos del poder ejecutivo, producto de una concepción orgánica heredada, por un lado, de la distribución de funciones luego de la revolución francesa y, de otro, por una lectura aislada del principio de separación de funciones.

Y es que, desde Charles Montesquieu¹⁸, se acepta la existencia de una visión rígida y de una visión flexible de la separación de funciones¹⁹. En la visión rígida, propia de una concepción organicista, cada órgano ejecuta única y exclusivamente su labor. Desde una visión flexible, cada órgano ejerce su labor, pero puede participar en las labores propias de otro órgano, bien

¹⁷ DESCALZO GONZÁLES, A., *op. cit.*, p. 12.

¹⁸ MONTESSQUIEU, CH. L., *El espíritu de las leyes*, Libertad, Buenos Aires, 1944.

¹⁹ MORENO MILLÁN, F., “Reelección presidencial y alteraciones a la constitución de 1991” en: *Revista Pensamiento Jurídico*, mayo-agosto 2012, No. 34, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, p. 70.; MORENO MILLÁN, F., *Aspectos constitucionales del control fiscal en Colombia*, Universidad de San Buenaventura Cali, Cali, 2012, p. 18.

mediante colaboración armónica, bien mediante frenos y contrapesos²⁰.

Esa separación flexible, que llevaría a la idea de la *Constitución bien equilibrada* o de separación parcial de funciones²¹ donde un órgano participa de la función de otro órgano, bien de manera complementaria o de manera residual, es el fundamento de una concepción funcional, que sustituye esa visión organicista, y que es el fundamento de la noción contemporánea de Administración Pública.

Así, desde un punto de vista orgánico o como sustantivo, son Administración Pública las personas y entidades que gobiernan y ejercen autoridad y mando sobre un territorio, de allí que, señala Parejo Alfonso, “*Administrar, pues, significa gobernar, en cuanto gobernación equivale al ejercicio del poder ejecutivo*”²². Específicamente, serán Administración todas las entidades del órgano ejecutivo dentro del poder público. La conformación puede variar según sea la forma de gobierno presidencial, parlamentario o directorial. Los alcances del poder pueden ser diferentes según un Estado federal, autonómico o unitario. Sin embargo, con sus variaciones, siempre habrá un órgano del poder público cuya función principal se denomina función ejecutiva o administrativa del poder público.

Desde el punto de vista funcional o como verbo, la Administración Pública son las actividades dirigidas a la satisfacción de los intereses de un grupo poblacional, en términos de Ramón Parada, existe Administración Pública cuando un órgano del poder público, no importa su ubicación o naturaleza, celebra contratos a nombre de la entidad, administra patrimonio,

²⁰ Una explicación del principio de frenos y contrapesos y su influencia en el constitucionalismo moderno en ARAGÓN REYES, M., *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

²¹ VILE, M. J. C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 74.

²² PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 190.

maneja personal²³ y, se agregaría, reglamenta la ley de manera general y expide actos administrativos.

En consecuencia, siempre que se hable de Administración Pública, y se aluda a esta como objeto del Derecho administrativo, es imprescindible anotar que las dos concepciones, orgánica y funcional, son válidas y concurrentes. Sin embargo, la concepción de Administración Pública desde el punto vista funcional, resulta comprensiva de los dos significados, de suerte que, por lo menos a los efectos del presente análisis, se entenderá el concepto desde esta última visión.

Este concepto binario de Administración Pública, constitucionalmente aceptado en Colombia a partir del enunciado del artículo 113 de la CP, en el cual se dice que, los diferentes órganos tienen funciones separadas, pero colaboraran armónicamente para la realización de sus fines, y en el artículo 115 ib., donde precisa que, el Gobierno Nacional está formado por Presidente, los ministros, los directores de departamento administrativo, las superintendencias y demás unidades administrativas especiales con personería jurídica, así como por las gobernaciones y las alcaldías, es decir, concepto funcional y orgánico, también tiene plena acogida en el derecho español.

Según un sector de la doctrina española²⁴, el concepto de Derecho administrativo pasa por dos grandes posiciones: una posición funcional o material y una posición orgánica, las cuales, lejos de excluirse, resultan complementarias. En todo caso, aunque ninguna es predominante, afirma que, existe una leve tendencia a privilegiar la posición orgánica o subjetiva²⁵.

En el caso de la posición subjetiva, explica que, desde el punto de vista de la acción y del sujeto, se considera a la Administración

²³ PARADA, R., *Concepto y fuentes del derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 12.

²⁴ ALLI ARANGUREN, J-C., *La construcción del concepto de derecho administrativo español*, Civitas, Navarra, 2006, p. 106.

²⁵ *Ibidem.*, p. 107.

como una actividad particular, diferente a la Legislativa y a la Judicial. Frente a la posición orgánica, la define como un “complejo orgánico integrado en el poder ejecutivo”, definición que parte de la dificultad para concretar las heterogéneas y variables funciones administrativas²⁶.

De la misma posición es García-Trevijano²⁷, para quien, el concepto de Administración Pública, para por los dos criterios reseñados: uno subjetivo, que hace referencia a los sujetos del poder ejecutivo; uno objetivo, que alude a la actividad de la Administración, sin importar quién la realice; y agrega un tercer criterio al que denomina mixto, que se concreta en un derecho de la Administración Pública y de la función administrativa, realizada por órganos no encuadrados en aquella, posición idéntica a la expresado por Entrena Cuesta²⁸, quien únicamente hace diferencia frente al criterio mixto, el que dice opera según el tratamiento que cada sistema jurídico de a la actividad administrativa.

1.1.3 Criterios para fijar el objeto del Derecho administrativo.

Una vez precisado lo que se va a entender por Administración Pública, corresponde señalar los criterios que sirven para fijar el objeto del Derecho administrativo. Se podría decir que, si la noción *Administración Pública* tiene dos lecturas, una orgánica y otra funcional, concurrentes en todo caso, lo propio ocurriría con la noción Derecho administrativo, sin embargo, la historia demuestra que el asunto es un poco más complejo, por cuanto concurren otros elementos.

Se reconoce por la doctrina, con algunas variaciones, la existencia de diversos criterios, no excluyente en todo caso, para

²⁶ Ídem., p. 106.

²⁷ GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A. *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Edersa, Madrid, 2ª ed., 1968, pp. 135 y s.s.

²⁸ ENTRENA CUESTA, R. “*El concepto de Administración Pública en la doctrina y el Derecho Positivo españoles*”, *Revista de Administración Pública*. No. 32, 1960, pp. 93-94.

fijar el objeto del Derecho administrativo: (i) Criterio orgánico, formal o subjetivo, (ii) Criterio funcional, sustancial, objetivo o material, (iii) Criterio finalista o teleológico, (iv) Criterio de las prerrogativas públicas, y (v) Criterio normativo.

Según el criterio orgánico, formal o subjetivo, el concepto de *Administración Pública*, partiendo de una teoría rígida de la separación de funciones, acepta la existencia de un órgano especializado, de suerte que, se entiende por ésta, el órgano ejecutivo, también llamado administrativo del poder público²⁹. En palabras de García de Enterría y Fernández-Rodríguez, la Administración Pública se enfrenta al derecho como una persona jurídica y no como una mera actividad³⁰.

Conforme lo señala Santofimio Gamboa³¹, en punto de este criterio confluyen tres tesis: criterio orgánico-funcional, criterio orgánico-institucional y criterio orgánico-personalista. Para el primero, el poder ejecutivo se encarga de la ejecución y la reglamentación de la ley³². De alguna manera, existe una relación simbiótica entre un órgano, el ejecutivo, y una función, la de ejecución-reglamentación de la ley. Para el segundo, criterio dominante en España, la relación se presenta con los órganos y sujetos administrativos de suerte que, será Administración Pública lo que se encuentre dentro de dicha estructura sin importar cuál sea la actividad que realizan. Finalmente, en la tercera tesis, se acepta la existencia de la personalidad jurídica de la Administración, la que articula en torno suyo la totalidad de los

²⁹ IVANEGA, M. M., *Elementos de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 29; SANTOFIMIO GAMBOA. J. O., *Compendio de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 61. DESCALZO GONZÁLES, A., *op. cit.*, p. 25.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., p. 42. En igual sentido, DESCALZO GONZÁLES, A., *op. cit.*, p. 32.

³¹ SANTOFIMIO GAMBOA. J. O., *op. cit.*, p. 61 y s.s.

³² Señala Descalzo González, explicando las tesis de Oliván, que Administración es todo cuanto sea asegurar el cumplimiento de la ley. Cf. DESCALZO GONZÁLES, A., *op. cit.*, p. 17.

organismos administrativos menores que existen dentro del Estado³³.

En el caso español, la tesis de la Administración Pública como persona jurídica tiene un amplio sustento normativo. Así, la Ley 30 de 1992, contentiva del anterior “*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”³⁴, señalaba en su artículo 2º que, se había de entender por administraciones públicas, “a) *La Administración General del Estado*. b) *Las Administraciones de las Comunidades Autónomas*. c) *Las Entidades que integran la Administración Local*”, y a renglón seguido señalaba que, las entidades de derecho público con personalidad jurídica serán consideradas administración pública.

Luego, en el artículo 3-4 expresaba que, “Cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”. En un sentido similar, el artículo 2-2 de la Ley 6 de abril 14 de 1997, sobre “Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”, precisa que, la administración del Estado se constituye por órganos que actúan “con personalidad jurídica”.

Hoy día, la Ley 39 de 2015, “del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”, señala en el artículo 3º que, se entiende por Administraciones Públicas, “... las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público...”, es decir, una perspectiva eminentemente organicista.

En el caso colombiano, y sin que esto signifique reconocer que es la tesis mayoritaria, el artículo 113 de la CP, señala que la ejecutiva es una de las ramas del poder público. A renglón seguido, en el artículo 115 se dice que, el Gobierno está formado

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R., *op. cit.*, p. 33-34.

³⁴ Derogada por la Ley 39 de 2015, “del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

por el presidente, los ministros y los directores de departamento administrativo. Al final, agrega que, las gobernaciones, las alcaldías, las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado forman parte de la rama ejecutiva.

Según el criterio funcional, sustancial, objetivo o material, criterio que parte del principio de separación flexible de funciones o, para ser más precisos, del principio de la colaboración armónica, la Administración Pública se determina a partir de la naturaleza de la función, que puede ser desarrollada por los órganos de la función ejecutiva o por los otros órganos e incluso por particulares³⁵.

Esto quiere decir que, cualquier órgano del Estado, puede ser considerado Administración Pública cuando celebra contratos estatales, administra patrimonio, maneja personal³⁶ y, se agrega, reglamenta la ley. Igualmente, serán Administración los particulares que, de manera transitoria y residual, por disposición de la ley, ejercen una función administrativa que les ha sido delegada. Pero, ¿por qué es esto posible?

Conforme la visión flexible del principio de separación de funciones, a medida que las sociedades se hacen grandes y complejas, resulta necesario que ciertos órganos realicen o participen en las actividades propias de los otros órganos, no siendo la función administrativa una excepción. De este modo, cuando el órgano del poder judicial expide un reglamento, no por eso pierde su condición de poder judicial. Cuando el poder legislativo administra recursos para su propio funcionamiento, o vincula personal necesario para la realización de sus funciones, no lo hace en virtud de la función de hacer la ley, ni deja de ser el órgano legislativo. Cuando ello es así, el juzgamiento de sus actos no se puede hacer bajo el prisma de la función propia que realizan sino bajo los parámetros de juzgamiento de la función administrativa.

³⁵ SANTOFIMIO GAMBOA. J. O., *op. cit.*, p. 67.

³⁶ PARADA, R., *op. cit.* p. 12.

En el caso colombiano, el artículo 113 de la CP dice que, los diferentes órganos, a los que llama *ramas del poder público*, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido la enorme importancia de la colaboración armónica para el funcionamiento del poder público, llegando a considerarlo como un principio definitorio del Estado colombiano³⁷.

En tercer lugar, está el criterio finalista o teleológico. Conforme a este, el concepto *Administración Pública* se determina por las finalidades que se persiguen cuando se actúa en ejercicio de la competencia. Desde esta óptica, todas las funciones del poder público son objeto del Derecho administrativo.

Dentro del criterio finalista o teleológico, se observan dos vertientes, una basada en el criterio subjetivo y otra en el criterio funcional³⁸. El criterio subjetivo finalístico, reivindica el elemento orgánico, pero a la luz de las finalidades propias del Estado social de derecho que, abandonando el formalismo propio del Estado liberal, intenta garantizar la igualdad material. En virtud de este criterio, el Estado y, en consecuencia, la *Administración*, se distingue por perseguir los postulados del Estado social de derecho y del Estado democrático³⁹. Por su parte, el criterio funcional finalístico, antagónico con el criterio subjetivo finalístico que se acaba de explicar, si bien busca la garantía del Estado social de derecho, abandona la noción de órgano administrativo como elemento del concepto. Este criterio funcional finalístico, admite tres subcriterios: el subcriterio de los servicios públicos, el subcriterio de los fines estatales y el subcriterio de la procura existencial.

Conforme al primero, estamos ante *Administración Pública* cuando se pretende la garantía de los servicios públicos, siendo la

³⁷ Corte Constitucional de Colombia. SC-971, 2004; SC-1041, 2005; SC-141, 2010. Que sea un principio definitorio significa, en el contexto colombiano, que es un límite material al poder de reforma de la Constitución.

³⁸ SANTOFIMIO GAMBOA. J. O., *op. cit.*, p. 69.

³⁹ *Ibíd.* p. 69.

noción de servicio público, quizá, una de las más importantes en toda la historia del Derecho administrativo⁴⁰. Siguiendo las explicaciones de Parejo Alfonso, la consideración del servicio público como *la pierre angulaire du droit administratif*, por citar la clásica expresión de Jeze, significa afirmar que la ciencia del Derecho administrativo se caracteriza por instrumentalizar las herramientas y procedimientos para la garantía del servicio público, en otras palabras, siempre que se gestionen servicios públicos se está ante Administración Pública sometida al derecho administrativo⁴¹.

La noción de servicio público, si bien fue el objeto central de las posiciones de Duguit y de la denominada *École de services publics*, tuvo un desarrollo mucho más amplio. Así, por ejemplo, *L'arrêt Blanco* consagra la responsabilidad del Estado, dando fin a una larga tradición de irresponsabilidad, partiendo de la necesidad de aplicar un régimen especial fundado en las necesidades propias del servicio público. Así, en la sentencia se reconoce al servicio público como un criterio de asignación de la jurisdicción administrativa, reafirma la especificidad de las normas sobre servicios públicos y genera un vínculo entre la ley y la jurisdicción del tribunal administrativo. Conforme lo señala Montaña Plata, el fallo Blanco consolida la ecuación *puissance publique = service public = droit administratif*⁴².

Por supuesto que la noción de servicios públicos es posterior y superior al fallo Blanco. Será en la Escuela de Bordeaux donde la noción encontrará una conceptualización objetiva, diferente de la de *puissance publique*. Sin embargo, y pese a su importancia, la noción de servicio público revistió de una enorme vaguedad, lo que llevaría, pese a su importancia, a que dejara de ser considerada como el fundamento del Derecho administrativo⁴³

⁴⁰ MONTAÑA PLATA, A., *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2ª ed., 2005, p. 115.

⁴¹ PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 209.

⁴² MONTAÑA PLATA, A., *El concepto de servicio público en el derecho administrativo. op. cit.*, p. 129.

⁴³ DESCALZO GONZÁLES, A., *op. cit.*, p. 21.

sumado al hecho que, como lo expresa Alli Aranguren⁴⁴, hubo una intervención del Estado en la esfera económica y social, ampliando considerablemente la actividad administrativa, lo que agravó la insuficiencia de este concepto para delimitar el objeto del Derecho administrativo.

Por ende, como la noción de servicios públicos, con todos los desarrollos actuales, supera los alcances de la presente investigación, baste decir que, desde esta perspectiva, cuando había prestación de servicios públicos por parte de entidades estatales estas se regían, en consecuencia, por normas de Derecho administrativo⁴⁵.

Conforme al segundo, estamos ante *Administración Pública* cuando se está en presencia del cumplimiento de los fines estatales. Según esta doctrina, que parte del tratadista Vittorio Emanuele Orlando, la *Administración Pública* es, dentro del Estado, el órgano dotado de autonomía encargado de dar cumplimiento a unos cometidos básicos, bajo un régimen al que se denomina Derecho administrativo⁴⁶.

Conforme al tercero o criterio de la procura existencial, llamado también de la administración abastecedora -*Daseinsvorsorge* por su denominación en alemán-, tesis atribuida en gran parte a Ernest Forsthoff, estamos ante *Administración Pública* cuando el Estado se apresta a satisfacer las necesidades vitales. Se trata, entonces, de la procura del Estado de bienestar, que garantice la vida humana en su más pleno sentido. Por ende, es Administración Pública el órgano del Estado que, bajo el concepto de autoridad, se halle encargado de acompañar al ser humano en la satisfacción de sus necesidades vitales⁴⁷.

⁴⁴ ALLI ARANGUREN, J-C., *op. cit.*, p. 116.

⁴⁵ SANTOFIMIO GAMBOA. J. O., *op. cit.*, p. 81.

⁴⁶ *Ibidem.*, p. 83.

⁴⁷ *Ídem.*, p. 85.

Afirma Parejo Alfonso⁴⁸, que la función administrativa se caracteriza por estar orientada a la consecución de fines constitucionales, básicamente a través de una intervención del poder ejecutivo en la sociedad de modo que, la Administración no es sólo un mecanismo de regulación sino más bien una actividad de conformación para el futuro.

En cuarto lugar, está el criterio de las prerrogativas públicas, que se determinaba por el uso de poderes o prerrogativas. Según este criterio, sustentado ampliamente por Maurice Hauriou, decano de la Facultad de Derecho de Toulouse, amigo y contradictor de Duguit, según la menuda explicación que hace Parejo Alfonso, para que se hable de Derecho administrativo se requiere de la existencia de un *Estado de régimen administrativo*, muy al estilo francés, donde haya un derecho especial público, en contraposición al modelo anglosajón o Estado de régimen no administrativo, donde las funciones administrativas se rigen por el derecho ordinario o común.

Según Parejo Alfonso⁴⁹, los elementos característicos del régimen administrativo son los siguientes: Primero, un principio de acción o poder administrativo derivado del poder ejecutivo. Segundo, un objetivo para cumplir que no es otro que el desarrollo de la función administrativa. Tercero, un método de satisfacción del objetivo al que se denomina gestión administrativa.

El primer elemento se explica de la siguiente manera: Por un lado, existe una relación de identidad entre la organización de la Administración Pública y la organización del poder administrativo, se trata del mismo concepto. Por el otro, se tiene que el Derecho administrativo, en tanto derecho de la administración pública, regula los poderes de la Administración.

El segundo elemento, al pretender cumplir la función pública, hace referencia a que su objeto se contrae a la prestación del

⁴⁸ PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 232.

⁴⁹ PAREJO ALFONSO, L., *op. cit.*, p. 224 y s.s. En igual sentido, ALLI ARANGUREN, J-C., *op. cit.*, pp. 125 y s.s.

servicio público, del que se predica el carácter servicial como parte de la esencia.

El tercer elemento, el método de satisfacción, que no es otra cosa que la gestión administrativa, orientada a gestionar el interés público y del Estado, a través de una institución.

Rasgo distintivo en los tres elementos, es la aceptación de que la Administración Pública no está al nivel de los particulares y, en consecuencia, no se puede regir por las mismas normas. Precisamente, el reconocimiento de ese nivel de superioridad o de exorbitancia, es el que justifica la existencia de un régimen propio.

Como ejemplos de poder exorbitante de la Administración Pública, la doctrina española⁵⁰ señala, a título de ejemplo, el poder de policía, la potestad tributaria, la expropiación forzosa y la autotutela de la Administración lo que, en términos generales, hace parte de una regulación de las personas jurídicas administrativas.

En quinto lugar, está el criterio normativo, que se determina por la existencia de un ordenamiento jurídico que regule la actividad de la Administración Pública. Es decir, será Administración Pública y, será objeto del Derecho administrativo, aquello que el sistema jurídico califique como tal.

Dejando de lado las vanidades teóricas, la práctica demuestra que los criterios orgánico y funcional, sobre todo este último, son comprensivos del concepto de Administración Pública como objeto del Derecho administrativo. Hoy día los diversos órganos del poder público cumplen funciones administrativas. Y la Administración Pública, desde el punto de vista orgánico, ejecuta labores propias de los otros órganos, por ejemplo, función económica cuando expide decretos que regulan la actividad económica o cuando regula la moneda, los cambios internacionales y el crédito, asuntos que serían propios del órgano de banca central; legislativa cuando expide decretos con fuerza de

⁵⁰ ALLI ARANGUREN, J-C., op. cit., p. 125.

ley; o función judicial cuando investiga y sanciona conductas de servidores públicos y de particulares.

En este caso, y en los muchos que se presentan hoy día en virtud del principio de colaboración armónica, a pesar de que se trata de Administración Pública desde el punto de vista orgánico, no lo es desde el punto de vista funcional y las normas que se aplican no son propias de Derecho administrativo, sino que son las concernientes al ejercicio de cada actividad.

Asimismo, cuando un órgano del poder público ejerce funciones administrativas, por ejemplo, cuando celebra contratos, vincula personal, cuando distribuye presupuesto y cuando reglamenta la ley, lo hace bajo las reglas que rigen ese tipo de actividades en la Administración, es decir, bajo las normas del Derecho administrativo.

Pero, si el Derecho administrativo es el que rige la función administrativa, de la Administración Pública y de cualquier órgano del poder público que, en virtud del principio de colaboración armónica ejerza funciones de naturaleza administrativa, ¿qué es el Derecho Administrativo como elemento del sustantivo compuesto *arbitraje en derecho administrativo*?

1.1.4 El concepto de Derecho Administrativo como elemento cualificador del arbitraje.

Una vez precisado lo que se entiende por Administración Pública como objeto del Derecho administrativo, centrandó este concepto desde un criterio funcional o como verbo, es decir, como las actividades dirigidas a la satisfacción de los intereses de un grupo poblacional, en términos de Ramón Parada⁵¹, cuando un órgano del poder, no importa su ubicación, celebra contratos estatales, administra patrimonio, maneja personal y, se agrega, reglamenta

⁵¹ PARADA, R., *op. cit.*, p. 12.

la ley⁵², corresponde adentrarse de manera más precisa en la noción *Derecho administrativo*.

Por supuesto, sería demasiado simplista considerar que se rigen por el Derecho administrativo únicamente los órganos del poder público cuando cumplen funciones administrativas⁵³. Por ejemplo, cuando los particulares son investidos transitoriamente de funciones públicas, mediante la figura de la descentralización por colaboración⁵⁴, también están sujetos a las reglas propias del Derecho administrativo, de suerte que, cualquier intento de definición al respecto, debe ser comprensiva de ambos sujetos, los públicos y los privados.

La noción *Derecho administrativo*, pasa por dos perspectivas, una formal y otra material. Desde la perspectiva formal, el Derecho administrativo es un conglomerado de normas que rigen determinadas actuaciones, las de la Administración Pública. Desde la perspectiva material, lo constituyen las pautas y derroteros en la construcción de dichas normas. Lo primero se conoce simplemente como Derecho administrativo y lo segundo como ciencia del Derecho administrativo⁵⁵. Estas perspectivas no solo no son excluyentes, sino que, por el contrario, son complementarias, en la medida en que las normas de Derecho

⁵² En todo caso, hay quienes van sustituyendo la noción administración pública por la de función administrativa, para significar un conjunto de actividades, diferentes a las actividades legislativa y judicial, mediante las cuales se da cumplimiento a los fines del Estado. Cf. MONTAÑA PLATA, A., *Fundamentos de derecho administrativo*, op. cit. p. 124.

⁵³ IVANEGA, M. M., op. cit., p. 55.

⁵⁴ La descentralización por colaboración, es una herramienta de gestión administrativa, en la que se permite que particulares, bajo el permiso, la regulación y la vigilancia del Estado, desarrollen tareas que, por su complejidad, por las exigencias técnicas y administrativas, resultan demasiado onerosas y se recurre a la opción de usar el apoyo del sector privado. En este sentido, Corte Constitucional de Colombia. SC-492, 1996; SC-836, 2012

⁵⁵ MONTAÑA PLATA, A., *Fundamentos de derecho administrativo*, op. cit. p. 24.

administrativo, en el sentido más genérico de la expresión, se manifiestan a través de reglas, de principios y de valores⁵⁶.

Esta noción, más cercana a una descripción que a una definición, parte de reconocer que, ante las dificultades que presenta el monismo conceptual, lo recomendable es partir de los diversos elementos presentados en las líneas anteriores, para así acercarse a una conceptualización amplia que se pueda fusionar con la noción de arbitraje y llegar, desde una perspectiva dialéctica, a la construcción de una noción de *arbitraje en Derecho administrativo* como sustantivo compuesto que sirva como código de lenguaje para la presente investigación.

Se van a reconocer como elementos del concepto tres cuestiones: es un derecho de la Administración Pública, es un subsistema jurídico y tiene un destinatario específico. Otras cuestiones como las diversas categorías normativas, su estructura jerárquica, lo relativo a la validez y a la vigencia y el control judicial pueden estar incluidas dentro de la idea de subsistema; otras, como la finalidad de las normas, pueden no ser relevantes, en tanto el carácter moral, amoral o inmoral de ciertos preceptos jurídicos no enerva su carácter vinculante⁵⁷. Y, finalmente, temas como las prerrogativas están implícitas dentro de la especificidad del sujeto al cual se dirigen.

⁵⁶ Por ejemplo, Descalzo González, cuando aborda la noción de derecho administrativo, simplemente confunde una con otra, para dejar por sentado que no existe diferencia. Cf. DESCALZO GONZÁLES, A., *op. cit.*, p. 14.

⁵⁷ Afirmar lo contrario sería desconocer toda la fundamentación de la teoría pura del derecho de Kelsen. Por ejemplo, en el caso colombiano, cuando se demandó la inconstitucionalidad de tipo penal de incesto por ser contrario al derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Corte Constitucional, además de señalar que esta norma garantizaba el derecho a la familia, afirmó que, en ciertos casos “*El juez constitucional debe confrontar los criterios de moralidad pública contenidos en la ley, con el conjunto de normas y principios constitucionales*”. En la aclaración de voto, los magistrados disidentes señalaron, siguiendo a Guillermo de Occam que, en el campo del conocimiento, deben ser suprimidas las entidades metafísicas inútiles. Cf. Corte Constitucional de Colombia. SC-404, 1998.

1.1.4.1 El Derecho administrativo como derecho de la Administración Pública.

Lo primero sea señalar que el Derecho administrativo es el derecho que regula la actividad de la Administración Pública. Sin que esto signifique la aceptación total de la tesis del Derecho administrativo desde las prerrogativas públicas, lo cierto es que se acepta la existencia de un *Estado de régimen administrativo*, en el que el poder ejecutivo tiene, en principio, unas normas específicas, diferentes a las que rigen para los asuntos entre meros particulares.

La existencia del *Estado de régimen administrativo*, sin embargo, tiene algunos matices. Por ejemplo, si bien existe un conglomerado de normas que se aplican al poder ejecutivo cuando ejerce funciones administrativas, también lo es que, en muchos casos, o la Administración actúa como un particular -el caso de los contratos de derecho privado de la Administración- o siendo visto como un sujeto especial, se aplican las reglas del derecho privado o derecho de los particulares.

En el primer caso, la Administración deja de lado su exorbitancia, de suerte que, aunque en uno de los extremos se ubique el poder ejecutivo, el asunto no se rige por el Derecho administrativo y la alusión al concepto *Administración Pública* es únicamente en función de nominar al sujeto y no para cualificar la relación. En otras palabras, aunque la Administración sea parte de la relación jurídica, la situación se rige por el derecho común y no por el Derecho administrativo.

En el segundo caso, la promiscuidad en el uso de las normas -de derecho público y de derecho privado-, propias de la técnica de reenvío y como estrategia para evitar la hiperinflación legislativa⁵⁸, no enerva la calidad con la que la Administración se presenta. Sin embargo, en este caso, la norma no pasa a ser considerada Derecho administrativo por el hecho de que la Administración sea sujeto destinatario.

⁵⁸ Si la situación jurídica ya está regulada en el derecho común, no existe la necesidad de repetir la regulación en una norma dirigida especialmente a la administración, basta con hacer un reenvío a ella.

Un segundo matiz tiene que ver con el concepto orgánico y funcional de Administración Pública. Según se viene señalando, es Administración los órganos y sujetos del poder ejecutivo, pero también cualquier órgano en cumplimiento de funciones administrativas.

En este sentido, es Administración cualquier órgano del poder público, siempre que esté en ejercicio de funciones administrativas y, a la inversa, no es Administración Pública los órganos del poder ejecutivo cuando desarrollan otra función, por ejemplo, la función legislativa o judicial. En este segundo caso, aunque desde el punto de vista orgánico sea administración, desde el punto de vista funcional no lo es y, en consecuencia, su actuación se regirá por las normas propias de dicha función y no por las normas de Derecho administrativo.

Un tercer matiz tiene que ver con la posibilidad de que los particulares ejerzan funciones administrativas. Esto, que es propio de la denominada *descentralización por colaboración*, implica la posibilidad de que la Constitución y la ley autoricen que, por la especialidad de ciertas actividades, sean los particulares quienes las realicen, bajo las reglas propias de la función administrativa, como el caso de las cámaras de comercio y las colegiaturas de profesionales⁵⁹.

Esto último se puede hacer bajo reglas generales del Derecho administrativo o bajo reglas específicas creadas para dicha actividad. En todo caso, por tratarse del ejercicio de una función administrativa, esas reglas generales y esas reglas específicas, salvo aquellas a las que se llegue por la vía del reenvío, serán Derecho administrativo.

Así, en conclusión, a efectos de la construcción de una noción de Derecho administrativo, es Administración Pública, desde el punto de vista orgánico, el poder ejecutivo y, desde el punto de vista funcional, cualquier órgano del poder público y los particulares siempre que estén en ejercicio de una función administrativa. En todo caso, cuando se trata de la tesis orgánica,

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia. SC-492, 1996 y SC-836, 2012.

se debe estar en presencia de una función administrativa para que se considere como Administración Pública en el sentido estricto de la expresión, como sujeto del derecho administrativo.

1.1.4.1.1 El Derecho administrativo como subsistema normativo.

Afirmar que el Derecho administrativo es un subsistema jurídico, no es otra cosa que aceptar la existencia de sistemas jurídicos y de subsistemas como una parte fragmentada del mismo, cuestión que no es exclusiva del Derecho administrativo, sino que, como afirma Iturralde Sesma⁶⁰, constituye hoy una de las principales discusiones en la filosofía de derecho y la teoría jurídica, al punto que la aceptación del Derecho como sistema es anterior, incluso, a la noción misma de norma y de derecho.

Desde la filosofía, un orden jurídico, también llamado sistema jurídico no momentáneo en tanto no se contrae a un momento preciso de la historia, es un conglomerado de normas que están en permanente cambio, unas ingresan y otras desaparecen, de suerte que, siempre que se apruebe o derogue una norma se crea un nuevo orden jurídico diferente del anterior, así sea parcialmente⁶¹, por decirlo de alguna manera, es una sucesión de sistemas jurídicos⁶². Por su parte, el sistema jurídico o sistema jurídico momentáneo, es el conglomerado de normas en un momento preciso de la historia.

Los sistemas jurídicos se caracterizan por tener: (i) una universalidad de soluciones o sistema de fuentes de derecho, (ii) un carácter coactivo de la universalidad de soluciones, (iii) un

⁶⁰ ITURRALDE SESMA, V., “El derecho como sistema: análisis de tres perspectivas”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 24, Ministerio de Justicia – Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, 2007, p. 346.

⁶¹ RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico*, México, Universidad Nacional de México, 1986, p. 225. FERRER BELTRÁN, J., RODRÍGUEZ, J. L., *Jerarquías normativas y dinámicas de los sistemas jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 88.

⁶² VILAJOSANA, J. M., “Problemas de identidad de los sistemas jurídicos”, en: DOXA 17 -18, pp. 331-342, p. 334.

conjunto de autoridades encargadas de la aplicación del universo de soluciones y (iv) unos procedimientos para la aplicación del universo de soluciones.

Por su parte, los subsistemas jurídicos se caracterizan por tener (i) elementos comunes con el sistema jurídico, (ii) elementos compartidos con el sistema jurídico y (iii) elementos previstos en el sistema, pero de regulación autónoma en el subsistema⁶³.

Se llaman elementos comunes entre el sistema y el subsistema a aquellos que están presentes en uno y otro sin variación, tal es el caso del carácter coactivo de la universalidad de soluciones o de las fuentes del derecho. Se llaman elementos compartidos, los que son propios del sistema, pero de los cuales el subsistema hace uso, por ejemplo, la universalidad de soluciones o sistema de fuentes de derecho. Y, finalmente, se llaman elementos previstos en el sistema, pero de regulación autónoma en el subsistema, aquellos que, por las particularidades de cada subsistema se difiere a éste su regulación, tal es el caso del conjunto de autoridades encargadas de la aplicación del universo de soluciones y de los procedimientos para la aplicación del universo de soluciones. El Derecho administrativo es un subsistema porque cumple con estas condiciones. Las siguientes razones justifican esta afirmación.

En primer lugar, tiene elementos comunes con el sistema jurídico. Las normas de Derecho administrativo, sean reglas, principios o valores, tienen, como norma jurídica, a diferencia de las normas morales o sociales, carácter vinculante. Las normas de Derecho administrativo, sean leyes, códigos, estatutos o meros actos administrativos, tienen la coacción como característica esencial. Incluso, los actos administrativos gozan de características como la presunción de legalidad y el carácter ejecutivo y ejecutorio, lo que refuerza aún más esta condición.

En segundo lugar, el Derecho administrativo tiene elementos comunes con el sistema jurídico. Así, la regulación constitucional de las fuentes, tanto en la consagración de fuentes como en la

⁶³ Una muy menuda explicación de estas características en VALLEJO, *op. cit.*

jerarquización, es la misma. Si dentro de la universalidad de soluciones se consagra la supremacía de la Constitución, la integración con otras normas en un bloque de constitucionalidad, la procedencia del control de convencionalidad, los métodos de solución de antinomias, iguales situaciones se aplicarán dentro del subsistema *Derecho administrativo*.

En tercer lugar, elementos previstos en el sistema, pero de regulación autónoma. Así, en el Derecho administrativo se encuentran autoridades encargadas de la aplicación del universo de soluciones y los procedimientos para la aplicación del universo de soluciones. En el primer caso, las autoridades, cuando adoptan cualquier decisión de índole administrativa, en virtud del poder de autotutela, son autoridades encargadas de dar aplicación al universo de soluciones. Con mayor razón ocurre cuando, en virtud del poder de autotutela, la Administración hace las veces de juez de sus propias decisiones.

Lo mismo ocurre con los procedimientos para la aplicación del universo de soluciones. Precisamente, el Derecho administrativo, como derecho de defensa frente al Estado, prevé los mecanismos para actuar ante la Administración y los procedimientos que ésta debe adoptar para resolver los trámites que se le plantean: este es, precisamente, el Derecho administrativo.

Lo propio cabe decir de las reglas específicas insertas en las normas que se suelen denominar Derecho administrativo. Las leyes que regulan el procedimiento que se sigue ante la Administración, comúnmente denominado vía administrativa o gubernativa; las reglas que se siguen en los procesos contenciosos donde es parte la Administración; los principios específicos de funcionamiento de la Administración, como el principio de legalidad de la función pública, de presunción de legalidad del acto administrativo, la posibilidad de incluir cláusulas exorbitantes en los contratos estatales; entre otros, son ejemplos de la existencia de elementos de regulación autónoma.

Con estas consideraciones queda por sentado que el Derecho administrativo, desde esta perspectiva filosófica, es un subsistema jurídico que regula la actividad de la Administración Pública,

orgánica y funcional, bajo la guía del sistema jurídico al cual pertenece.

1.1.4.1.1.1 El Derecho administrativo tiene un específico sujeto destinatario.

Un tercer elemento que cualifica al Derecho administrativo como subsistema jurídico, es la existencia de un específico sujeto destinatario, es decir, se afirma que no se trata de disposiciones que se dirigen a toda la sociedad, algo propio del sistema jurídico, sino a unos sujetos cualificados y en virtud de unas relaciones específicas que le son propias.

Siguiendo las posturas de Parada⁶⁴, los sujetos destinatarios del Derecho administrativo se ubican en tres categorías, dependiendo de a quién se dirijan las normas, categorías no excluyentes entre sí, lo que hace que el derecho administrativo tenga un carácter multidimensional.

En primer lugar, existen normas dirigidas a ser cumplidas por la Administración Pública, entendiendo el concepto desde el punto de vista orgánico. Se trata, específicamente, de normas dirigidas al poder público que versan sobre la organización de las entidades estatales; descentralización, desconcentración y delegación; procedimientos de ingreso, ascenso y retiro de la función pública; procedimiento administrativo, regularmente denominado vía administrativa o gubernativa. En este primer caso, el sujeto destinatario es única y exclusivamente el poder público.

En segundo lugar, existen normas dirigidas a ser cumplidas por la Administración Pública con la intervención de particulares. En este caso, se crea una relación binaria entre el poder público y los particulares, en la que se exige que, unos y otros concurren simultáneamente a su cumplimiento.

Tal es el caso de las normas sobre contratación pública, las cuales deben ser cumplidas durante las etapas previas, de ejecución y posterior al contrato, tanto por la Administración contratante como por el particular contratista. Lo mismo sucede con las

⁶⁴ PARADA, R., *op. cit.*

normas sobre expropiación administrativa, donde la Administración expropiante y el particular expropiado deben seguir el procedimiento previsto en la ley.

En tercer lugar, están las normas que se dirigen a los particulares, lo cual descartaría que se trate de Derecho administrativo, pero que se cumplen con la vigilancia y la intervención de la Administración Pública y que, por ello, se vuelven Derecho administrativo. Tal es el caso de las normas sobre libre competencia, prohibición de monopolios, abuso del derecho y de la posición dominante, derecho de marcas y patentes, entre otras.

Con estos elementos, se puede intentar una descripción del Derecho administrativo, no una definición para evitar los riesgos del monismo conceptual, y sostener que se trata de un subsistema jurídico, que rige la función administrativa de los órganos del poder público y de los particulares habilitados para ello, en procura de satisfacer los intereses generales.

1.1.5 La noción de arbitraje

El arbitraje es un mecanismo *heterocompositivo* de resolución de conflictos, junto con el proceso propiamente jurisdiccional, en el que las partes acuden a un tercero, voluntaria u obligatoriamente, para que sea éste, en razón a su oficio o actividad quien resuelva, mediante una decisión definitiva, con carácter vinculante para las partes, la disputa presentada⁶⁵.

A diferencia de la autotutela o autodefensa, primer mecanismo conocido por la humanidad para la solución de sus conflictos y restablecer el orden, y donde una de las partes, por acción directa imponía de manera unilateral su voluntad, y de la autocomposición, donde las partes, por mutuo acuerdo, a través de renunciaciones recíprocas a sus intereses solucionan su conflicto, en la heterocomposición, hay una entrega del poder para la toma de la decisión y una aceptación anticipada a la misma.

⁶⁵ AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 31.

En los mecanismos *autocompositivos*, como la mediación, la amigable composición, la conciliación, la renuncia, el allanamiento, el desistimiento y la transacción, son las partes involucradas quienes en forma directa solucionan sus conflictos, bien de manera directa o asistidos por un tercero neutral que promueve el diálogo y facilita la construcción de soluciones al conflicto. En los mecanismos *heterocompositivos*, donde, se reitera, están tanto el arbitraje como los mecanismos de justicia formal, las partes en contienda, de manera voluntaria si es arbitraje, y voluntaria u obligada, según el caso, si es justicia formal, delegan en un tercero, independiente, la búsqueda de una solución a su conflicto⁶⁶.

Tanto los mecanismos *autocompositivos*, como el mecanismo *heterocompositivo* del arbitraje, lejos de significar una renuncia a la jurisdicción o una manifestación de desconfianza, son un reconocimiento de que otros mecanismos alternos a la justicia que proporciona el Estado, son igualmente válidos para la solución de conflictos⁶⁷.

La noción de arbitraje es un punto de partida en la discusión sobre los alcances del arbitraje en el Derecho administrativo, tanto colombiano como español. Como se ha venido diciendo con insistencia, se trata de un elemento axial en ese código de lenguaje preestablecido en esta investigación.

Y no podría ser de otra manera, pues si la discusión es, precisamente, sobre los alcances del arbitraje en el Derecho administrativo colombiano y español, un punto de partida sería la noción misma de arbitraje. Sin embargo, pretender agotar toda la doctrina existente sobre el punto sería casi que imposible, sobre todo porque la noción de arbitraje, a pesar de la importancia, no es el eje de esta investigación.

Por ello, se va a realizar un acercamiento a la noción de arbitraje, tanto en el caso colombiano como el español, para verificar si

⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia. SC-1195, 2001. SC-222, 2013. AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 31.

⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia. SC-1195, 2001. SC-222, 2013.

estamos ante institutos jurídicos de similar naturaleza. Esto no impide, por supuesto, si partimos que se trata de una figura de aceptación universal, realizar un acercamiento previo a la noción desde otras latitudes, pero ello sólo a título introductorio o como preámbulo.

Se podría partir entonces, para esta introducción, del derecho francés. Así, vale la pena citar al profesor Charles Jarroson⁶⁸, quien luego de señalar que *El arbitraje es un vector de la reconciliación y no indica un conflicto de culturas* (“*l’arbitrage est un vecteur de rapprochement et non le révélateur d’un conflit de cultures*”) retoma las palabras de Motulsky, a quien llama el padre espiritual del nuevo código de procedimiento civil francés y expresa que, el arbitraje, *es una justicia privada normalmente de origen convencional* (“*est une justice privée d’origine normalement conventionnelle*”). Enfatiza Jarroson en la idea de que, a pesar del carácter privado de la convención, el arbitraje se asienta sobre la idea de justicia o del poder de jurisdicción.

Como elementos esenciales de la noción de arbitraje, Jarroson⁶⁹ señala los siguientes: en primer lugar, la noción de árbitro como tercero que es juez de la causa. Según dice Jarromet, “*pas de tiers, pas de d’arbitrage. En d’autres termes, nul peut être juge en sa propre cause*”. En segundo lugar, debe existir una disputa, esto es, y en palabras de Jarroson, “*Une opposition d’intérêts fondée sur une prétention juridique*”. En tercer lugar, que el árbitro tenga la facultad de emitir una sentencia de carácter obligatorio. En cuarto y último lugar, salvo en los casos de arbitraje testamentario, el arbitraje debe provenir de la voluntad de las partes.

En estas líneas que, por supuesto, no agotan la doctrina francesa pero que representan una posición importante dentro de la misma, se revelan los fundamentos epistemológicos de una noción generalizada de arbitraje como mecanismo judicial de resolución

⁶⁸ JARROSSON, Ch., “La notion d’arbitrage”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis., Bogotá, 2005, p. 5. La traducción es del autor.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 7.

de conflictos a cargo de particulares con la autorización del Estado.

En el mismo sentido, el chileno Aylwin Azocar⁷⁰ define al arbitraje como aquel procedimiento que se adelanta ante tribunales especiales, convocado por las partes, autorizado por el Estado, dirigido por terceros nombrados por los interesados, por una autoridad judicial o por un tercero designado para tal efecto. En resumen, y dejando en evidencia la toma de posición hacia una naturaleza jurisdiccional del arbitraje, la define como una institución de carácter procesal.

Estas dos definiciones, una europea y otra latinoamericana, muestran la tendencia en la discusión sobre la noción de arbitraje, la misma que quedará en evidencia en las líneas siguientes. En todo caso, el problema relativo a la noción de arbitraje en el caso colombiano y español se resolverá revisando la legislación, la doctrina y la jurisprudencia de cada sistema jurídico en particular.

1.1.5.1 La noción de arbitraje en Colombia

La noción de arbitraje en Colombia pasa por tres estadios: el legal, el doctrinal y el jurisprudencial. Aunque el mayor aporte viene desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tanto la normatividad como la doctrina han hecho alguna contribución al respecto. Por ello, y en virtud de que la noción de arbitraje sirve como punto de partida para plantear una tesis sobre la naturaleza del arbitraje, además de operar como código de lenguaje, se hará un acercamiento que sirva de fundamento al análisis que se pretende realizar en torno a los alcances del arbitraje en el Derecho administrativo colombiano. El mismo análisis se hará en el caso de España.

⁷⁰ AYLWIN AZOCAR, P., *El juicio arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1958, p. 21.

1.1.5.1.1 La noción legal de arbitraje en Colombia: Antecedentes legales del arbitraje en Colombia como fundamento epistemológico en la construcción de una definición legal.

El primer elemento epistemológico para tener en cuenta en la construcción de una definición de arbitraje que sirva como código de lenguaje, es la noción legal de la figura en el sistema jurídico colombiano. La razón para ello, en los términos del artículo 28 del Código Civil colombiano es, precisamente, que, si bien las palabras se pueden entender en “*su sentido natural y obvio*”, cuando haya una definición legislativa se estará a ésta. Inclusive, en el caso de las palabras técnicas⁷¹, se podrá recurrir a la ciencia o arte a que pertenecen, siempre y cuando no se hayan formado o definido en otro sentido.

En vigencia de la Constitución Política de 1886, no obstante que el artículo 60 preceptuaba que, el poder judicial sería ejercido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de distrito, juzgados y *demás tribunales* que estableciera la ley, no se previó, expresamente, al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

En virtud de la anterior disposición, el Congreso de la República expidió la Ley 105 de 1890, por medio de la cual se establecieron reformas a procedimientos judiciales, en cuyo *Título XIX*, artículos 307 a 322, se reguló el primer juicio arbitral en procesos civiles y, aunque no se ofreció ninguna definición, sí se previó en el artículo 307 que se trataba de un juicio en el que se sometía a la decisión de terceros asuntos que por su naturaleza eran transigibles. Según ha señalado el Consejo de Estado de Colombia⁷², los árbitros podían decidir según su “justa

⁷¹ Artículo 29 Código Civil colombiano.

⁷² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil quince (2015). Rad.: 11001-03-26- 00-2014-00162-00 (52556).

conciencia”, la decisión tendría los efectos de una sentencia judicial pero no existía la posibilidad de interponer recurso de anulación contra la decisión.

Luego, el procedimiento arbitral se modifica mediante la Ley 103 de 1923. En esta norma, de los artículos 1134 a 1150, se regularon aspectos relativos al tipo de controversias que se podían someter a la justicia arbitral; el momento procesal en el que se podía pactar el compromiso arbitral; las reglas relativas a su constitución y procedimiento, incluyendo la posibilidad de continuar con el trámite de un conflicto que se estuviera ventilando ante la administración de justicia; la imposibilidad de recusar a los árbitros; la posibilidad de iniciar juicio criminal ante la existencia de cohecho por alguno de ellos y los efectos de plena sentencia que se reconocería al laudo arbitral, la cual sería equivalente a un contrato y no sería objeto de apelación. Únicamente procedería la nulidad por las expresas causales señaladas en la norma. Como elemento característico de esta regulación, aunque no se previó una definición sobre arbitraje, está la equiparación del juicio arbitral como proceso judicial en el sentido amplio de la expresión.

Vendría posteriormente la reforma introducida mediante la Ley 105 de 1931. En ella, se reiteran casi todas las disposiciones previstas en la Ley 103 de 1923, incluyendo la posibilidad de que una diferencia que se estuviera ventilando ante los jueces continuara su curso ante los árbitros designados para tal efecto.

Entre las diferencias está que se simplifican algunos procedimientos, se elimina el requisito de forma de la existencia de testigos de las decisiones arbitrales y que, a diferencia de lo previsto en el artículo 1144 de la Ley 103 de 1923, en el que se decía que la decisión arbitral era una sentencia equivalente a un contrato, en esta, específicamente en el artículo 1223, se afirma que la decisión se acomoda, en lo posible, a las sentencias que dictan los jueces en los procesos ordinarios. Aunque tampoco se ofrece una noción, la regulación prevista en esta norma se acerca más a definir el arbitraje como un verdadero proceso judicial.

Mediante la Ley 2 de 1938, se hace uno de los mayores avances en el reconocimiento del arbitraje como proceso judicial en la primera mitad del Siglo XX en Colombia. En su corto clausulado, se prevé conforme al artículo 1° que la cláusula compromisoria surge de un contrato celebrado entre personas capaces de transigir; en el artículo 2° se define a la cláusula compromisoria como “(...) *aquella por virtud de la cual las partes que celebran un contrato se obligan a someter a la decisión arbitral todas las diferencias que de él puedan surgir, o algunas de ellas*”; en los artículos 3° a 5° se prevén reglas relativas al nombramiento de los árbitros; en el artículo 6° se precisa que, en ausencia de disposición expresa en contrario para decidir en conciencia, la *sentencia* arbitral será en derecho y, finalmente, en el artículo 7° se señala que las sentencias arbitrales no se pueden apelar y que su cumplimiento se puede exigir por el mismo procedimiento que las sentencias judiciales.

Mediante el Decreto 1400 de 1970, se expide el Código de Procedimiento Civil, que sustituye al anterior código de procedimiento judicial. En los artículos 663 a 677 se regula el juicio arbitral y se reiteran algunas disposiciones ya existentes sobre naturaleza transigible del conflicto, conformación del tribunal y procedimiento arbitral, incluyendo la posibilidad de sustraer a la justicia ordinaria del conocimiento de un proceso que ya estuviera en curso y que pasara por la voluntad de las partes a la justicia arbitral, así como la exigencia de que el laudo sea en derecho sino se dice nada en contrario. Por primera vez se señala expresamente que la existencia de cláusula compromisoria o compromiso arbitral sustrae a los jueces ordinarios del conocimiento del conflicto. Se precisa también que los árbitros se declararán impedidos y serán recusables por las mismas causales que los jueces.

En el artículo 672 de esta norma, se consigna por vez primera la posibilidad de presentar recurso de anulación contra el laudo arbitral, se señalan las causales, el trámite y la competencia para conocer de éste y, en virtud de lo previsto en el inciso final de este artículo, se eliminó la exigencia prevista en el artículo 489 del Código Civil, relativa a la aprobación judicial del laudo arbitral cuando la decisión recayera sobre derechos de un pupilo.

A su vez, en el artículo 674 se prevé que, tanto el laudo arbitral como la decisión judicial que resuelve el recurso de anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión, en las mismas condiciones que éste procedía frente a las decisiones judiciales. En consonancia con la naturaleza judicial del proceso arbitral, se señala en el artículo 675 que los árbitros tienen los deberes, poderes, facultades y responsabilidades de los jueces y que de la ejecución del laudo conocería la justicia ordinaria conforme las reglas generales según lo previsto en el artículo 676. Aunque no se hace referencia alguna a la noción de arbitraje, se asemeja en todo a un proceso judicial.

Luego, en los artículos 2011 a 2025 del Decreto Ley 410 de 1971, se establecieron las reglas del arbitraje que involucrara a comerciantes. Se puede afirmar que, en términos generales, se retomaron las reglas del arbitraje previstas en las normas anteriormente citadas para los no comerciantes, se reiteró que los árbitros tienen los deberes, poderes, facultades y responsabilidades de los jueces, así como que de la ejecución del laudo conocería la justicia ordinaria conforme al Código de Procedimiento Civil.

Vendría luego el Decreto 2279 de 1989, por el cual se implementaron sistemas de solución de conflictos entre particulares, más conocido como *Estatuto arbitral*. En esta norma, expresamente se deroga lo previsto los artículos 663 a 677 del Decreto 1400 de 1970 y en los artículos 2011 a 2015 del Decreto Ley 410 de 1971, a la par que se prevé la primera definición legal de arbitraje. Así, en el artículo 1º, se señaló que el arbitraje era un mecanismo por el cual, las partes de un conflicto de naturaleza transigible, diferían a un “*tribunal arbitral*”, que quedaba por ese acto investido de la facultad de administrar justicia, la competencia para dar solución a su conflicto a través de una decisión denominada laudo arbitral.

En la misma norma, además del arbitraje en derecho se introduce la posibilidad de arbitraje técnico, se sustituye la denominación laudo en conciencia por arbitraje en equidad, y se define cada de estas modalidades, al decir que el arbitraje en derecho es aquel en el que los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo

vigente, es decir, como en el caso colombiano, el derecho positivo no necesariamente es derecho escrito por cuanto, dice la Corte Constitucional de Colombia⁷³, incluso las sociedades que no tuvieron escritura tenían un derecho vigente, quiere decir que para el arbitraje en derecho se puede recurrir a normas no escritas o, como lo plantea el inciso 2º del artículo 230 de la Constitución Política de 1991, a los principios generales del derecho que pueden tener la condición de extrasistemáticos; el arbitraje en equidad, se afirma en términos tautológicos, es aquel donde se decide según la equidad y el sentido común y el técnico aquel que se funda en los conocimientos específicos de una ciencia, arte u oficio. Asimismo, se reitera que, salvo disposición expresa en contrario, el arbitraje sería en derecho.

En el artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, se reitera la regla de la renuncia a la jurisdicción con el pacto arbitral y se aclara que éste comprende tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral. En el artículo 2A del mismo decreto, se define a la cláusula compromisoria como un pacto en el cual las partes defieren la solución de un conflicto a un tribunal arbitral y se reitera que, salvo disposición en contrario, el arbitraje será en derecho.

Muy necesario resulta el reconocimiento expreso de la autonomía de la cláusula compromisoria respecto del contrato del cual forma parte, lo que permitió debatir, en el arbitraje, la validez y existencia misma del contrato. Asimismo, en el artículo 24 se mantuvo la posibilidad de que un conflicto que se estuviera ventilando ante la justicia ordinaria se trasladara a la justicia arbitral. En tal caso, el proceso judicial quedaría suspendido y se reanudaría únicamente si el trámite arbitral no concluyere con un laudo ejecutoriado.

Otro aspecto importante introducido por el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989, es la posibilidad de que los árbitros, a petición de cualquiera de las partes, decretaran medidas

⁷³ Corte Constitucional de Colombia. SC-083, 1995.

cautelares, las cuales se podían levantar posteriormente por solicitud de terceros afectados.

Los demás artículos previeron reglas sobre la constitución y funcionamiento del tribunal arbitral, algunas de las cuales fueron mera reiteración de las regulaciones anteriores. Finalmente, en el artículo 48 se previó, frente al arbitraje internacional, que éste se regularía por los tratados, convenciones, protocolos y demás normas de derecho internacional suscritas y ratificadas por el Estado colombiano.

Luego, vendría el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, que elevaría el arbitraje a rango constitucional, y aunque no ofreció ninguna definición se refirió a éste como el ejercicio de investir transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia, con lo que, de entrada, se le reconoció al arbitraje naturaleza jurisdiccional, así el pacto arbitral sea de naturaleza contractual.

Previo a la entrada en vigor de la Constitución de 1991, el Legislador expidió la Ley 23 de 1991, por la cual se crearon mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, que introdujo algunas reformas relativas al funcionamiento de los tribunales de arbitramento más que al procedimiento arbitral, omitiendo cualquier referencia a la noción de arbitramento.

Entre sus particularidades, estuvo que, conforme al artículo 90, se introdujo la clasificación de arbitraje en institucional o independiente, según que se sometiera a las reglas previstas en la ley o que fueran previstas por las partes, respectivamente y con el artículo 96 se permitió que controversias surgidas en contratos de arrendamiento se sometieran a la justicia arbitral.

La ley 23 de 1991 sería prontamente modificada mediante el Decreto 2651 de 1991, por el cual se expidieron normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales. En esta norma, que tenía vocación transitoria pero que gracias al artículo 162 de la Ley 446 de 1998 se convertiría en legislación permanente en casi su totalidad, tampoco se entró a definir el arbitramento, sino que, se expresó en el artículo 11 que, por razón

del pacto arbitral, los árbitros quedaban transitoriamente investidos de la función de administrar justicia y se reiteró la clasificación del arbitraje en institucional o independiente introducida por la Ley 23 de 1991.

Posteriormente, mediante el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, por medio del cual se expidió el estatuto de mecanismos alternativos de solución de conflictos, en un sentido muy similar al previsto en la Ley 105 de 1890 y en el Decreto 2279 de 1989, se definió al arbitraje como el mecanismo por el cual las partes de un conflicto, revisten transitoriamente a un tribunal arbitral de la función de administrar justicia para que solucione un conflicto de naturaleza transigible, mediante una decisión denominada laudo arbitral.

Se agrega asimismo en el artículo 116 que el arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico; se reitera en el artículo 117 que el pacto arbitral constituye una renuncia a la jurisdicción ordinaria; se ratifica en el parágrafo único del artículo 118 la autonomía de la cláusula compromisoria; y en el artículo 123 se clasifican los procesos arbitrales por el monto de las pretensiones en procesos de mayor y menor cuantía.

Durante su vigencia, el numeral 3° del artículo 128 del Decreto 1818 de 1998 previó la posibilidad de que la etapa prearbitral fuera dirigida por el Centro de Arbitraje. La Corte Constitucional de Colombia⁷⁴, consideró que esta etapa tenía un carácter eminentemente jurisdiccional y, en consecuencia, debía estar a cargo de los árbitros y no del Centro que tiene funciones netamente administrativas.

Finalmente, mediante el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, por el cual se expidió el actual estatuto de arbitraje nacional e internacional, se definió al arbitraje como “*un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice*”.

⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia. SC-1038, 2002.

Adicionalmente, la norma prevé que el laudo arbitral, que puede ser en derecho, en equidad o técnico, *es la sentencia que profiere el tribunal arbitral*, con lo cual equipara la función arbitral con la función judicial.

1.1.5.1.2 La posición de la jurisprudencia colombiana sobre la noción de arbitraje.

Según el sistema de fuentes colombiano, conforme lo previsto en el artículo 230 de la CP, la ley es un criterio obligatorio y la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial, junto con la equidad, la doctrina, los principios generales del derecho y la costumbre. Sobre ese carácter auxiliar existen dos posturas claramente diferenciadas.

Por un lado, la jurisprudencia es auxiliar, no en el sentido de que al operador jurídico le esté permitido tenerla o no en cuenta, por cuanto si es fuente de derecho, *per se*, es vinculante sino en el entendido de que ella es subsidiaria a la ley. Por otro lado, como señalan Bernal Pulido⁷⁵ y el Consejo de Estado colombiano⁷⁶, es auxiliar no porque se recurra a ella en ausencia de norma positiva, es decir subsidiaria, sino como soporte argumentativo de su interpretación, posición ésta última que parte de la premisa que, en todos los casos, la jurisprudencia se limita a señalar el contenido de la norma escrita, olvidando que en no pocas ocasiones corresponde a los jueces, a partir de la función ontológica de fallar⁷⁷, entrar a crear reglas y subreglas para la solución de los casos puestos a su consideración, es decir, hipótesis en los cuales el precedente tiene carácter constitutivo y no puramente declarativo⁷⁸.

⁷⁵ BERNAL PULIDO, C., *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 214.

⁷⁶ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 2 de mayo de 2013, Exp. 21024.

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia. SC-083, 1995.

⁷⁸ ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1996, p. 33.

Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia viene señalando desde hace varios años que la jurisprudencia constitucional es fuente obligatoria⁷⁹, al extremo que su desconocimiento puede, en ciertos casos, conforme lo señala el artículo 413 de la Ley 599 de 2000, Código Penal colombiano, configurar el tipo penal de prevaricato por acción⁸⁰, es decir, el que se presenta cuando un servidor público profiere resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley.

Partiendo de reconocer que, en ocasiones, las disposiciones legales ofrecen una interpretación tan clara que, la jurisprudencia tiene una mera función de subsunción⁸¹, de modo que, el desconocimiento de la jurisprudencia es equivalente al desconocimiento mismo de la ley, pero que, en veces, la jurisprudencia crea una subregla constitucional constante, esto es, decisiones en las que se acordó el “*sentido claro y unívoco*” de la norma constitucional, legal y reglamentaria, la Corte Constitucional⁸² señaló que, en este segundo caso, se incurre en el delito de prevaricato por acción cuando se desatiende esa subregla que puede estar contenida en fallos reiterados o en sentencias de unificación, es decir, en este último caso, en las sentencias de acción de tutela que son proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional en virtud del mecanismo de revisión eventual previsto en la Constitución Política de 1991 y según las reglas previstas para tal efecto.

En otras ocasiones, aunque el desconocimiento de la jurisprudencia no configura tipo penal de prevaricato por acción,

⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia. SC-131, 1993. Véase también Corte Constitucional de Colombia, SC-083, 1995; SC-037, 1996; SU-047, 1999; SC-836, 2001; SC-634, 2011; SC-816, 2011; SC-588, 2012.

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia. SC-335, 2008.

⁸¹ SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 9.

⁸² Corte Constitucional de Colombia. SC-335, 2008.

se reconoce por la Corte Constitucional⁸³ que puede existir un derecho vivo o *derecho viviente*, es decir, una interpretación normativa que surge de la jurisprudencia y de la doctrina y que constituye una norma especial y sustancialmente diferente de la que emana del texto legal y que es, en últimas, la que se aplica en la realidad.

Por ello, ante la eventual existencia de una interpretación reiterada o unificada sobre la materia o de un derecho viviente que restrinja el análisis sobre la noción de arbitraje, es necesario precisar la noción que surge de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en este último caso, no por ser vinculante al extremo de que su desconocimiento configure prevaricato por acción sino que, por ser éste el juez natural de la administración, su jurisprudencia constituye derecho viviente en el tema del arbitraje en derecho administrativo.

1.1.5.1.3 La posición de la Corte Constitucional de Colombia.

La Corte Constitucional, sin mayores variaciones, viene formulando conceptos que apuntan en la misma dirección. Así, aunque se han presentado varios pronunciamientos donde expresamente señala una definición, y aunque, se reitera, casi todas van en el mismo sentido, son tres los ejes que orientan la posición de la Corte Constitucional.

En primer lugar, afirma la Corte Constitucional⁸⁴ que se trata de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, en el cual, las partes involucradas en un conflicto, de naturaleza transigible, lo someten, a la decisión de un tercero, aceptando, anticipadamente, el contenido de la decisión, denominada laudo arbitral, la cual, hace tránsito a cosa juzgada. Ese acto de

⁸³ Corte Constitucional de Colombia. SC-557, 2001. Véase también Corte Constitucional de Colombia, SC-426, 2002; SC-569, 2004; SC-304, 2013; SC-418, 2014; SC-259, 2015.

⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia. SC-242, 1997. Véase también Corte Constitucional de Colombia, SC-1436, 2000; SC-330, 2000; SC-098, 2001; SC-1038, 2002; SU-147, 2007.

sometimiento del conflicto al conocimiento de un tercero, lleva implícita la derogación de la justicia estatal en el caso concreto.

En segundo lugar, que surge de la habilitación voluntaria de las partes involucradas⁸⁵, para permitir que sea un tercero que, a nombre del Estado⁸⁶, solucione un caso particular⁸⁷, de naturaleza transigible⁸⁸, con plena aplicación de las garantías judiciales⁸⁹, mediante una decisión denominada laudo arbitral, que se equipara a una sentencia judicial⁹⁰, y que hace tránsito a cosa juzgada⁹¹.

En tercer lugar, que se trata, en la medida que exige de la aplicación de ciertas regulaciones legales, como el respeto al debido proceso y por su carácter heterocompositivo, de un verdadero proceso judicial⁹², en el que, partiendo de la premisa según la cual no todos los asuntos deben llegar a la justicia ordinaria, se deroga la justicia estatal⁹³ y el Estado habilita temporalmente, previo convenio entre las partes, a un particular, llamado árbitro, de la función pública de administrar justicia⁹⁴.

⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia. SC-098, 2001. Véase también Corte Constitucional de Colombia, SU-147, 2007; SC-378, 2008.

⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia. SC-431, 1995.

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia. SC-431, 1995. Véase también Corte Constitucional de Colombia, SC-1436, 2000; SC-378, 2008.

⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia. SC-163, 1999.

⁸⁹ Corte Constitucional de Colombia. SC-330, 2000. Véase también Corte Constitucional de Colombia, SC-1038, 2002.

⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia. SC-431, 1995. Véase también Corte Constitucional SU-147, 2007; SC-378, 2008.

⁹¹ Corte Constitucional de Colombia. SC-1436, 2000. Véase también Corte Constitucional SC-378, 2002.

⁹² Corte Constitucional de Colombia. SC-1038, 2002; SC-378, 2008.

⁹³ Corte Constitucional de Colombia. SC-163, 1999. Véase también Corte Constitucional SC-1463, 2000; SC-098, 2001.

⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia. SC-163, 1999. Véase también Corte Constitucional SC-098, 2001; SU-147, 2007; SC-378, 2008.

1.1.5.1.4 La posición del Consejo de Estado de Colombia.

La jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia ha participado muy poco o nada en la construcción de una definición de arbitraje. Quizá porque algunas normas se encargaron de esa labor, ora porque la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana se encargó de ello o bien porque simplemente dicha definición no resulta útil para las competencias que tiene en materia de arbitraje en derecho administrativo, la jurisprudencia de esta corporación se ha centrado en el alcance de las potestades de los árbitros y en la construcción de una dogmática de las causales de anulación del laudo arbitral, especialmente.

Sin embargo, en las pocas oportunidades que se ha encargado de dicha labor ha mantenido una línea de interpretación más o menos sistemática. Así, en una primera oportunidad⁹⁵, expresó que se trata de un “*mecanismo alternativo de solución de conflictos*” en el cual las partes, mediante un contrato de arbitraje, sustraen de la jurisdicción natural un conflicto de naturaleza transigible.

En una segunda ocasión⁹⁶, señaló que el arbitraje es un mecanismo a través del cual las partes de un conflicto, de naturaleza transigible, defieren la solución de éste a un tribunal arbitral que, por este solo hecho, queda investido de la función de administrar justicia. Dicho pronunciamiento, agrega el Consejo de Estado, implica la renuncia a la jurisdicción ordinaria.

En una tercera oportunidad⁹⁷, reiteró el Consejo de Estado el sentido del pronunciamiento anterior y agregó que el tribunal queda transitoriamente investido de la función de administrar justicia. Expresó que se trata de un “*procedimiento heterocompositivo de administración de justicia*”, que excluye la

⁹⁵ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 10 de marzo de 2005, Exp. 27946.

⁹⁶ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 13 de febrero de 2006, Exp. 29704.

⁹⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 8 de junio de 2006, Exp. 32398.

intervención de la jurisdicción ordinaria en la solución de conflictos y en el que se define la suerte de derechos con contenido económico, renunciables y disponibles, es decir, conflictos de naturaleza transigible. Según el Consejo de Estado en esta providencia, se trata de “*una opción alternativa a la jurisdicción contenciosa administrativa*” producto de un pacto arbitral.

En una cuarta ocasión⁹⁸, lo cataloga como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, donde se sustrae a la jurisdicción contencioso-administrativa del conocimiento de un conflicto para asignar a particulares la tarea de resolverlo, con lo cual estos quedan investidos de la función de administrar justicia, dentro del marco de la ley.

En una decisión posterior⁹⁹, y en el mismo sentido, señala que se trata de una forma alternativa de solución de conflictos, de naturaleza transigible, heterocompositiva, donde un particular, denominado árbitro, queda investido, para el caso concreto, de la función pública de administrar justicia, por la voluntad de las partes y la autorización del Estado.

En resumen, para la jurisprudencia del Consejo de Estado el arbitraje es una función jurisdiccional, autorizada por el Estado y ejercida por particulares a partir de la habilitación de las partes, mediante la cual se da solución a un conflicto que versa sobre materias de las cuales pueden disponer los involucrados.

1.1.5.1.5 La posición de la doctrina colombiana sobre la noción de arbitraje.

La doctrina¹⁰⁰ colombiana, no se ha extendido mucho en el concepto de arbitraje. Quizá por la poca aceptación que la figura

⁹⁸ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 30 de mayo de 2007, Exp. 32711.

⁹⁹ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 29 de julio de 2015, Exp. 41578.

¹⁰⁰ En el caso colombiano, el concepto *doctrina* no ha tenido una significación uniforme. Mientras que, en el Siglo XIX, se le llamó doctrina a la decisión judicial, tanto que el artículo 5 de la Ley

ha tenido en la práctica judicial colombiana, se ha hecho un mayor acopio de la doctrina foránea en esta materia, y los estudios locales se focalizan en otros aspectos como el procedimiento, los alcances del arbitraje, las potestades de los árbitros y los controles judiciales. Las pocas opiniones que se encuentran parten de considerar al arbitraje como de naturaleza jurisdiccional o de naturaleza contractual. A partir de tal consideración, señalan una definición que sea coherente con esta posición.

En primer lugar, están quienes, evidenciando la fuerte influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, señalan que el arbitraje es de naturaleza jurisdiccional. Así, por ejemplo, Gil

153 de 1887 señaló que la doctrina constitucional, esto es, las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia en aquella época, era norma de interpretación de la ley. En el mismo sentido, el artículo 8 (ib.) señalaba que, en ausencia de ley exactamente aplicable al caso, se recurriría a la analogía y, en su defecto, a la doctrina constitucional. Se reconoció asimismo en el artículo 10 (id) la existencia de una doctrina probable, que no era otra cosa que la existencia de tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho. En vigencia de la Constitución Política de 1991, el artículo 230 señala que la doctrina, al igual que la jurisprudencia, es una fuente auxiliar de la actividad judicial. Sin embargo, ahora la doctrina alude, genéricamente, a la opinión de los estudiosos del derecho. Para que la doctrina adquiera la condición de criterio auxiliar de la actividad judicial, la Corte Constitucional en la SC-557, 2001 señaló sendos requisitos. Por un lado, desde el punto de vista cuantitativo, que la opinión sea generalizada entre los doctrinantes, no pudiendo ser una opinión aislada. Por otro lado, desde un punto de vista cualitativo, que se trate de personas con alto reconocimiento en el mundo académico. Cumplidas estas dos condiciones, se puede considerar a la doctrina como criterio auxiliar de la actividad judicial.

Echeverry¹⁰¹, comentando la Ley 1563 de 2012, parte de reconocer la naturaleza jurisdiccional *sui géneris* del arbitraje, y expresa que se trata de un procedimiento en el cual las partes involucradas en un conflicto, de manera voluntaria, defieren a un cuerpo judicial, de conformación transitoria, la competencia para que solucione dicha controversia, contractual o extracontractual, con una decisión de fondo que se denomina laudo arbitral y que se asemeja a una sentencia judicial.

En un sentido similar, Rodríguez Mejía¹⁰², señala que, en vigencia de la Ley 1563 de 2012, el arbitraje es un mecanismo heterocompositivo para resolver controversias, en derecho o en equidad, a partir de la habilitación de las partes. Aunque no señala expresamente su posición acerca de la naturaleza del arbitraje, sí dice que la decisión tiene los efectos propios de la cosa juzgada, por lo que ha de concluirse que parte, en su definición, de la tesis jurisdiccional. En un sentido similar, Mayorca Escobar¹⁰³, aunque se inscribe dentro de la tesis autonomista del arbitraje, se adhiere a la definición prevista en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, en el sentido de que se trata de un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Por su parte, Lezcano Miranda¹⁰⁴ señala que se trata de una alternativa de justicia pronta, en la que unos particulares, llamados árbitros, tienen la calidad de jueces para todos los efectos legales. En resumen, se trata de un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

¹⁰¹ GIL ECHEVERRI, J., *Régimen arbitral colombiano. Ley 1563 de 2012*, Grupo Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 21.

¹⁰² RODRÍGUEZ MEJÍA, M., *Medidas cautelares en el proceso arbitral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, 31.

¹⁰³ MAYORCA ESCOBAR, C., “Clases de arbitraje en la nueva Ley de Arbitraje”, en: *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis, Bogotá, 2013, p. 2.

¹⁰⁴ LEZCANO MIRANDA, M. E., *Arbitraje nacional e internacional*, Dike, Bogotá, 2016, p. 20.

Finalmente, en esta misma línea, Salcedo Castro¹⁰⁵ denomina el arbitraje como una justicia, de origen convencional, que adquiere la connotación de función pública pese a que sea impartida por particulares.

En segundo lugar, están quienes como, Becerra Toro¹⁰⁶, parten de considerar que el arbitraje es de naturaleza contractual, que constituye un instrumento y no un fin, siendo entonces la institución del arbitramento un medio de solución de controversias alternativo a la jurisdicción estatal.

No existe, entonces, una línea consolidada, que permita agrupar a la doctrina, ni en esta existe un referente que sirva de sustento a reformas legales o que se tome como fundamento de los análisis de la jurisprudencia sobre la materia. Así, el lánguido aporte de la doctrina se ve opacado ante la fuerte intervención de la jurisprudencia constitucional que es, en últimas, la que dice, en el caso colombiano, qué se ha de entender por arbitraje.

1.1.5.2 La noción de arbitraje en España

El análisis de la noción de arbitraje en España, al igual que se hizo en el caso de Colombia, será objeto de análisis desde el punto de vista normativo, jurisprudencial y doctrinal. Este análisis sistémico permitirá partir de un código de lenguaje común, tanto intrasistemático, aludiendo al caso español, como trassistemático haciendo referencia al comparativo entre Colombia y España.

¹⁰⁵ SALCEDO CASTRO, M., El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, p. 16

¹⁰⁶ BECERRA TORO, R., *Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal*, Cámara de Comercio de Cali, Cali, 2013, p. 27.

1.1.5.2.1 La noción legal de arbitraje en España: Antecedentes legales del arbitraje en España como fundamento epistemológico en la construcción de una definición legal. Ley 60 de 2003 y la ausencia de una definición legal del arbitraje.

En el caso español, como dato curioso, el arbitraje tiene antecedentes muy antiguos. Como punto de partida, se puede iniciar el análisis histórico normativo del arbitraje en España con la Constitución de la Monarquía Española de 1812, en cuyo artículo 17 se plasmó expresamente la autorización para crear jueces paralelos a los jueces del Estado, al decir que *“La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley”*, defiriendo al Legislador la potestad de crear nuevas instancias de juzgamiento.

Esta norma se complementó con las disposiciones sobre el poder judicial, pero, especialmente, con lo previsto en el artículo 280 donde se consagró el derecho irrenunciable casi que fundamental a la jurisdicción arbitral al precisar *“No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes”*. En el artículo 281, se agregó que *“La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar”*.

Estas normas sirven de fundamento a Merino Merchán y Chillón Medina¹⁰⁷ para afirmar que, en la Constitución Española de 1812, el arbitraje se erige como derecho fundamental; que tiene la naturaleza de juicio privado sustitutorio del proceso judicial estatal; por ubicarse dentro de las normas relativas a la Administración de Justicia, se ubica al arbitraje dentro de la corriente jurisdiccional o procesalista.

En el Título X de la Constitución española de 1837, relativo a la organización del poder judicial, se declara en el artículo 63 que a los tribunales y juzgados pertenece, en forma exclusiva la función

¹⁰⁷ MERINO MERCHÁN, *op. cit.*, p. 108.

de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales. A renglón seguido (Art. 64), señala que “*Las leyes determinarán los tribunales y juzgados que han de haber*”, con lo que se deja abierta la posibilidad de establecer otras formas de administración de justicia distinta a la puramente estatal.

En la Constitución española de 1845 la situación es similar. En el Título X, sobre organización de la Administración de Justicia, en sus artículos 66 y 67 tiene una regulación idéntica a la prevista en la Constitución de 1837, en el sentido que, la potestad exclusiva de juzgar y ejecutar lo juzgado, corresponde a los tribunales y juzgados, cuya ordenación, frente a facultades, procedimientos y calidades de los miembros, corresponde a la ley.

En la Constitución española de 1869 la situación tampoco varía. En el Título VII, artículo 91, sobre poder judicial, se señala, igual que en las constituciones de 1837 y 1845, que a los tribunales corresponde la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales. Enseguida hace algunas precisiones sobre el funcionamiento del poder judicial, pero, a diferencia de las constituciones anteriores, omite cualquier consideración sobre la posibilidad de establecer o no tribunales y jueces distintos a quienes conforman el poder judicial.

Seguidamente, en la Constitución de 1876, en el Título IX, se prevé la regulación general de la Administración de Justicia. En el artículo 76, se reiteró la ya clásica afirmación de que a los tribunales y juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales. Luego, en el artículo 78, se reitera la potestad legislativa prevista en las constituciones de 1812, 1837 y 1845 para determinar los tribunales y juzgados que ha de haber.

En la Constitución de la República española de 1931, se establece un Título VII denominado *Justicia*. En su artículo 95, se establece una cláusula abierta en la que se afirma que: “*La Administración de Justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes, que serán reguladas por las leyes*”.

En el artículo 117 de la Constitución Española de 1978, con el que se inicia el Título VI relativo al poder judicial, se instituye lo

que pareciera ser una cláusula de exclusividad de función jurisdiccional en cabeza de los jueces estatales o de exclusión del arbitraje si se le prefiere.

Señala el numeral primero que, la justicia emana del pueblo y se ejerce por “*Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial*”. Como si ello fuera poco, en el numeral tercero agrega que, la potestad jurisdiccional, “*corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes*”.

Para Merino Merchán y Chillón Medina¹⁰⁸, considerar que la Constitución española de 1978 excluyó la posibilidad de arbitraje es incurrir en una lectura intransigente de la disposición constitucional. Según ellos, la Constitución hace referencia a procesos judiciales y el arbitraje no parte de un proceso sino de un contrato producto de la autonomía de los ciudadanos.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, se previó un Título XV al que se denominó *Del juicio arbitral*. De los artículos 770 a 818, se prevé que se pueden someter a arbitraje las cuestiones litigiosas, incluso si ya se están tramitando ante la jurisdicción ordinaria; se establecen las materias que no pueden ser materia de arbitraje; la forma y contenido del compromiso arbitral; el procedimiento para el nombramiento de los árbitros y requisitos para ostentar tan condición; las causales de recusación de los árbitros; las causales de cesación del compromiso arbitral; el procedimiento en caso de fallecimiento de alguno de los árbitros; y, en términos generales, el procedimiento arbitral sin hacer referencia ni dar mayores elementos de juicio para conceptualizar el arbitraje.

En el Real Decreto de 3 de febrero de 1881, “Por el que se promulga la Ley de Enjuiciamiento Civil” se consagró en el Título V, *De los juicios de árbitros y de amigables compondores*, una Sección Primera que se denominó *Del juicio arbitral*.

¹⁰⁸ Ibid., p. 110.

En esta norma, de los artículos 790 a 826, se previeron las reglas del arbitraje, en términos muy similares a los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855: procedimiento para el nombramiento de los árbitros y requisitos para ostentar tan condición; forma del pacto arbitral; causales de recusación de los árbitros; las causales de cesación del compromiso arbitral; el procedimiento en caso de fallecimiento de alguno de los árbitros; en términos generales, el procedimiento arbitral sin hacer referencia ni dar mayores elementos de juicio para conceptualizar el arbitraje.

Luego vino la Ley de 22 de diciembre de 1953, por la cual se regulan los arbitrajes de derecho privado. En el inciso primero del artículo segundo se previó que, para los efectos de esta norma, se entendería por arbitraje, *“la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión”*.

A renglón seguido excluyó de la noción de arbitraje *“la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aun no definida totalmente”*. En este caso, los efectos jurídicos de la intervención del tercero continuarían siendo los mismos aplicables *“al régimen particular”* que para cada supuesto se establecía.

De resto, se previeron normas relativas al ámbito de aplicación de dicha norma; el tipo de arbitraje por el fundamento del laudo; la forma, contenido y requisitos de validez del pacto arbitral; los requisitos para ser árbitro, el número de árbitros que se podían nombrar en cada proceso y el procedimiento para ello; finalmente, algunas reglas básicas de procedimiento.

En la Ley 36 de 1988, no se define al arbitraje expresamente, pero, en el artículo 1, se hace un acercamiento conceptual a la figura, cuando se precisa que, el arbitraje, es un mecanismo a través del cual las personas, naturales o jurídicas, involucradas en una cuestión litigiosa, presente o futura, de la cual pueden disponer, someten, previo convenio, su solución a uno o varios árbitros.

En la Ley 60 de 2003, modificada por las leyes 13 de 2009, 11 de 2011 y 42 de 2015, tampoco se expresa una noción de arbitraje, incluso, y a diferencia de la Ley 36 de 1988, no se hace referencia alguna a los elementos del arbitraje. Más allá de decir que se pueden someter a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, artículo 2-1, y de algunas cláusulas relativas al convenio arbitral, no encontró el Legislador español la necesidad de acercarse a una noción de arbitraje.

Ante esta ausencia de definición legal, corresponde hacer el análisis del concepto de arbitraje, en general, y de arbitraje de Derecho administrativo, en particular, tanto desde la jurisprudencia, constitucional y ordinaria, como desde la doctrina española, en especial desde la primera, por ese carácter vinculante de la interpretación judicial, y que deviene del carácter declarativo y de fuente del Derecho de la jurisprudencia.

1.1.5.2.2 La posición de la jurisprudencia española sobre la noción de arbitraje

El Tribunal Constitucional español, en su jurisprudencia, señala dos grandes posiciones frente a la noción de arbitraje, no excluyentes, complementarias y subordinadas: (i) como equivalente jurisdiccional y, (ii) como medio heterónomo de solución de conflictos fundado en la autonomía de voluntad de las partes.

La primera posición, la más importante en términos de ubicación constitucional del arbitraje, a partir de los artículos 24-1 sobre tutela judicial efectiva; 24-2 sobre garantía del juez natural y 117 sobre conformación del poder judicial, de la CE, y a la cual se subordina la segunda posición, es la que define a éste como un “equivalente jurisdiccional”.

Así, mediante Auto 326 de 28 de octubre de 1993, para resolver un recurso de amparo, señaló que los árbitros actúan en ejercicio de la *iuris dictio*, por lo que el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, a través del cual se persigue poner fin con efectos de cosa juzgada a un conflicto mediante una decisión llamada laudo y que está fundado en derecho. Esta decisión, agrega el Tribunal Constitucional, se encuentra revestida de autoridad en

virtud de la ley, y tan solo requiere del auxilio de los tribunales civiles para su ejecución.

Según el Tribunal Constitucional, se trata de un “*equivalente jurisdiccional*”, de naturaleza heterocompositiva, que persigue iguales fines que la jurisdicción civil, esto es, una decisión de fondo que ponga fin y con efectos de cosa juzgada a un conflicto de naturaleza transigible, y cuya regulación es competencia exclusiva del Estado, especialmente, en lo relativo al procedimiento y a los recursos que le proceden¹⁰⁹.

En otra oportunidad, durante la vigencia de la Ley 33 de 1988, el Tribunal Constitucional señala que el arbitraje es un medio para la solución de conflictos que se funda en la autonomía de la voluntad de las partes y que supone una renuncia a la jurisdicción estatal¹¹⁰. En el mismo sentido, señaló que, se trata de un “*medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad*”¹¹¹. Si bien, en esta última oportunidad aludió a la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, no queda duda que su *ratio decidendi* se aplica en idéntico sentido al arbitraje de derecho administrativo.

1.1.5.2.3 La posición de la doctrina española sobre la noción de arbitraje

Para Merino Merchán¹¹², el arbitraje se puede definir como una institución jurídica, en la que dos o más personas involucradas en una controversia específica o por determinar, presente o futura, se resuelvan por terceros, voluntariamente designados, mediante un procedimiento legalmente definitivo. El contenido de la decisión puede ser en derecho o en equidad.

¹⁰⁹ Tribunal Constitucional Español. STC-15, 1989; STC-62, 1991; STC-174, 1995.

¹¹⁰ Tribunal Constitucional Español. STC-43, 1988 y STC-176, 1996.

¹¹¹ Tribunal Constitucional Español. STC-174, 1995.

¹¹² Ídem, p. 238.

Cordón Moreno¹¹³, por otra parte, señala que el arbitraje es un medio alternativo, de naturaleza heterocompositiva a la solución jurisdiccional de los conflictos privados, que parte de la voluntad de las partes que renuncian a la justicia estatal, y confían la solución de su conflicto a un tercero, cuya decisión puede fundarse en derecho o en equidad.

En un sentido similar, Ballesteros Panizo, lo define como un medio alternativo de resolución de conflictos, de carácter voluntario, donde un tercero, autorizado por la ley, independiente e imparcial, soluciona un conflicto puesto a su consideración¹¹⁴. Por su parte, Bustillo Bolado¹¹⁵, retomando la posición del Tribunal Constitucional, señala que es un mecanismo heterocompositivo, “equivalente jurisdiccional”, por el que se somete una controversia, previo convenio entre las partes, a una instancia alternativa al poder judicial. En todo caso, agrega, no se sustituye a la Administración Pública sino al órgano judicial.

Castresana¹¹⁶, a su vez, se inscribe dentro de esta corriente que define al arbitraje como un mecanismo de naturaleza privada de resolución de conflictos, consensual, producto de un acuerdo entre las partes, que desplaza la jurisdicción estatal, para que sean unos terceros independientes quienes, con efecto definitivo, resuelvan una controversia de naturaleza jurídica.

En una tercera corriente, Pérez-Luño define el arbitraje desde una perspectiva axiológica, como un procedimiento de solución de conflictos, racionalizador de fuerzas económicas y sociales al interior del sistema jurídico, acorde a las exigencias de la vida

¹¹³ CORDÓN MORENO, F., *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Thomson Reuters, Cuadernos Civitas, Navarra, 2010, p. 15.

¹¹⁴ BALLESTEROS PANIZO, C. I., *El arbitraje de derecho público*, Thomson Reuters, Navarra, 2017, pp. 31.32.

¹¹⁵ BUSTILLO BOLADO, R. O. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 349, 357.

¹¹⁶ CASTRESANA, L. F., *El arbitraje: Concepto, naturaleza y diferencias con otras figuras afines*, En: MANUAL DE ARBITRAJE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 14.

social, con el cual se llega a una decisión llamada laudo, adecuada a la naturaleza del caso, coherente con las expectativas sociales, justa o conforme con el derecho natural¹¹⁷.

1.1.6 Acerca de la noción de arbitraje de Derecho administrativo.

Finalmente, sentadas las nociones de arbitraje y Derecho administrativo, corresponde trabajar en la construcción de una noción de *arbitraje en Derecho administrativo*, cuya premisa esencial sea la aceptación de que se trata de un sustantivo compuesto, es decir, donde se reconoce que el derecho *arbitraje en Derecho administrativo*, si bien goza de las características propias del arbitraje en general, tiene unas especificidades que le erigen como una institución jurídica *sui generis*¹¹⁸.

Para ello, es preciso resumir los elementos característicos de cada una de las nociones participantes. Primero, frente a la noción del sustantivo compuesto *Derecho administrativo*, se dijo que, (i) es un derecho de la administración pública, (ii) es un subsistema jurídico y (iii) tiene un destinatario específico. Segundo, respecto de la noción de arbitraje, de la multiplicidad de posiciones, se pueden extraer los siguientes elementos: (i) es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que desplaza la justicia estatal; (ii) está en manos de particulares; (iii) la decisión tiene la naturaleza de una decisión judicial y hace tránsito a cosa juzgada; (iv) surge de la voluntad de las partes; (v) y tiene como limitante la disponibilidad de la materia litigiosa.

Un elemento de suma importancia, que ha pasado casi que inadvertido, quizá por considerarse un presupuesto lógico de la discusión, es el hecho de que, para que sea arbitraje en Derecho

¹¹⁷ PEREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *La reforma del arbitraje. Presupuestos, antecedentes y alcance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 26-27.

¹¹⁸ De la misma opinión es Ballesteros quien afirma que, aunque el sistema español no reconozca la existencia de arbitraje en derecho administrativo, en los términos en que ella lo plantea, éste existe como una entidad particular. Inclusive, según afirma, existen notas distintivas, como el hecho de que el arbitraje provenga de la voluntad del particular y de la Administración. BALLESTEROS PANIZO, *op. cit.*, p. 46.

administrativo, se requiere que la Administración Pública, orgánica o funcional, sea parte del conflicto, con lo cual se deja, en principio, por fuera de esta definición, lo que es España se conoce como actividad arbitral de la Administración, donde ella resuelve un conflicto entre particulares¹¹⁹.

Además de estas premisas, existen cuestiones que, con algunas variaciones, pueden alterar la construcción de la definición de *arbitraje en Derecho administrativo*. Por ejemplo, la exigencia de que el arbitraje sea siempre en derecho, no siendo posible que la Administración concorra a un arbitraje en equidad¹²⁰; en igual sentido, la exigencia de que se trate de arbitraje institucional, no siendo posible arbitraje *ad-hoc*¹²¹; un decálogo mucho más amplio de materias indisponibles¹²²; y, finalmente, la aplicación irrestricta de ciertas reglas de procedimiento como, por ejemplo, las relativas a que el idioma del arbitraje sea el mismo que el idioma oficial del Estado y a que la sede del arbitraje esté geográficamente ubicada dentro de éste, por citar algunas.

Con estas consideraciones, se va a conceptualizar el *arbitraje en Derecho administrativo*, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, de naturaleza transitoria, de origen voluntario, dirigido por particulares que ejercen para ese caso concreto la función pública de administrar justicia, en el que una de las partes es una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones administrativas, cuya disputa está relacionada con el ejercicio de la función administrativa, y en el que las partes y los

¹¹⁹ TRAYTER, J. M. “El arbitraje en derecho administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, No. 43, mayo-agosto, 1997, pp. 75-106, p. 84.

¹²⁰ En el caso colombiano, según lo dispone el inciso 4º del artículo 1º de la Ley 1563 de 2012. En el caso español, no existe dentro de la LEA una mención expresa a que, en los arbitrajes donde sea parte la Administración, éste sea en derecho o en equidad. La única mención cercana al respecto, se encuentra en el artículo 34-1 donde señala que, a falta de disposición expresa en contrario, se entenderá que el arbitraje es en derecho y no en equidad.

¹²¹ En el caso colombiano, así lo dispone el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1563 de 2012.

¹²² Esto será objeto de análisis en el capítulo III.

árbitros ven limitada la autonomía de la voluntad a unas reglas básicas que le impone la ciencia administrativa¹²³.

1.1.6.1 Acercamiento a una conceptualización de la noción Arbitraje de Derecho administrativo que sirva de punto de partida.

Si bien, se acaba de sentar una premisa sobre la noción de Arbitraje de Derecho administrativo, en el entendido que se trata de un mecanismo alternativo de solución de conflictos, de naturaleza transitoria, de origen voluntario, dirigido por particulares que ejercen para ese caso concreto la función pública de administrar justicia, en el que una de las partes es una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones administrativas, cuya disputa está relacionada con el ejercicio de la función administrativa, y en el que las partes y los árbitros ven limitada la autonomía de la voluntad a unas reglas básicas que le impone la ciencia administrativa, es necesario detenerse un poco más en esta noción, ahora ya no tanto desde un punto de vista teórico como se acaba de hacer, y más desde un punto de vista normativo.

1.1.6.1.1 El caso colombiano según los artículos 104 y 105 del CPACA.

Así, se habla, genéricamente, que el asunto es de *Derecho administrativo*, cuando éste se rige por las reglas previstas en las normas, perdón por la tautología, de Derecho administrativo, es decir, aquellas que señalan los órganos, las competencias y los controles a la Administración Pública. Precisamente, desde este último criterio, el de los controles y, para ser más precisos, los controles judiciales, es que se puede delimitar el alcance del constructo *Arbitraje de Derecho administrativo* para aterrizarlos a aquellas cuestiones que se ventilan ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y que se busca se puedan trasladar a

¹²³ En un sentido similar, señala la doctrina española que, es “aquel medio de resolución de conflictos en el que, como mínimo, una de las partes es la Administración Pública y acuerdan someter las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros”. TRAYER, J. M. op. cit., p. 78.

la jurisdicción arbitral, para que, como un equivalente jurisdiccional contencioso-administrativo puedan resolver la cuestión con menos limitaciones de las que hoy día se presentan.

En el caso colombiano, el artículo 104 del CPACA, señala que, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tiene competencia para conocer de los asuntos expresamente señalados en la Constitución Política, en leyes especiales, en las controversias y litigios que se originen en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones que se sujeten al derecho administrativo, siempre que se involucren entidades públicas o particulares en ejercicio de función administrativa.

Se podría decir que, en grandes trazos, aquí está contenido el ámbito orgánico-subjetivo y material-funcional de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, de suerte que, operando como criterio orientador, cualquier discusión en punto de la naturaleza de la relación jurídica-procesal se tendría que llevar desde esta norma. Si los sujetos o el asunto se enmarcan en esa pauta general, se está ante un litigio de Derecho administrativo.

Sin embargo, el artículo 104 del CPACA quiere ser más preciso y, a guisa de ejemplo, señala varios supuestos cuya competencia se adscribe la jurisdicción contencioso-administrativa, frente a los cuales se hará una breve explicación para comprender, desde el punto de vista normativo, el alcance del concepto Derecho Administrativo en el caso colombiano.

Primero, señala la competencia para conocer de litigios relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable. En virtud del artículo 90 de la CP¹²⁴, que consagró la cláusula general de responsabilidad

¹²⁴ Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

de la Administración, toda persona que se sienta lesionada en su patrimonio, con ocasión de una acción o una omisión de una autoridad pública, una operación administrativa, un error jurisdiccional e, incluso, como consecuencia de la vigencia de leyes y de actos administrativos, puede demandar la reparación patrimonial del daño antijurídico causado por un servidor o ex-servidor público y por un particular en ejercicio de funciones administrativas.

Segundo, la competencia para conocer de los contratos, cualquiera que sea su régimen, donde una de las partes en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones públicas. Anticipándonos a un análisis más profundo en el Capítulo III, habría que señalar que el mecanismo para acceder a la jurisdicción, conocido como medio de control de controversias contractuales, tiene un ámbito bastante amplio, en tanto se puede perseguir desde su declaratoria de existencia, nulidad, liquidación, reparación de daños antijurídicos causados con ocasión de su ejecución, desequilibrio financiero y otras pretensiones.

En la medida en que, en Colombia, con ocasión de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación, desapareció la distinción entre contratos de derecho público y contratos de derecho privado, y unificando todos los acuerdos de voluntad de la Administración en una sola categoría llamada *contrato estatal*, al margen de que su regulación sea, total o parcialmente la Ley 80 de 1993, o de que se regulen por otro estatuto especial, lo cierto es que a través de este medio de control se resuelve casi todas las controversias de naturaleza contractual de la Administración.

Tercero, los asuntos relativos a los contratos que celebre cualquier entidad prestadora de servicios públicos, en los que se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes. Este precepto exige de varios supuestos: (i) sea una empresa prestadora de servicios públicos (ii) que los servicios públicos de que se trate sean domiciliarios, en consecuencia, están excluidos los no domiciliarios; (iii) frente a su naturaleza, puede ser pública, privada o mixta; (iv) que se hayan incluido cláusulas exorbitantes, es decir, a favor de una sola de las partes. Si la potestad está en cabeza de los dos contratantes, deja de ser

exorbitante para ser cláusula contractual; (v) que, si no se incluyeron, se haya tenido la potestad o la obligación de hacerlo.

Cuarto, los asuntos relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, así como los conflictos en materia de la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. Esto requiere de varias precisiones, en orden a delimitar su contenido.

La primera precisión, es la que tiene que ver con la naturaleza del empleo público en Colombia. Según el artículo 123 de la CP, los servidores públicos se dividen en tres clases: los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los servidores públicos de elección popular. Los primeros, realizan labores de manejo y confianza, pueden ser de libre nombramiento y remoción o pertenecer al régimen de carrera administrativa y se vinculan a la Administración a través de una regulación legal y reglamentaria. Los segundos, están dedicados a la construcción y mantenimiento de las obras públicas y se vinculan por las reglas del Código Sustantivo del Trabajo. Su régimen laboral es el mismo de los empleados del sector privado. Los últimos, son aquellos que son elegidos en las elecciones populares, bien sea para cargos uninominales o para corporaciones públicas. Su régimen es especial. En el caso de la norma que se cita, se habilita a la jurisdicción contencioso-administrativa, para conocer de los conflictos suscitados con los empleados públicos y con los servidores públicos de elección popular, no con los trabajadores oficiales, no incluidos en el precepto y que, según se verá más adelante, llevan sus conflictos a la jurisdicción ordinaria laboral.

La segunda precisión, es que la norma se aplica, sin importar la naturaleza de su vinculación, a todos los servidores públicos, cuando se trata de conflictos tengan relación la seguridad social, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público, en el entendido que las decisiones que esta entidad adopta son verdaderos actos administrativos.

Quinto, los conflictos que se originen en actos políticos o de gobierno, incluyendo los actos electorales o de elección con fundamento en el proceso democrático. De entrada, esto no

tendría discusión, ya que dichos actos están contenidos en actos administrativos y no tendría la jurisdicción contencioso-administrativa que estar excluida de su conocimiento. La razón por la que expresamente se le incluyó, es para contrarrestar una vieja posición corriente según la cual estos actos no eran susceptibles de control judicial, algo que, por lo menos en el caso colombiano, está ampliamente superado.

Sexto, de los procesos ejecutivos en tres casos: cuando el título ejecutivo sea una sentencia contra la Administración Pública, proveniente de la jurisdicción contencioso-administrativa; (ii) cuando el título ejecutivo sea un laudo arbitral contra la Administración Pública, proveniente de un arbitraje de Derecho administrativo; (iii) cuando el título ejecutivo, simple o complejo, que se esgrime en contra de la Administración sea un contrato estatal.

Séptimo, del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, en los que se definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones públicas. Se podría pensar que, como la norma habla de anulación del laudo arbitral, únicamente en el supuesto de contratos estatales, estaría no prevista la posibilidad de arbitraje para resolver cuestiones diferentes a las que se ventilan en la controversia contractual, por ejemplo, asuntos relativos a la responsabilidad del Estado por daño antijurídico. Sin embargo, dicha cláusula no tiene tal significado, y el recurso de anulación procederá para todo asunto de Derecho administrativo susceptible de ser llevado a la jurisdicción arbitral, posibilidad que, en el caso colombiano, es mucho más amplia que en el caso español.

En razón a que en los preceptos anteriores, se habla de forma reiterada de entidad pública, el párrafo único de la misma norma delimita este concepto para señalar que, para los solos efectos del CPACA, *“se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”*.

Luego de que, en términos positivos, el CPACA señala los asuntos que son de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, lo que se entiende por litigio en Derecho administrativo, el mismo estatuto señala, en términos negativos, los asuntos en los que, a pesar de que se involucra a la Administración Pública, no son de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, en otras palabras, que no son litigios de Derecho administrativo.

Señala el artículo 105 del CPACA que, la jurisdicción contencioso-administrativa no conocerá de los siguientes asuntos, se reitera, a pesar de que ellos involucren a sujetos u organismos del Administración Pública, tanto del sector central como del sector descentralizado, correspondiendo su conocimiento a la jurisdicción ordinaria, civil o laboral según sea el fondo de la cuestión.

Primero, de las controversias relativas a la responsabilidad de naturaleza extracontractual, de los procesos ejecutivos y de las controversias derivadas de contratos celebrados por las entidades públicas que tengan carácter de institución financiera, asegurada, intermediaria de seguros o intermediaria de valores, que se encuentren bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera, siempre y cuando los actos cuestionados correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, es decir, que si no son del giro ordinario de sus negocios, según su objeto social, serán de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Segundo, de las decisiones que profieran las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. La razón de esta exclusión es la siguiente: se trata de verdaderas providencias, no se actos administrativos, en consecuencia, no se puede ejercer sobre ellas control de legalidad. Sin embargo, hay que hacer una aclaración que resulta pertinente a efectos de determinar la procedencia de control judicial de estas decisiones ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Si bien, no son actos administrativos y no procede el control de legalidad, sí son providencias que pueden incurrir en responsabilidad por error

jurisdiccional. Desde esta segunda perspectiva, sí serían de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Tercero, de las decisiones que se profieran en juicios de policía regulados que se encuentren especialmente por la ley. Vienen al caso las mismas consideraciones hechas en el punto anterior, sobre que no son actos administrativos sino providencias, toda vez que esta función se cataloga como jurisdiccional. No procede, en consecuencia, control de legalidad, pero sí es posible exigir la reparación patrimonial del daño antijurídico causado como consecuencia de un error jurisdiccional.

Cuarto y último, los conflictos de naturaleza laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales. Como se dijo anteriormente, esta relación se rige por el Código Sustantivo del Trabajo y, en consecuencia, los conflictos son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral, no de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Desde esta perspectiva, y para el caso colombiano, son litigio en Derecho administrativo, los conflictos que versen sobre las anteriores cuestiones y que son de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. En consecuencia, será arbitraje de Derecho administrativo, cualquier disputa que se ventile ante la jurisdicción arbitral y en las cuales se pretende resolver alguna cualquiera de las anteriores cuestiones.

1.1.6.1.2 El caso español, según los artículos 1, 2, 3 y 4 de la LJCA.

En el caso español, el asunto se rige, principalmente, por la LJCA, con las modificaciones introducidas el 6 de diciembre de 2018, y en la cual se regula, según lo señala la exposición de motivos, el control de legalidad de la Administración, con fundamento en el artículo 106-1 de la CE.

A diferencia del caso colombiano, en el que el CPACA regula la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, utilizando conjuntamente los criterios orgánico y material, la legislación española hizo varias precisiones, separando en diferentes artículos, lo relativo a la competencia por el sujeto que se vigila y la competencia por la materia de la que se conoce.

En tal sentido, el artículo 1-1 de LJCA, señala que, los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo, conocerán de los asuntos que involucren a las Administraciones públicas, cuando sus actuaciones se encuentren sujetas al Derecho administrativo, cuando tenga que ver con disposiciones generales de rango inferior a la Ley y, cuando la cuestión tenga que ver con el exceso en los límites de la delegación en el caso de los Decretos legislativos. A renglón seguido, el artículo 1-2 señala lo que, desde la LJCA se entiende por Administraciones públicas y relaciona las siguientes entidades:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración local.
- d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

Luego, en el artículo 1-3 de la LJCA, desde un criterio material, adscribe a la jurisdicción contencioso-administrativa, la competencia para conocer de cuestiones que se relacionen con los siguientes aspectos:

- a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.
- b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Es muy importante señalar que, el artículo 1 de la LJCA, precisa una competencia en cabeza de los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo, mientras que, el artículo 2, del cual se hablará a continuación, habla del “*orden jurisdiccional contencioso-administrativo*”, es decir, de una esfera orgánica que trasciende la organización de los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo, y que abre una vía para la incorporación de nuevos escenarios de control de la actividad administrativa, por ejemplo, un arbitraje de Derecho administrativo, que sirva como un nuevo escenario de un “*orden jurisdiccional contencioso-administrativo*”. Fija el artículo 2 de la LJCA como cuestiones del Derecho administrativo las siguientes:

- a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.
- b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas. c) Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas.
- d) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente.
- e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.
- f) Las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley.

Las anteriores cuestiones, delimitan, desde un punto de vista material, la competencia de los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo, así como del “*orden jurisdiccional contencioso-administrativo*”, un concepto mucho más amplio, cercano a la categoría de concepto jurídico indeterminado, que podría ser un sustento para la apertura hacia nuevas posibilidades del arbitraje en Derecho administrativo.

Finalmente, desde un criterio negativo, señala el artículo 3 de la LJCA, que no corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, los asuntos que corresponda a otra jurisdicción, aunque se trata de asuntos relacionados con la Administración pública, el recurso contencioso-disciplinario militar, los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y Tribunales y la Administración pública y los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma Administración, ni el conocimiento de los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica.

Desde este ámbito de competencias, positivas y negativas, se precisa el ámbito de actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa y, en consecuencia, el ámbito de posibilidades de un arbitraje en Derecho administrativo. Por supuesto que no todos los asuntos de que conoce la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo menos no en este momento de la historia humana, quizá sí más adelante, pero ahora, lo que nos interesa es delimitar el concepto. Es arbitraje de Derecho administrativo, aquel que versa sobre cuestiones que involucran a la Administración Pública y que, en esa medida, serían de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa pero que, en virtud de la voluntad de las partes y de la autorización constitucional y legal, se lleva a la jurisdicción arbitral, bajo el apego a ciertas reglas propias del Derecho administrativo.

1.2 LAS TESIS SOBRE LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE

Se abordará, en este acápite, las diversas tesis sobre la naturaleza del arbitraje aceptadas hoy en la jurisprudencia y la doctrina comparada, su exposición general, características y fundamentos, su aceptación en el caso colombiano y español, antecedentes de una justificación sobre la importancia de aceptar una tesis específica sobre la naturaleza del arbitraje en un sistema jurídico particular.

1.2.1 Importancia de la aceptación de una tesis sobre el arbitraje.

La discusión sobre la naturaleza del arbitraje, como lo señala Becerra Toro¹²⁵, al igual que frente a muchos otros institutos, resulta no ser pacífica. Son variadas las tesis y pocos los consensos, inclusive al interior de cada corriente, se presentan diferencias conceptuales tanto académicas, como doctrinales y judiciales.

La diferencia de posiciones, indiscutiblemente, genera un rompimiento en el diálogo sobre el arbitraje, una ausencia de un código de lenguaje que oriente a las participantes, de allí que, desde el punto de vista epistemológico, discurrir acerca de la naturaleza del arbitraje, es acercarse a los fundamentos de la arquitectura normativa de la institución, de sus alcances y limitaciones, así como de los procedimientos a través de los cuales se desarrolla y de sus implicaciones prácticas. O, como se ha dicho en términos generales, la naturaleza de una institución, y esto no ajeno al arbitraje, se convierte en el faro que orienta la interpretación normativa de las normas que la regulan¹²⁶.

Por lo anterior, se van a presentar algunas explicaciones sobre las tesis que generan mayor consenso y sobre las posiciones dominantes, tanto en el derecho colombiano como en el español, de modo que se pueda establecer un código común de lenguaje

¹²⁵ BECERRA TORO, *op. cit.*, p. 19.

¹²⁶ MEJÍA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 39.

para la comparación del instituto del arbitraje en el derecho administrativo en ambos sistemas.

1.2.2 Las tesis sobre el arbitraje

En esencia, son cuatro las tesis sobre la naturaleza del arbitraje: una tesis que se ha dado denominar tesis contractual, por cuanto señala que el arbitraje es un contrato en la medida en que sólo puede surgir por la habilitación de las partes. Una tesis jurisdiccional que lo considera como un verdadero proceso judicial, aun cuando sea adelantado por particulares. Una tesis eclética, que se centra en afirmar que el arbitraje es una combinación de contrato y de jurisdicción. Y, finalmente, una tesis autónoma que señala que el arbitraje no es una cosa ni la otra, sino que la institución arbitral goza de características propias.

La discusión sobre la naturaleza del arbitraje no es reciente, más bien parece estar siendo superada. Esta discusión, como señala Oppetit¹²⁷, responde, por lo general, a la pregunta acerca de si cuando el árbitro actúa lo hace en calidad de juez, encargado de resolver una disputa, o es un mandatario que recibe una autorización común para culminar una actividad.

Un análisis sobre los argumentos en los que se funda cada una de estas tesis, junto con sus más fuertes críticas, allanará el camino para luego analizar, tanto en el caso colombiano como el español cuál es la tesis que aplica en cada sistema y, en esa medida, en qué punto los dos sistemas son comparables y, de serlo, cuáles son sus diferencias y similitudes.

1.2.2.1 La tesis contractual

Quienes abogan por la naturaleza contractual del arbitraje, llamada también postura privatista¹²⁸, señalan que este goza de

¹²⁷ OPPETIT, B., *Teoría del arbitraje*, Trad. Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza, José Joaquín Caicedo Demoulin, Legis, Bogotá, 2006, p. 163.

¹²⁸ MERINO MERCHÁN, *op. cit.*, p. 251. BALLESTEROS PANIZO, *op. cit.* p. 34. RIACHI SANABRIA, J. F. “La acción de tutela en el arbitraje comercial internacional: Una aproximación metodológica frente a su procedencia”, en:

todas las características propias de un contrato y que, cuando se dice que el árbitro es un juez o que el arbitraje es un proceso no se trata más que de una metáfora que no tiene la virtualidad de alterar la esencia del arbitraje¹²⁹.

Se afirma que no hay arbitraje si las partes voluntariamente no suscriben el pacto arbitral al extremo que, ante la existencia del acuerdo, el Estado está obligado a permitir el arbitraje; que el árbitro es un mero mandatario cuya autoridad deriva de la habilitación de los interesados y de no de la autoridad del poder público; que el laudo encuentra sustento en el acuerdo de voluntades llamado pacto arbitral¹³⁰; que entre pacto y laudo se forma un todo indisoluble como negocio jurídico y, por ende, el laudo es la ejecución de un contrato y no una providencia; en últimas, que pacto y laudo son un acto jurídico complejo¹³¹.

Muy importante resulta la consideración expuesta por Merino Merchán y Chillón Medina¹³² para quienes, si los árbitros pueden imponer su decisión, es en razón del vínculo contractual, de la manifestación de voluntades de las partes que a eso se comprometieron mediante el pacto contractual.

Es importante señalar la diferencia entre la naturaleza contractual del arbitraje y el arbitraje contractual. Quizá fue Oppetit¹³³ el primero en acuñar el término arbitraje contractual. Mientras que, cuando se habla de la naturaleza del arbitraje y, más concretamente, de la naturaleza contractual del arbitraje, la discusión se centra en la ontología de la institución, la referencia al arbitraje contractual se circunscribe a las potestades de los árbitros.

Revista de derecho privado, No. 56, 2016, Bogotá, Universidad de los Andes, pp. 1-33, p. 8.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 252.

¹³⁰ En igual sentido, PEREZ-LUÑO ROBLEDO, *op. cit.*, cita 1, p. 26.

¹³¹ AYLWIN AZOCAR, *op. cit.*; BECERRA TORO, *op. cit.*

¹³² MERINO MERCHÁN, *op. cit.*, p. 253.

¹³³ OPPETIT, *op. cit.*, p. 162.

Como bien señala Oppetit¹³⁴, en ocasiones la función del árbitro va mucho más allá de lo puramente jurisdiccional para convertirse en una especie de “*regulador de un contrato en proceso de formación o ejecución*”. La función del árbitro es completar o adaptar el contrato a nuevas condiciones. Según Oppetit, son principalmente dos los criterios que se tienen cuenta para calificar la intervención de un tercero como un arbitraje contractual: la existencia de un litigio anterior y el otorgamiento de poderes para tomar una decisión. Sin embargo, para Oppetit, ninguno de los criterios señalados es concluyente para calificar dicha intervención como arbitraje.

Al respecto, el profesor mexicano González de Cossio¹³⁵ con particular agudeza señala que un arbitraje contractual alude más a la participación de un tercero en la consolidación de un contrato, en desarrollo de un mandato previamente conferido, que a la existencia de una controversia que deba ser resuelta por un tercero con carácter vinculante.

Por esto, Larroumet¹³⁶ señala que, el contrato de arbitraje, tiene carácter sinalagmático en la medida en que las partes se obligan recíprocamente a excluir de la solución de sus conflictos a la justicia estatal. Agrega Larroumet que, el acuerdo de arbitraje, es una limitación al monopolio estatal de justicia, autorizado por el Legislador, que debe cumplir con los requisitos de validez de todo contrato.

Algunas normas de carácter internacional pareciera que adoptan la tesis de la naturaleza contractual del arbitraje. A guisa de ejemplo, en el numeral 1º del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (“Convención de Nueva York”),

¹³⁴ Ibid., p. 162.

¹³⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., “La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico”, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 509-525.

¹³⁶ LARROUMET, C., “A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y su autonomía”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005, p. 14.

se afirma que, cada uno de los Estados parte reconocerá “*el acuerdo por escrito*” a través del cual las partes involucradas en un conflicto someten sus diferencias al arbitraje.

Por su parte, en el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, se señala que goza de validez “*el acuerdo*” por el cual las partes someten sus diferencias a decisión arbitral. Finalmente, en el artículo 7 de Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, se define el “acuerdo de arbitraje” como aquel por el cual las partes someten sus diferencias a arbitraje.

En el caso colombiano, aunque en el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012 se dice que el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos y que el laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje, en el artículo 3 de la misma ley, se define el pacto arbitral como el “*negocio jurídico*” en virtud del cual las partes involucradas en un conflicto someten a arbitraje sus diferencias actuales o futuras.

En el caso español, por un lado, el artículo 43 de la LEA señala que, el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él únicamente procede el recurso de anulación. Por otro lado, el artículo 9 *ibidem* precisa la forma y el contenido del “*convenio arbitral*”, del cual se presume su existencia cuando exista una demanda y una contestación en la que una parte afirme su existencia y la otra no lo niegue.

La tesis contractual es fuertemente criticada. Según Aylwin Azócar¹³⁷, la principal crítica a esta tesis, sin perjuicio de la existencia de otras que puedan resultar de la misma envergadura, se resume en lo siguiente: existe una innegable separación entre el pacto arbitral y el arbitraje.

Retomando la posición de Martínez Neira¹³⁸, el pacto arbitral es un acto jurídico bilateral o plurilateral, en el que se expresa la

¹³⁷ AYLWIN AZÓCAR, *op. cit.*, p. 44.

¹³⁸ MARTÍNEZ NEIRA, N. H., “El pacto arbitral”, en: *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*, Temis, Bogotá, 1988; MARTÍNEZ NEIRA, N.

voluntad de los contratantes de otorgar jurisdicción especial a unos terceros llamados árbitros, para que diriman un conflicto presente o futuro a través de una decisión definitiva a la que se llama laudo arbitral.

Para que haya pacto arbitral, en la modalidad de cláusula compromisoria o compromiso, agrega, deben concurrir todos los elementos del contrato: capacidad, consentimiento exento de vicios, causa y objeto lícito. Quizá sea a partir de esta equiparación entre pacto arbitral y arbitramento que se construye la tesis contractualista del arbitraje: Si el pacto reviste de tal naturaleza, el arbitraje, que no es otra cosa que el desarrollo de lo previsto en el pacto, goza de igual condición.

Frente a esto, Aylwin Azócar¹³⁹ señala que el arbitraje tiene su origen dos contratos, uno entre las partes llamado pacto arbitral y otro de las partes con los árbitros. Pero, asimismo afirma que tales contratos no son el arbitraje en sí mismo, sino únicamente su causa o antecedente. La decisión de los árbitros no es la manifestación de un acuerdo de voluntades o, como el mismo lo llama, “*un acto de voluntad de los propios litigantes*”¹⁴⁰ que las partes hayan transmitido a los árbitros, sino que es una decisión arbitral, dictada con independencia y autoridad, en interés de la justicia y con plena observancia de la ley.

Por su parte, Merino Merchán y Chillón Medina¹⁴¹ señalan que el arbitraje no se puede encuadrar exactamente ni dentro de una postura procesal o jurisdiccional ni contractual o privatista. Dicen que, en el arbitraje, se presenta el contrato de pacto arbitral y la sentencia, ésta última de naturaleza puramente jurisdiccional, es decir, que el arbitraje goza del doble carácter de material y procesal.

H., “El pacto arbitral”, en: *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis, Bogotá, 2013.

¹³⁹ AYLWIN AZÓCAR, *op. cit.*, p. 44.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 45.

¹⁴¹ MERINO MERCHÁN, *op. cit.*, 255.

Termina diciendo Aylwin Azócar¹⁴² que, si se tratara de un mandato, inclusive sin representación, el árbitro carecería de poder para obligar a las partes y su sentencia no tendría el efecto vinculante y de cosa juzgada del que efectivamente dispone. El árbitro, contrario a un mero mandante, se ubica por encima de las partes, a pesar de ser nombrado por ellas, y cuenta con atribuciones de las que incluso ellos carecen.

Lo mismo es sostenido por Rodríguez Mejía¹⁴³, para quien, si la finalidad del arbitraje es la solución efectiva de una controversia, se descarta su naturaleza contractual porque ello no es posible si la decisión arbitral goza de verdadera efectividad, lo cual no se daría si su cumplimiento se deja a la voluntad de las partes. Puede ser, agrega Rodríguez Mejía, que el arbitraje parta de un acuerdo de voluntades, pero ello solo es condicionante de la naturaleza del pacto y no del arbitraje en sí mismo¹⁴⁴.

1.2.2.2 La tesis jurisdiccional

Para el análisis de la tesis jurisdiccional, se considera prudente hacer una introducción, desde la perspectiva de la separación de funciones. Desde este marco teórico, se podrá allanar el camino para la comprensión del arbitraje como especie de jurisdicción. Una vez se haga dicha introducción, se pasará a exponer la tesis jurisdiccional en sentido estricto.

1.2.2.2.1 La función judicial desde la teoría de la separación de funciones.

El principio de la separación de funciones, quizá uno de los más importantes del constitucionalismo contemporáneo¹⁴⁵, encuentra

¹⁴² AYLWIN AZÓCAR, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴³ RODRÍGUEZ MEJÍA, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ MORENO MILLÁN, F., *Aspectos constitucionales del Control Fiscal en Colombia*, *op. cit.*, 2012. VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. NARANJO MESA, V. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 6 ed., Bogotá, Temis, 1995.

su origen, según afirma Rodríguez-Zapata¹⁴⁶, en el constitucionalismo liberal de los siglos XVI y XVII, en especial con los aportes de Locke sobre la existencia de dos funciones principales, la legislativa y la ejecutiva que, a su vez, comprendía la función judicial¹⁴⁷ y Montesquieu que, sostuvo la tesis de la existencia de tres funciones específicas, la legislativa, la ejecutiva y la judicial¹⁴⁸ y, en el caso de la función judicial, como afirma Rifá Soler, se incluye el conjunto de órganos que, como una unidad jurisdiccional, ejerce su actividad¹⁴⁹.

Aunque hay quienes como Gellinek¹⁵⁰ y Naranjo Mesa¹⁵¹, quienes afirman que su origen se remonta a la obra de Aristóteles, lo cierto es que, a pesar de que la teoría de las tres partes del poder del Estado es un fundamento de este principio, los griegos no concibieron la separación funcional como elemento estructurante de la teoría, de suerte que, como afirmaba Loewenstein¹⁵², “*los griegos no parecen haberse alarmado ante el hecho de que la ekklesia ateniense realizara simultáneamente funciones legislativas, ejecutivas y judiciales*”.

Por el contrario, en el constitucionalismo liberal se afirma que la libertad de los individuos está garantizada si, como afirmaba Montesquieu, cada función se asigna a órganos especiales pero separados entre sí. Por eso, diría que¹⁵³ “*En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las*

¹⁴⁶ RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996.

¹⁴⁷ LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Buenos Aires, 1963.

¹⁴⁸ MONTESQUIEU, *op. cit.*

¹⁴⁹ AA.VV. Estudios sobre Arbitraje de Consumo, *op. cit.*, p. 34.

¹⁵⁰ GELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, University Press, Oxford, 1999.

¹⁵¹ NARANJO MESA, V., *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Temis, Bogotá, 2010, 12ª ed.

¹⁵² LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 56.

¹⁵³ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 150.

cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil”.

El antecedente normativo del principio de separación de funciones, lo encontramos en las constituciones de Massachusetts de 1780 y New Hampshire de 1783 en los Estados Unidos de Norteamérica. Posteriormente, vendría a aparecer en el artículo 16 de la Declaración Francesa de derechos de 1789.

En el artículo 30 de la Constitución de Massachusetts, se previó la existencia de tres poderes, al decir que, “*In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them*”; dichos poderes actuarían en forma separada, sin interferir uno en el ejercicio de los otros, el legislativo el ejecutivo y el judicial, ninguno puede interferir en el ejercicio de los demás poderes, puesto que hasta el final puede ser un gobierno de leyes y no de hombres. Así, se señaló que: “*the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men*”.

En el artículo 30 de la Constitución de New Hampshire, se retoma la idea de que se trata de tres poderes básicos, que actúan en forma separada unos de otros, cuando dice que “*In the government of this State, the three essential powers thereof, to wit, the Legislative, Executive, and Judicial, ought to be kept as separate from, and independent of, each other...*”, pero agrega que ello obedece a la naturaleza del gobierno libre, que une el tejido de la Constitución en un vínculo indisoluble de unión y amistad, por lo que expresa que “*as the nature of a free government will admit, or as is consistent with that chain of connection that binds the whole fabric of the Constitution in one indissoluble bond of union and amity*”.

Finalmente, el artículo 16 de la Declaración Francesa de derechos del hombre y del ciudadano replica que “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”, es decir, ubicando la separación de poderes como una cláusula material de

toda Constitución y un requisito básico de la existencia del Estado.

El hecho de que la separación de funciones implique además una separación de órganos y de personas, no impide, incluso partiendo de Montesquieu¹⁵⁴, que pudiera existir una colaboración armónica entre los diversos órganos o, como más técnicamente se le denomina, que se admitiera una separación flexible de funciones, en la que cada órgano ejerce su propia función, pero de manera complementaria o subsidiaria las competencias propias de otro órgano.

1.2.2.2 La tesis jurisdiccional en sentido estricto

La tesis jurisdiccional del arbitraje, también llamada postura procesal, en tanto el arbitraje parte de un *proceso* que, sin querer incurrir en una tautología es un *proceso judicial*, aboga por la equiparación entre el proceso arbitral y el proceso judicial, entre laudo arbitral y sentencia judicial y entre árbitro y juez. Señala que en el arbitraje se presentan todos los elementos de los procesos judiciales, en resumen, el arbitraje es un proceso y el árbitro es un juez¹⁵⁵.

Las razones por las que se reconoce naturaleza jurisdiccional al arbitraje, es decir, como función propiamente jurisdiccional, se pueden resumir, desde la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina comparada, sin perjuicio de la existencia de otras igualmente importantes, de la siguiente manera¹⁵⁶:

Primero, la función jurisdiccional, como una de las tres funciones clásicas del poder público¹⁵⁷, junto con la función legislativa y la

¹⁵⁴ *Ibidem. op. cit.*, p. 150.

¹⁵⁵ MERINO MERCHÁN, *op. cit.*, 247. BALLESTEROS PANIZO, *op. cit.* p. 35. PEREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *op. cit.*, cita 1, p. 26. BEJARANO, R. *Procesos Declarativos, arbitrales y ejecutivos*, 6 ed., Bogotá, Temis, 2016, p. 389. PÉREZ SOLANO, A. *op. cit.*, p. 11. RIACHI SANABRIA, J. F. *op. cit.*, p. 8.

¹⁵⁶ AYLWIN AZOCAR, *op. cit.*; BECERRA TORO, *op. cit.*

¹⁵⁷ MONTESQUIEU. C. L., *op. cit.*, 1944.

función ejecutiva, es una función privativa del Estado. Como señala Aylwin Azócar¹⁵⁸, es una función que el Estado se ha reservado para sí, no pudiendo ser ejercida por los particulares sin su autorización.

Segundo, en el caso del arbitraje, éste asume la connotación de función judicial de carácter temporal, en virtud de la delegación que hace el Legislador. Es decir, como lo señala Preciado Arbeláez¹⁵⁹, cuando los árbitros administran justicia cumplen de manera transitoria una función pública. Puede ser, como afirma Aylwin Azócar¹⁶⁰, que su función no sea permanente, pero esto no enerva que se trata de una típica función jurisdiccional.

Tercero, es la ley la que acepta y regula el arbitraje, a pesar de que se necesite del acto arbitral, es decir, del consenso de las partes en tanto el arbitraje parte del principio de voluntariedad, si la ley no permite el arbitraje éste no se puede presentar. No pueden los particulares, por más voluntad que tengan, arrogarse esta potestad sin la previa autorización de la ley, so pretexto de la habilitación de las partes. En todo caso, es la ley la que instituye a los árbitros como una categoría de tribunal, les otorga facultades jurisdiccionales, esto es, los dota del poder de administrar justicia¹⁶¹.

Cuarto, como lo señala Aylwin Azócar, las partes no otorgan jurisdicción, sino que se limitan a convocar a los árbitros en virtud de la autorización dada por el Estado¹⁶². Expresan Merino Merchán y Chillón Medina¹⁶³ sobre este tópico que, las partes no pueden dar lo que no tienen y la jurisdicción es un poder que deriva del Estado.

¹⁵⁸ AYLWIN AZOCAR, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵⁹ PRECIADO ARBÉLAEZ, A., “De la voluntariedad y los pactos arbitrales abusivos en el derecho colombiano”, en: *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis, Bogotá, 2013, p. 75.

¹⁶⁰ AYLWIN AZOCAR, *op. cit.*, p. 51.

¹⁶¹ *Ibid.*, pp. 50-51.

¹⁶² *Ídem.*, p. 51.

¹⁶³ MERINO MERCHÁN, *op. cit.*, 248.

Quinto, las decisiones arbitrales son verdaderas providencias, que se emiten en el curso de un juicio, que hacen tránsito a cosa juzgada y que vinculan porque así lo autoriza lo señala la ley. Como señalan Merino Merchán y Chillón Medina, el efecto vinculante de la cosa juzgada y la ejecutoriedad incondicionada, sólo pueden provenir del Estado, por ende, el arbitraje es jurisdiccional.

Sexto, los árbitros deben cumplir requisitos para desempeñar su función, por ende, una vez investidos de jurisdicción, no son meros mandatarios, sino que gozan de autonomía para la toma de la decisión, como lo hace cualquier funcionario jurisdiccional, dentro del ámbito de posibilidades que le proporciona el sistema jurídico.

Cuando se afirma que el arbitraje tiene naturaleza contractual, se hace derivar la existencia del arbitraje en un contrato, bien en la fórmula de compromiso o de cláusula compromisoria, formado a partir de la voluntad de las partes. Sin embargo, como acertadamente señala Larroumet¹⁶⁴, aunque se trata de un acuerdo de voluntades, de naturaleza sinalagmática, que exige del cumplimiento de requisitos de validez, su objeto es un acto jurisdiccional, en el que se sustituye la participación de los jueces estatales por unos jueces privados, que representa una limitación al monopolio estatal de justicia pero que, en todo caso, debe estar autorizado por la ley y sobre el cual se ejerce control jurisdiccional.

Por supuesto, al igual que la tesis contractual tiene reparos, la tesis jurisdiccional también ha sido víctima del embate de la crítica. Así, para Rodríguez Mejía¹⁶⁵, la potestad jurisdiccional de ejecución del fallo, propio de los jueces, está ausente en la justicia arbitral, por lo que, a su juicio, la ausencia de este elemento impide catalogar a la justicia arbitral como función arbitral en el estricto sentido de la palabra.

¹⁶⁴ LARROUMET, *op. cit.*, 14.

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ MEJÍA, *op. cit.*, p. 41.

Por su parte, Merino Merchán y Chillón Medina¹⁶⁶ hacen acopio de una serie de críticas, en grado sumo demoledoras. Señalan estos juristas españoles que, en primer lugar, la función judicial se erige sobre la base de la subordinación de las partes frente al juez. En el arbitraje, aunque el laudo produce efectos vinculantes, lo que se presenta entre árbitro y las partes es una especie de coordinación. En segundo lugar, el proceso es de naturaleza absoluta, en tanto se excluye la posibilidad de que las partes puedan prever reglas de procedimiento, mientras que, en el arbitraje regido por el principio dispositivo, éstas pueden influir en el procedimiento. En tercer lugar, para hablar de proceso, tiene que haber jurisdicción, pues se trata de conceptos correlativos.

Precisamente, en el caso español, el arbitraje, se anticipa, tiene naturaleza *cuasi-jurisdiccional*, *para-jurisdiccional* o de *equivalencia jurisdiccional*, según lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en diversos fallos¹⁶⁷. La razón se resume así: la función arbitral es, materialmente, jurisdiccional, por cuanto resuelve conflictos con efecto de cosa juzgada, pero formalmente no, por cuanto, primero, los árbitros no son clasificados por la CE como miembros del poder judicial; segundo, se limita a cuestiones transigibles y, tercero, no pueden los árbitros ejecutar su propia decisión. Sobre esto se volverá a abordar la aceptación de las tesis sobre el arbitraje.

1.2.2.3 La tesis causi-jurisdiccional o para-jurisdiccional.

Finalmente, está la tesis *causi-jurisdiccional* o *para-jurisdiccional*, la que constituye un punto medio entre la tesis contractual y la tesis jurisdiccional. Señalar sus fundamentos servirá para precisar los alcances del arbitraje en el derecho administrativo desde la perspectiva española.

Los elementos teóricos y dogmáticos que sustentan la tesis *causi-jurisdiccional* o *para-jurisdiccional*, propia del arbitraje en el caso español, se pueden resumir de la siguiente manera, sin

¹⁶⁶ MERINO MERCHÁN, *op. cit.*, p. 251.

¹⁶⁷ Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 de 20 de julio de 1993.

perjuicio de la existencia de otras razones que acudan en su auxilio:

Primero, el arbitraje no es función judicial, en tanto no figura dentro de la regulación del artículo 117-1 de la CE, que habla únicamente de jueces y tribunales como integrantes del poder judicial, pero es compatible constitucionalmente con dicha función, en tanto existen elementos comunes, de la esencia, entre uno y otra. Según afirma la doctrina española¹⁶⁸, apoyada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *prima facie*, se debe rechazar cualquier posición que vaya en la vía de considerar las leyes que regulan el arbitraje, *per se*, como inconstitucionales.

Siguiendo las posiciones del Tribunal Constitucional español¹⁶⁹ y de la doctrina española¹⁷⁰, los árbitros no son jueces, en el sentido orgánico o simplemente constitucional de la expresión, en tanto no son recogidos por el artículo 117 de la CE a lo cual se suma que, en todo caso, los árbitros no ejecutan lo juzgado¹⁷¹, para lo cual necesitan, en términos del Tribunal Constitucional, del “*brazo secular del Juez*” para dotar de fuerza al laudo¹⁷².

En efecto, de dicho artículo se deriva que la justicia (i) emana del pueblo, (ii) se ejerce en nombre del Rey, (iii) a través de los jueces y magistrados que integran el poder judicial. A diferencia del artículo 116 de la Constitución colombiana que, expresamente señala que los particulares investidos de la condición de árbitros, también ejercen justicia, la CE no los recoge dentro de su clasificación de funcionarios judiciales.

Sin embargo, el hecho de que no sea jueces, en los términos anotados, no descarta, en términos absolutos, un elemento

¹⁶⁸ AA.VV. Estudios sobre Arbitraje de Consumo, op. cit. p. 44.

¹⁶⁹ Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 del 20 de julio de 1993.

¹⁷⁰ GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 28.

¹⁷¹ BALLESTEROS PANIZO, op. cit. p. 35.

¹⁷² Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 del 20 de julio de 1993.

jurisdiccional en su función. Como afirma Rifá Soler¹⁷³, amparado en el artículo 43 de la LEA, el hecho de que el laudo goce de la fuerza de la cosa juzgada y que asuma la naturaleza de título ejecutivo, sustenta la equiparación entre actividad jurisdiccional y actividad arbitral. Además, (i) juez y árbitro son jurisconsultos, esto es, expertos en la ciencia jurídica, (ii) utilizan el sistema de normas para resolver el conflicto y, (iii) como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de naturaleza prestacional, los árbitros ejercen su función a través de los cauces procesales previstos en el ordenamiento jurídico¹⁷⁴.

Segundo, mediante el arbitraje se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, conforme lo señala el artículo 24-1 de la CE, todas las personas tienen el derecho a una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos por parte de los jueces y tribunales, sin que, en ningún caso, se pueda producir indefensión.

Dicha referencia a los jueces y tribunales, en el sentido orgánico de la expresión, y en consideración al principio de reserva de jurisdicción previsto en el artículo 117 de la CE, donde señala que, jueces y magistrados, son aquellos que integran el poder judicial, que se encuentran determinados por las leyes, con la competencia exclusiva de juzgar y ejecutar lo juzgado, que sustentan el principio de unidad de la jurisdicción, a partir de la cual se organizan y funcionan, pareciera dar a entender que, con el arbitraje, se presenta una renuncia a este derecho.

Sin embargo, como lo afirma la doctrina¹⁷⁵ y lo sostuvo el Tribunal Constitucional¹⁷⁶, ya que, en el arbitraje, (i) se garantizan principios del debido proceso como los de audiencia, contradicción e igualdad, (ii) crean un título -laudo- de ejecución

¹⁷³ AA.VV. Estudios sobre Arbitraje de Consumo, op. cit. p. 54.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 176 del 11 de noviembre de 1996.

¹⁷⁵ BALLESTEROS PANIZO, op. cit., p. 76.

¹⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 174 del 23 de noviembre de 1995.

forzosa y, (iii) existen vías judiciales de anulación del laudo, es evidente que el arbitraje, lejos de significar una renuncia a la tutela judicial efectiva, es un mecanismo de garantía.

En alguna oportunidad, el Tribunal Constitucional español¹⁷⁷, señaló que, el derecho a la tutela judicial efectiva, solo era predicable, respecto del arbitraje, en tratándose de actividades de apoyo y control. Sin embargo, el hecho de que no intervenga el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, y eso es precisamente lo que señaló el Tribunal, en ciertas actuaciones, no significa que no sea expresión del derecho a la tutela judicial efectiva en un ámbito declarativo del derecho, sino que su grado de autonomía e independencia es mayor que en los procesos estrictamente judiciales, a la hora de adoptar las decisiones de fondo.

Tercero, en atención al principio de reserva de jurisdicción de la actividad de la administración pública, previsto en el artículo 106-1 de la CE, y conforme al cual, el control de “*la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa*”, es competencia de los tribunales¹⁷⁸, situación que se funda, como lo señaló el Tribunal Constitucional¹⁷⁹, en la inexistencia de actuaciones de la Administración Pública excluidas o “*inmunes al control judicial*”, el arbitraje es limitado, a diferencia de la justicia estatal que es ilimitada. Así, desde la perspectiva *cuasi-jurisdiccional* del arbitraje, el arbitraje tiene limitaciones que no están presentes en la función estrictamente jurisdiccional.

La limitación a las competencias del árbitro se puede ver desde una triple perspectiva: primero, desde la disponibilidad de la materia; segundo, desde la habilitación de la materia; y, tercero,

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 9 de 17 de enero de 2005.

¹⁷⁸ En el caso colombiano, conforme al artículo 237-1 de la CP de 1991, corresponde al Consejo de Estado, desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso, a lo que se agrega en el artículo 238 *ibídem* que, es función exclusiva de esta jurisdicción, la suspensión provisional de los actos administrativos.

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 294 del 7 de noviembre de 1994.

desde la inexistencia absoluta de competencia para conocer de dicha materia.

Primero, conforme al principio de *disponibilidad*, las partes únicamente pueden someter al arbitraje aquello sobre lo cual tienen disposición¹⁸⁰ o pueden disponer porque hace parte de su patrimonio, a diferencia de la justicia estatal que no tiene dichas limitaciones y que se puede pronunciar, en principio, sobre cualquier asunto. Así lo reconoce el artículo 2.1 de la LEA cuando señala que, se puede someter a arbitraje las materias de libre disposición conforme a derecho.

Segundo, desde el principio de libertad, es claro que las partes llegan voluntariamente al arbitraje¹⁸¹, aceptan sus reglas, y determinan el ámbito del pronunciamiento de los árbitros, quienes no pueden ir más allá, salvo que se trate de un presupuesto lógico, de aquello que les fue expresamente confiado.

Tercero, dejando de lado las materias no disponibles y la habilitación que las partes quieran hacer a los árbitros, existen facultades procesales de las que carecen los árbitros. Por ejemplo, desde la perspectiva española, los árbitros no están legitimados para plantear la cuestión de inconstitucionalidad ni la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea¹⁸². En el caso colombiano, los árbitros no pueden acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, en tanto dicha facultad, está reservada a los jueces de

¹⁸⁰ Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 del 20 de julio de 1993.

¹⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 176 del 11 de noviembre de 1996. GARCÍA PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 31.

¹⁸² Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 del 20 de julio de 1993. Auto del Tribunal Constitucional. No. 326 del 28 de octubre de 1993. Sentencia del Tribunal Constitucional español. No. 174 del 23 de noviembre de 1995. GARCÍA PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 30. En la doctrina española, véase FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M, *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2003, p. 42. CORZO SOSA, E. *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 538.

los Estados parte¹⁸³. Finalmente, los árbitros carecen, tanto en el caso colombiano como español, del *imperium* para ejecutar su propia decisión¹⁸⁴, requiriendo del auxilio de las autoridades judiciales para dicha labor.

Sin embargo, como lo denuncia Rifá Soler¹⁸⁵, amparado en pronunciamiento del Tribunal Supremo, existe una “paulatina matización” en punto de la negativa a declarar al arbitraje como función jurisdiccional en sentido amplio. Según el Tribunal Supremo, la doctrina y la jurisprudencia, han ido progresivamente transitando hacia una orilla teórica, de tendencia mixta, en la que se reconoce el origen contractual del arbitraje, del convenio arbitral, diríamos nosotros, y la naturaleza jurídica de sus efectos como elemento esencial de la institución¹⁸⁶.

Incluso, se podría agregar que, el arbitraje, no es otra cosa que una excepción al monopolio estatal del ejercicio de la jurisdicción, pero, en la medida en que cumple la misma función, tiene la misma naturaleza. Así, y recogiendo la opinión de Richard González¹⁸⁷, las diferencias de fondo entre la jurisdicción y el arbitraje podrían no ser tan evidentes, ya que el fundamento es el mismo, con la diferencia que la jurisdicción se erige como un servicio público, en consecuencia, gratuito, para quien no pudo garantizar su derecho, siendo una potestad de las partes designar el juez de su causa.

Con fundamento en las anteriores razones, y mientras no exista un viraje en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que lo ubique dentro de una perspectiva material de la función

¹⁸³ Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, art. 33. Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, arts. 122 y s.s.

¹⁸⁴ Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 del 20 de julio de 1993. Auto del Tribunal Constitucional. No. 326 del 28 de octubre de 1993. Artículos 7 y 8-4 de la LEA. GARCÍA PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 31. BALLESTEROS PANIZO, *op. cit.*, p. 35.

¹⁸⁵ AA.VV. Estudios sobre Arbitraje de Consumo, *op. cit.*, p. 56.

¹⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. 11 de febrero de 2010.

¹⁸⁷ AA.VV. Estudios sobre Arbitraje de Consumo, *op. cit.*, p. 88.

jurisdiccional, se seguirá considerando al arbitraje como de naturaleza *causi-jurisdiccional* o *para-jurisdiccional*, al margen de que tanto laudo como sentencia busquen el valor máximo de la justicia, hagan tránsito a cosa juzgada, constituyan un título ejecutivo, y se fundamenten en el derecho vigente.

1.2.2.4 La tesis ecléctica o mixta.

Con algunas variaciones, la tesis ecléctica, mixta o híbrida o, “*jurisdicción convencional*” como muy particularmente la llaman Merino Merchán y Chillón Medina¹⁸⁸, recoge postulados tanto de la tesis contractual como de la tesis jurisdiccional. Es, por decirlo de alguna manera, una combinación de características no excluyentes cuya aplicación dependerá de las reglas previstas en cada sistema jurídico para el trámite del arbitraje.

Se podría decir que, en resumen, esta tesis recoge de la teoría contractual la idea de que el arbitraje parte de un mandato, no puede operar sino en virtud de la autorización de las partes involucradas en el conflicto, quienes además designan a los árbitros y, cuando la ley se los autoriza, fijan ciertas reglas del procedimiento.

De la tesis jurisdiccional retoma la idea según la cual, una vez instalado el tribunal, los árbitros dejan de ser meros mandatarios en tanto desempeñan una función pública, gozan de total autonomía para fijar el contenido de la decisión, para calificar las pruebas, para aplicar las reglas de procedimiento previamente acordadas¹⁸⁹ y les son aplicables las causales de impedimento que se predicen de los jueces, así como su régimen disciplinario.

Según Merino Merchán y Chillón Medina¹⁹⁰, la naturaleza del arbitraje se enmarca en una visión sincrética, en la que convergen las teorías jurisdiccional y contractual o procesal y privatista como ellos las llaman. Retomando posturas de diversas

¹⁸⁸ Ibid., p. 255.

¹⁸⁹ AYLWIN AZOCAR, *op. cit.*; BECERRA TORO, *op. cit.*

¹⁹⁰ MERINO MERCHÁN; CHILLÓN MEDINA, *op. cit.*, p. 255. En el mismo sentido, BALLESTEROS PANIZO, *op. cit.*, p. 36.

corrientes, señalan que en el arbitraje se distinguen tres momentos: el primero, cuando se suscribe el pacto arbitral, el segundo, cuando se suscribe el acuerdo con los árbitros y el tercero cuando los árbitros ejercen su labor. Los dos primeros son estrictamente contractuales mientras que el tercero es jurisdiccional¹⁹¹.

La tesis mixta es criticada por Aylwin Azócar¹⁹² con las mismas razones que se cuestiona la tesis contractual, razón por la cual se remite a esas consideraciones, esto es, que el arbitraje tiene su origen dos contratos, uno entre las partes llamado pacto arbitral y otro de las partes con los árbitros pero que tales contratos no son el arbitraje en sí mismo, sino únicamente su causa o antecedente.

1.2.2.5 La teoría autónoma.

Finalmente, la tesis autónoma, parte de una visión pragmática del arbitraje. Según señala Bernal Gutiérrez¹⁹³, contrario a la creencia de que el arbitraje es un mecanismo para descongestionar los despachos judiciales, se trata de una institución con principios, características y necesidades propias.

En el mismo sentido, Mayorca Escobar¹⁹⁴, aunque reconoce que se trata de un mecanismo alternativo de solución de conflictos, manifestación de la función pública de administrar justicia, reitera que el arbitraje tiene una naturaleza propia y objetivos propios y que, desde esa perspectiva es que se deben interpretar las normas que lo regulan.

¹⁹¹ MERINO MERCHÁN; CHILLÓN MEDINA, *op. cit.*, p. 256. Para BALLESTEROS PANIZO, en una opinión que merece algunas reservas, esta es la posición adoptada por el Tribunal Constitucional español, en el Auto 259 de 1993, cuando reconoció, a partir de la confluencia de elementos contractuales, jurisdiccionales y procesales, el carácter *cuasi-jurisdiccional* del arbitraje. *op. cit.*, p. 36.

¹⁹² AYLWIN AZOCAR, *op. cit.*, p. 44.

¹⁹³ BERNAL GUTIÉRREZ, R., “Las clases de arbitraje según la voluntad de las partes. El artículo 116 del Decreto 1818 de 1998”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005, p. 205.

¹⁹⁴ MAYORCA ESCOBAR, *op. cit.*, p. 3.

Según Barona Vilar, “*El arbitraje es el arbitraje y esa es su naturaleza jurídica*”¹⁹⁵. Tan contundente afirmación, proveniente de una de las más férreas defensoras de la tesis autonomista, surge de considerar que el arbitraje tiene elementos propios de naturaleza *contractual* -existe un contrato-, *jurisdiccional* -existe un proceso- y *procesal* -la decisión tiene efectos de cosa juzgada- de suerte que, inclinar el arbitraje hacia una categoría inexistente es tanto como desconocer dicho escenario. En otras palabras, es, en esa coordinada confluencia de elementos, que surge la tesis autonomista del arbitraje.

Para soportar la tesis autonomista, dice Becerra Toro¹⁹⁶, lo importante no es la naturaleza misma del arbitraje, ni si éste encuentra su fundamento en un contrato como en el derecho privado o el ejercicio de jurisdicción como en el derecho público, ni tampoco tienen importancia las diferentes regulaciones locales.

Para los autonomistas, lo realmente importante es la finalidad del arbitraje: que el asunto sometido a su conocimiento sea resuelto; que el árbitro sea confiable; que la decisión -laudo arbitral- sea definitiva, es decir, haga tránsito a cosa juzgada; y, que su ejecución se pueda exigir ante la jurisdicción local, como cualquier otra providencia.

No es que se prescinda de los elementos sustantivos relativos a las cláusulas del contrato de arbitraje, o jurisdiccionales referentes a los procedimientos o procesales respecto de los efectos de cosa juzgada de que goza el laudo. Lo que sucede es que, desde esta perspectiva, no interesa tanto el fundamento como la idoneidad para resolver los asuntos que son puestos a consideración de los árbitros.

Para entender mejor la tesis autonomista, habría que partir de la noción de sistema jurídico, como concepto general, y de sistema jurídico arbitral, como expresión particular. Así, partiendo de los

¹⁹⁵ BARONA VILAR, S., Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo), 2 ed., Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 72.

¹⁹⁶ BECERRA TORO, *op. cit.*, p. 25.

estudios de Alchourrón y Bulygin¹⁹⁷, Bulygin¹⁹⁸, Bulygin y Mendonca¹⁹⁹, Kelsen²⁰⁰, Raz²⁰¹, Vilajosana²⁰² y, muy especialmente, de la sistematización y propuesta metodológica formulada por Vallejo²⁰³, acerca de la noción y de las características de los sistemas jurídicos.

Según Vallejo, un sistema jurídico es la composición del derecho vigente en un momento determinado dentro de los límites de un Estado. Como elementos esenciales de todo sistema jurídico, Vallejo²⁰⁴ plantea los siguientes: (i) una universalidad de soluciones, (ii) un carácter coactivo predicable de esa universalidad de soluciones, la existencia de autoridades que se encarguen de aplicar ese universo de soluciones y, finalmente, (iii) una serie de procedimientos para la aplicación de las normas previstas en el universo de soluciones.

A su vez, señala Vallejo²⁰⁵, existe subsistema jurídico cuando existen (i) elementos comunes entre el sistema jurídico y el orden jurídico inferior o subsistema jurídico, (ii) elementos compartidos entre el sistema jurídico y el orden jurídico inferior o subsistema jurídico y (iii) elementos previstos en el sistema jurídico, pero de regulación autónoma en el subsistema jurídico.

¹⁹⁷ ALCHOURRÓN; BULYGIN, op. cit.

¹⁹⁸ BULYGIN, E, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 9. Alicante: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

¹⁹⁹ BULYGIN, E. MENDONCA, D., *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

²⁰⁰ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Libros Hidalgo, Bogotá, 2013.

²⁰¹ RAZ, J., op. cit.

²⁰² VILAJOSANA, J. M., op. cit.

²⁰³ VALLEJO, op. cit.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ídem.

Para autores como Emmanuel Gaillard²⁰⁶, el arbitraje se acerca cada vez más, si es que ya no cruzó ese umbral, a contar con un *ordenamiento jurídico arbitral*, paralelo a los ordenamientos jurídicos nacionales. Aunque no necesariamente Gaillard propone o defiende la tesis autonomista, lo cierto es que sus afirmaciones acerca de que la existencia de un ordenamiento jurídico arbitral, fundado en la organización sistemática de sus normas, por su idoneidad para dar respuesta a los retos que el arbitraje mismo plantea, por la existencia de fuentes propias y por sus relaciones con otros sistemas jurídicos, constituyen una defensa de la tesis autonomista del arbitraje.

Esa tesis de la existencia de un *orden jurídico arbitral* ha sido sostenida por Gaillard durante muchos años. En alguna de tantas y tan profundas disertaciones, propuso como elementos característicos de todo orden jurídico, los cuales, afirma, están presentes en el arbitraje, los siguientes: (i) un conjunto sistemático de normas jurídicas, por ende vinculantes, que responden al conjunto de conflictos que pueden surgir y que, en palabras de Vallejo²⁰⁷, sería el universo de soluciones al universo de casos; (ii) la capacidad de crear sus propias fuentes, que Vallejo²⁰⁸ presenta como un elemento intrínseco del universo de soluciones; (iii) órganos y sujetos que puedan asegurar el cumplimiento del universo de soluciones, y que Vallejo²⁰⁹ llama autoridades; (iv) finalmente, la existencia de un mínimo de efectividad.

Si el arbitraje cuenta con los elementos de todo sistema o de todo subsistema jurídico, esa ya es una discusión que rebasa los límites de esta investigación, mientras tanto, se podrá decir, que el arbitraje cobró autonomía y que constituye una figura propia, distinta del contrato y de la jurisdicción. O, como lo expresa Barona Vilar, aunque hay elementos del arbitraje que se tienen

²⁰⁶ GAILLARD, E., *Aspectos filosóficos del derecho del arbitraje internacional*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 94.

²⁰⁷ VALLEJO, *op. cit.*

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ídem.*

que interpretar desde la teoría de los contratos o desde la teoría judicial, existen otros, sui generis, que se tienen que analizar desde una teoría o sistema propio arbitral²¹⁰.

De la misma opinión es Mantilla-Serrano²¹¹ quien, luego de tildar al arbitraje como una institución y herramienta jurídica, manifiesta que goza hoy día de una autonomía y especificidad que se refleja en su propia dinámica, de lo que se desprende que no cabe encuadrarla en otra figura.

El hecho de contar con una regulación a través de normas especiales, autónomas, exclusivas y excluyentes; el que las normas de su cuerpo regulatorio se interpreten bajo criterios de especificidad y favorabilidad; la fuerza adquirida dentro de tales regulaciones por el principio de disponibilidad o de mínimo común denominador, para hacer referencia que la autonomía de la voluntad es el elemento central del arbitraje, son todos elementos que coadyuvan la tesis que, el arbitraje es una institución jurídica autónoma, que no se trata de una extensión de la función judicial, ni de un mero contrato²¹².

Del mismo pensamiento es Rodríguez Mejía²¹³ quien, descartando la existencia de una tautología señala que, el arbitraje es el arbitraje. Señala esta jurista que, si bien se parte de un contrato, producto de la autonomía de la voluntad, y que es necesario un elemento jurisdiccional, se trata de una figura con una naturaleza propia²¹⁴.

²¹⁰ BARONA VILAR, S., Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo), op. cit., p. 73.

²¹¹ MANTILLA-SERRANO, F., “La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo?”, en: *Arbitraje internacional*, Legis, Bogotá, 2007, p. 207.

²¹² Ibid., pp. 208-215.

²¹³ RODRÍGUEZ MEJÍA, op. cit., p. 42.

²¹⁴ Ibid.

Lo cierto es que, tanto desde la perspectiva planteada por Vallejo²¹⁵ frente a los subsistemas jurídicos, como de la presentada por Gaillard²¹⁶ en una perspectiva similar, el arbitraje se erige como un entramado jurídico con un alto grado de autonomía que permite hablar hoy día de un *Derecho del arbitraje* o de un, si se le prefiera, subsistema jurídico del arbitraje.

1.2.3 La aceptación de las tesis acerca de la naturaleza del arbitraje en el caso colombiano y español.

Una mirada a la aceptación de las tesis acerca de la naturaleza del arbitraje en derecho administrativo en el caso colombiano y español, nos dará un panorama sobre el marco de posibilidades en el cual se mueven los árbitros, es decir, sobre los alcances mismos del arbitraje.

Igualmente, por tratarse de un estudio de derecho comparado, ofrece la posibilidad de verificar que se esté hablando de instituciones que, son comparables, en tanto tienen un buen número de propiedades relevantes semejantes y, un pequeño número de propiedades relevantes negativas o no semejantes.

1.2.3.1 Elementos de partida.

Para acercarnos a una conclusión sobre la naturaleza del arbitraje en Colombia y España, que sirva, como señala Rodríguez Mejía²¹⁷ de faro para la interpretación de las normas que lo regulan, es preciso partir de tres elementos: la ubicación constitucional del arbitraje, las características del arbitraje y la posición de la jurisprudencia al respecto, esto es, de quienes tienen la potestad para decir el derecho.

²¹⁵ VALLEJO, *op. cit.*

²¹⁶ GAILLARD, E., *El orden jurídico arbitral*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2015.

²¹⁷ RODRÍGUEZ MEJÍA, *op. cit.*, p. 39.

1.2.3.1.1 Ubicación constitucional del arbitraje.

En el sistema jurídico colombiano, y sin perjuicio de otras normas que, de manera indirecta pudieran sustentar el arbitraje, es en el artículo 116 de la CP, ubicado dentro del Capítulo I *De la estructura del Estado*, Título V *De la organización del Estado* que se hace referencia a esta figura. Precisamente, en el artículo 116 se establece la regulación general de la función judicial en Colombia y se señala que, administran justicia, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Al final el artículo dice que, los particulares, habilitados por las partes, en los términos que determine la ley, pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia.

Cualquier discusión en la materia o consideración en un sentido diferente podrá tener connotación y valor académico o doctrinal, pero no tendrá validez ni fuerza en tanto, en las voces del artículo 4 de la CP, la Constitución es norma de normas y cualquiera disposición en contrario será inaplicada. Inclusive, frente a las tensiones entre el derecho interno y el derecho internacional, se reconoció en Colombia, por parte de la Corte Constitucional²¹⁸, que se recurre a la teoría monista moderada con primacía de la Constitución Política.

De modo que, por la regulación constitucional, por la aplicación de una teoría monista moderada con primacía de la Constitución Política, en el caso colombiano, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, para no dejar tan escueta esta afirmación se hará, líneas más adelante, un análisis adicional desde el punto de vista de las características del arbitraje, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional y desde la revisión particular de este punto por la misma corporación.

En el caso español, la Constitución de 1978 no hace referencia expresa al arbitraje, como sí lo hace la Constitución colombiana

²¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. SC-400, 1998.

de 1991, ni siquiera cuando alude, en el artículo 24-1, a la tutela judicial efectiva, por cuanto centra ésta en la actividad que adelantan los jueces y tribunales.

Ya en punto de la organización del poder judicial, conforme aparece en el Título VI de la Constitución, se dice, en el artículo 117-1, que, la justicia, que emana del pueblo, se ejerce por jueces y magistrados, miembros del poder judicial. A renglón seguido, en el numeral 3, agrega que, la jurisdicción es competencia exclusiva de los juzgados y tribunales creados por la ley. Es decir, se excluye la posibilidad de considerar al arbitraje como un ejercicio de jurisdicción, así sea una actividad dirigida a la solución de conflictos de naturaleza jurídica, que se resuelva, o en derecho o en equidad.

Esto llevó a que la jurisprudencia española, en algún momento, calificara al arbitraje como *cuasi-jurisdiccional* o *para-jurisdiccional*²¹⁹, o simplemente de *equivalente jurisdiccional*²²⁰, en tanto no existe una jurisdicción arbitral propia, afirmación que se corrobora con el hecho de que el artículo 163 de la Constitución, releve a los tribunales arbitrales de la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, así como de la posibilidad de formular una cuestión prejudicial, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en los términos del artículo 117 del tratado.

1.2.3.1.2 Características del arbitraje en el derecho colombiano y español.

En el caso colombiano y español, el arbitraje goza de ciertas características que le identifican y diferencian de otros institutos jurídicos. Dicha caracterización, obra en gran parte de la normatividad y de la jurisprudencia, con importantes auxilios de la doctrina, delinea los alcances del arbitraje, su concepto y

²¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial. Barcelona. Secc. 14. 3 de noviembre de 2003. AC 2003, 1763. Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 de 20 de julio de 1993.

²²⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial. Pontevedra. Secc. 1. Núm. 418, 2006. 13 de julio de 2006. JUR 2006, 239942.

naturaleza, de allí que resulte necesario una comparación en cada sistema.

1.2.3.1.2.1 Voluntario

La voluntariedad es la primera característica del arbitraje²²¹ o, como lo afirma Preciado Arbeláez²²², su antecedente más antiguo, en tanto sobre esta se edifica la justicia arbitral toda vez que son las partes las llamadas a activar este mecanismo de solución de conflictos, no siendo admisible, supuestamente, la imposición de su trámite, en otras palabras, constituye su fundamento porque le da origen y su límite por cuanto señala los aspectos que por él se han de resolver²²³. En palabras de Ruiz Risueño²²⁴, esta nota es de tal importancia que de ella derivan las demás características del arbitraje.

El carácter voluntario del arbitraje tiene diversas consecuencias. Así, las partes pueden acordar el arbitraje para un conflicto actual o futuro. Para un tema específico o para una generalidad de cuestiones. Designar lo árbitros. Fijar el procedimiento dentro del marco de la ley. Pueden fijar el tipo de arbitraje. También asumen responsabilidades, como, por ejemplo, están en la obligación de prestar toda la diligencia para el funcionamiento del tribunal arbitral y cumplir con la decisión arbitral.

En el caso colombiano, el arbitraje tiene, indudablemente, un carácter voluntario. Según la Corte Constitucional de Colombia, es a partir de la habilitación libre y espontánea de quienes son parte en el conflicto, que se puede conformar el tribunal

²²¹ PEREZ-LUÑO, E. C., *op. cit.*, p. 49. ESPLUGUES BARONA, C. Arbitraje y Derecho Administrativo. Teoría y realidad, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 151. QUEL LÓPEZ, J. La interpretación, revisión y nulidad de las sentencias arbitrales internacionales, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2000, p. 31.

²²² PRECIADO ARBELÁEZ, *op. cit.*, p. 75.

²²³ ESPLUGUES BARONA, C. *op. cit.*, p. 151.

²²⁴ RUIZ RISUEÑO, F., *Competencia del árbitro: Su alcance y sus efectos*, En: MANUAL DE ARBITRAJE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 110.

arbitral²²⁵, estando excluida la hipótesis de la imposición legal del arbitraje en trámite alguno.

Esto no significa que el Estado, a partir de la libertad configurativa del Legislador, no pueda regular aspectos del arbitraje, por cuanto, conforme al artículo 116 de la C.P., la administración de justicia funciona conforme a la ley²²⁶. Así, por ejemplo, la manifestación del consentimiento debe estar exenta de vicios y recaer sobre materias de las cuales puedan las partes disponer.

Pero no puede el Estado, obligar a las partes a llevar su conflicto a la justicia arbitral ni desconocer que son las partes las que pueden establecer los efectos de someter la disputa a la justicia arbitral. También significa que el Estado no puede privar a las personas de someter a sus conflictos a arbitraje, salvo que se trate de asuntos no transigibles²²⁷. Lo que sí puede el Estado regular en el arbitraje es lo relativo a los asuntos que se pueden someter al arbitraje, los límites y términos de los árbitros para ejercer su función y sus funciones y facultades²²⁸.

En el caso español, el artículo 9-1 de la LEA señala que, el convenio arbitral, debe *expresar la voluntad de las partes* de someter sus conflictos al arbitraje. Dicho precepto, a diferencia de lo señalado en el artículo 5-1 del estatuto anterior, no exige que la voluntad se manifieste de forma inequívoca, sino que permite la existencia de un acuerdo de arbitraje mediante cualquier medio idóneo, principio *favor arbitri* o de conservación del acuerdo de arbitraje²²⁹, a condición de que sea por escrito, como una cláusula dentro del mismo contrato o en un convenio

²²⁵ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, SC-242, 1997; SC-294, 1995; SC-211, 2000; SC-330, 2000; SC-1140, 2000; SC-060, 2001; SC-098, 2001; SC-1038, 2001; SC-878, 2005; SU-174, 2007.

²²⁶ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia, SC-163, 1999.

²²⁷ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia, SC-330, 2000.

²²⁸ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia, SU-174, 2007.

²²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. 72, 2013. 9 de diciembre de 2013. RJ 2013, 8311.

aparte, de suerte que, inclusive a efectos de la forma del convenio arbitral, se admite la existencia de convenios expresos, los que de manera inequívoca expresan la voluntad de someter el asunto al arbitraje, y tácitos, cuando de sus actos, inclusive de su silencio, se desprende la manifestación de aceptación del arbitraje²³⁰, bastando con la mera asistencia al proceso arbitral²³¹.

A partir de lo anterior, la doctrina española²³² señala que, el arbitraje, tanto ordinario como de consumo²³³, supone el libre sometimiento de las partes en conflicto, quienes confían en un tercero para la solución de su conflicto, al punto que, al ser su base legitimadora, hacerlo obligatorio llevaría a su desnaturalización, a convertirlo en otra cosa.

En el mismo sentido, la jurisprudencia española, tanto del Tribunal Constitucional como de las audiencias provinciales, viene reiterando, pese a sus contadas excepciones, el carácter voluntario del arbitraje, y dice que ello trae como consecuencia lo siguiente:

En primer lugar, y en términos generales, el convenio arbitral, tiene la naturaleza de ser un negocio jurídico, que, como tal, requiere de la voluntad de los participantes, expresa o tácita, autónoma o subordinada, del cual surge, como efecto positivo, someter el litigio al arbitraje y, como efecto negativo, excluirlos de la jurisdicción estatal²³⁴.

Los efectos positivos o de carácter contractual, son de carácter general y de carácter específico. Desde el punto de vista general, con fundamento en el artículo 11.1 de la Lea, el convenio arbitral es obligatorio. En consecuencia, le es aplicable lo previsto en el

²³⁰ Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Secc. 20. Núm. 249. 18 de octubre de 2012. JUR 2012, 376783.

²³¹ Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Secc. 10. Núm. 218, 2006. 18 de mayo de 2006. JUR 2006, 187854.

²³² TRAYTER, J. M. *op. cit.*, p. 79.

²³³ AA.VV. Estudios sobre Arbitraje de Consumo, *op. cit.*, p. 32.

²³⁴ Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Secc. 10. Núm. 218, 2006. 18 de mayo de 2006. JUR 2006, 187854.

artículo 1091 del Código Civil, en el sentido que, las obligaciones que nacen de los contratos, y el convenio arbitral lo es, son ley para las partes.

Desde el punto de vista especial, se recoge el principio de la no comunicabilidad de los vicios del contrato principal al contrato de arbitraje en virtud de que gozan de distinta función y distinta causa. Así, conforme al artículo 22.1 de la LEA, los árbitros pueden decidir sobre su propia competencia y la declaratoria de nulidad del contrato principal, no conlleva necesariamente la nulidad del convenio arbitral.

Los efectos negativos o de carácter procesal, relativos a la declinatoria, son dos: conforme al artículo 11.1 de la LEA, la exclusión de la jurisdicción en el conocimiento del asunto, siempre que se trate de un asunto transigible, y la designación de terceros para resolver la cuestión, que es el objeto mismo del convenio arbitral.

En segundo lugar, debe existir un acuerdo entre las partes de someter los litigios, presentes o futuros, a la justicia arbitral, de forma patente y perceptible²³⁵, afirmada y no negada en los términos del artículo 9-5 de la LEA²³⁶, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, siendo ineficaz la sumisión al arbitraje cuando no se ha hecho la respectiva manifestación²³⁷.

En tercer lugar, el acuerdo debe ser aceptado por cada una de las partes, de suerte que, la celebración de un acuerdo por una comunidad de propietarios vincula a la comunidad, pero no a

²³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. País Vasco. Núm. 3, 2011. 10 de noviembre de 2011. RJ 2012, 5917.

²³⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. País Vasco. Núm. 7, 2012. 25 de septiembre de 2012. RJ 2012, 10946. Auto de la Audiencia Provincial. Barcelona. Secc. 15. Núm. 367, 2009. 4 de noviembre de 2009. JUR 2010, 45259.

²³⁷ Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Secc. 9. Núm. 337 de 2012. 14 de diciembre de 2012. JUR 2013, 39625.

cada uno de sus miembros, así hayan sido informados del acuerdo y no hayan presentado oposición en dicho momento²³⁸.

En cuarto lugar, por excepción, y en virtud de la ley, opera la presunción de voluntad, en el caso previsto, en el artículo 38 de la Ley 16 de 1987, por la cual se hace la Ordenación de los Transportes Terrestres, cuando señala que, se presumirá la existencia del acuerdo arbitral, si la cuantía excede de 15.000 euros y ninguna de las partes no manifestare su oposición al momento en que se inicie o debiere iniciarse la actividad de transporte.

Esta excepción, no aplicable en el derecho administrativo español ni en el derecho administrativo colombiano en general, podría decirse, constituye una aceptación táctica anticipada, en el sentido de que, inclusive con dicha presunción, las partes no están obligadas a aceptar el arbitraje, a mera condición de manifestar su no conformidad en el momento oportuno, no siendo posible alegar el desconocimiento de la ley²³⁹.

En quinto lugar, consecuencia lógica de su carácter voluntario, y como elemento propio en el derecho de los consumidores, son nulas de pleno derecho, las cláusulas que evidencien un abuso de la posición dominante y en la cuales se pretenda imponer, como cláusula general en un contrato de adhesión, la exigencia de someter los conflictos al arbitraje, es decir, una *sumisión* al arbitraje²⁴⁰.

²³⁸ Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Secc. 9. Núm. 253, 2012. 5 de octubre de 2012. JUR 2012, 360205. Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Secc. 9. Núm. 138, 2012. 8 de junio de 2012. JUR 2012, 263862. Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Secc. 20. Núm. 229, 2012. 9 de octubre de 2012. JUR 2012, 376588. Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Secc. 21. Núm. 189, 2012. 11 de julio de 2012. JUR 2012, 265468.

²³⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Extremadura. Núm. 2, 2013. 18 de febrero de 201

3. AC 2013, 1710.

²⁴⁰ Auto de la Audiencia Provincial. Álava. Secc. 1. Núm. 11, 2006. 7 de febrero de 2006. AC 2006, 875. Auto de la Audiencia Provincial. Barcelona. Secc. 15. 23 de octubre de 2006. JUR 2007, 113980. Sentencia de la Audiencia

En sexto lugar, como una excepción al carácter voluntario del arbitraje, excepción que, por demás, no tiene comparativo en el derecho colombiano, la Ley 11 de 2011, Ley de arbitraje en España, mediante su disposición adicional única, introdujo un arbitraje “sin convenio”²⁴¹.

Según esta disposición, en las controversias jurídicas relevantes que se susciten, primero, entre la Administración General del Estado y (i) cualquiera de los organismos públicos regulados en el título III y la disposición adicional novena de la Ley 6 de 1997, hoy Ley 40 de 2015, “*de Régimen Jurídico del Sector Público*”, (ii) las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y (iii) otras entidades de Derecho público con regulación específica; segundo, entre dos o más entidades; tercero, entre las sociedades mercantiles estatales o las fundaciones del sector público estatal con su (i) Ministerio de tutela, (ii) la Dirección General de Patrimonio o (iii) los organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, salvo que en sus reglamentos prevean otra cosa, se resolverá por la vía del arbitramento.

Como quiera que la disposición utiliza el adjetivo *relevante* a efectos de la procedencia del arbitraje obligatorio, que adquiere la condición de concepto jurídico indeterminado, precisa el numeral segundo de la disposición que, por relevante se ha de entender aquella que cumpla con una de tres condiciones: (i) que, sin atención a la cuantía, se pueda generar un alto número de reclamaciones, (ii) que tenga una cuantía no inferior a 300.000 euros y, (iii) que, a juicio de una de las partes, sea relevante para el interés público.

Provincial. Asturias. Secc. 7. Núm. 367, 2012. 16 de julio de 2012. AC 2012, 1453. Sentencia de la Audiencia Provincial. Madrid. Secc. 19. Núm. 335, 2005. 12 de julio de 2005. AC 2005, 1499. Sentencia de la Audiencia Provincial. Jaén. Secc. 1. Núm. 213, 2012. 27 de julio de 2013. AC 2013, 550. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Secc. 1. Núm. 29, 2012. 10 de mayo 2012. RJ 2012, 6368.

²⁴¹ PEREZ-LUÑO, *op. cit.*, p. 62.

Finalmente, este carácter voluntario tiene una excepción, tanto en el derecho colombiano como el español, en el caso del arbitraje frente a huelgas de larga duración. En el caso colombiano, el artículo 452 del Decreto 2663 de 1950, “Código Sustantivo del Trabajo”, señala los casos de arbitraje obligatorio. Por su parte, el numeral 13 del artículo 22 del Decreto 4108 de 2011, “*Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo*”, señala que le corresponde al Viceministerio de Relaciones Laborales e Inspección, convocar los tribunales de arbitramento previstos en la ley.

En el caso español, similar cuestión está prevista en el artículo 10 del Real Decreto Ley 17 de 1977, “*sobre relaciones de trabajo*”. Para la jurisprudencia española, partiendo de lo que al respecto ha señalado su Tribunal Constitucional, dicha obligatoriedad adquiere legitimidad en tanto están de por medio intereses generales y las partes demostraron su incapacidad para resolver el conflicto²⁴².

1.2.3.1.2.2 Temporal.

En segundo lugar, el arbitraje tiene carácter temporal o transitorio. Esto significa que los árbitros no son una justicia paralela que tenga vocación de permanencia, ejercen jurisdicción únicamente en el caso donde fueron habilitados por las partes, su función inicia con la instalación del tribunal arbitral y termina con el laudo y no ejercen jurisdicción más allá de lo que esté consignado en el pacto arbitral²⁴³.

Según lo señala la doctrina española²⁴⁴, en virtud de la temporalidad, el arbitraje nace con el nombramiento y aceptación de los árbitros y concluye con el laudo, sin perjuicio, agrega, de

²⁴² Véase Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Navarra. Núm. 216. 26 de julio de 2007. AS 2008, 335.

²⁴³ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, ST-057, 1995; SC-294, 1995; SC-431, 1995; SC-330, 2000; SC-060, 2001; SC-1038, 2002; SC-378, 2008.

²⁴⁴ RUIZ RISUEÑO, F., *op. cit.*, p. 110.

las correcciones, aclaraciones o complementos al laudo arbitral. A diferencia de los jueces que son permanentes, la función de los árbitros termina con la cesación del procedimiento arbitral.

1.2.3.1.2.3 Excepcional.

En tercer lugar, el arbitraje tiene carácter excepcional. El arbitraje, pese a surgir de la voluntad de las partes y de constituir función judicial, no puede operar sino respecto de asuntos de naturaleza transigible. No todo asunto es materia de trámite arbitral, sólo aquello respecto de lo cual las partes tienen el poder de disposición, de allí que una de sus características sea el carácter excepcional²⁴⁵.

Según la doctrina española²⁴⁶, la excepcionalidad del arbitraje, conlleva a que únicamente se cuestione la competencia funcional, toda vez que, a diferencia de la función judicial que es permanente y que se encuentra organizada por distritos judiciales y con una estructura jerárquica definida, en el arbitraje no existe la competencia territorial ni la competencia por razón de la jerarquía.

1.2.3.1.2.4 Procesal.

En cuarto lugar, es de naturaleza procesal. Esta característica significa que el trámite arbitral es, en sentido material, un proceso que, así sea parcialmente, está regulado en la ley. Su trámite debe surtir una serie de etapas mínimas previstas en la ley, expresión de la garantía de las formas propias de cada juicio de modo que, donde las partes no fijaron regla especial por olvido o porque no les esté permitido hacerlo, sea la ley procesal la que llene el vacío²⁴⁷.

²⁴⁵ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, ST-057, 1995; SC-242, 1997; SC-330, 2000; SC-060, 2001; SC-1038, 2002.

²⁴⁶ RUIZ RISUEÑO, F., *op. cit.*, p. 110.

²⁴⁷ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, SC-226, 1993; SC-431, 1995; SC-037, 1996; SC-330, 2000; SC-060, 2001; SC-378, 2008.

Prueba de lo anterior son, precisamente, las causales de anulación, las cuales, por lo general, son por razones de forma²⁴⁸. El laudo goza de la fuerza de la cosa juzgada y, por ende, presta mérito ejecutivo. Los árbitros gozan de los poderes de los jueces, por ejemplo, resolver los procesos con efecto de cosa juzgada, el poder de coerción para materializar sus decisiones y el poder de documentación para practicar pruebas y valorarlas conforme las reglas de la sana crítica²⁴⁹.

De las anteriores características, se desprende que, en el caso colombiano, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, así, el pacto arbitral, como acto separable, tenga naturaleza contractual, en tanto así lo previó el inciso final del artículo 116 de la CP. En el caso español, según se verá más adelante, es de naturaleza *cuasi-jurisdiccional*, *para-jurisdiccional* o de *equivalencia judicial*, debido a la exclusión que, el artículo 117 de la CE, hizo del arbitraje como expresión de la función jurisdiccional.

1.2.3.1.3 La tesis de la jurisprudencia constitucional.

Para la Corte Constitucional colombiana, el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional. Según lo señaló en la sentencia SU-174 de 2007, y después de un extenso análisis sobre el elemento contractual y el elemento jurisdiccional, concluyó que, a partir del artículo 116 de la CP, no queda “*duda sobre la naturaleza jurisdiccional de las atribuciones que se confieren a los árbitros*”, en razón de que estos están investidos de manera excepcional y transitoria “*de la función de administrar justicia*”.

Tal y como lo había manifestado en oportunidades anteriores²⁵⁰, el arbitraje comporta un acto eminentemente jurisdiccional en cuanto se trata de la función pública de administrar justicia, conforme lo señala el artículo 116 de la CP. Dicho carácter jurisdiccional se deriva, a su vez, de que la disputa que se lleva ante lo árbitros ha sido sustraída del sistema estatal de

²⁴⁸ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, SC-330, 2000; SC-060, 2001.

²⁴⁹ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, SU-174, 2007.

²⁵⁰ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, SC-431, 1995.

administración de justicia, fenómeno de la *declinatoria*, efecto negativo o procesal de su carácter voluntario, lo que se traduce en una derogación de dicho sistema, pero para el caso concreto, en tanto el arbitraje no se erige como jurisdicción autónoma y permanente²⁵¹.

En este sentido, las características del arbitraje en Colombia, como acto jurisdiccional, han sido resumidas de la siguiente manera: los particulares sólo pueden administrar justicia en condición de árbitros o conciliadores; el arbitramento implica ejercicio de función jurisdiccional, así la habilitación provenga de un contrato, cuyas decisiones pueden ser en derecho o en equidad; debe existir una habilitación por las partes involucradas en la contienda; el ejercicio de función judicial por los árbitros es transitorio y excepcional, sometido, en todo caso, al carácter transigible de los derechos en conflicto; corresponde al Legislador definir los términos mínimos en que se puede realizar el arbitraje²⁵².

Finalmente, dentro de esta lectura constitucional del arbitraje, señaló la Corte Constitucional que el arbitraje parte de dos elementos centrales: en primer lugar, que la decisión de los árbitros, plasmada en un laudo, asimilable a una providencia, goza de la fuerza de las decisiones judiciales y hace tránsito a cosa juzgada. En segundo lugar, que el arbitraje goza de naturaleza procesal, por cuanto el proceso está regulado en la ley, así sea mínimamente.

A partir de estas consideraciones, se concluye que de la lectura de la Corte Constitucional a la institución del arbitraje en Colombia se deriva que esta tiene naturaleza jurisdiccional. Opinión que comparten algunos expertos en el caso colombiano, unos porque son partidarios de dicha conclusión y otros, porque muy a su pesar, esa es la situación en la Constitución colombiana.

²⁵¹ En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, SC-431, 1995 y SC-1436, 2000.

²⁵² En este sentido, véase Corte Constitucional de Colombia, SC-242, 1997; SC-242, 1997; SU-174, 2007; SC-378, 2008.

Por ejemplo, para López Blanco²⁵³, el artículo 1º del EANI señala que el laudo es la sentencia que emiten los árbitros, con lo cual se termina la discusión acerca de la naturaleza del arbitraje, de modo que, el arbitraje, por lo menos en el caso colombiano, sería de naturaleza jurisdiccional.

Por su parte, según Mantilla-Serrano²⁵⁴, y muy a su pesar, el hecho de que la figura del arbitraje se haya ubicado en el artículo 116 de la Constitución dentro de la regulación general de la función judicial, es una prueba irrefutable de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje en Colombia.

Según el Tribunal Constitucional español, la regulación general del arbitraje, se inscribe dentro de las competencias exclusivas del Estado, en los términos previstos en el artículo 149-1, numerales 6 y 8 de la CE, donde señala que el Estado tiene competencia exclusiva para regular la legislación interna, es decir, un asunto de equivalencia jurisdiccional²⁵⁵, posición acogida por un sector de la doctrina española, que le atribuye al laudo el efecto de cosa juzgada, en virtud de esa equivalencia con la decisión judicial²⁵⁶.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional español²⁵⁷, no sólo reitera la anterior decisión, sino que, de manera expresa, con fundamento en los numerales 5, y 6 del artículo 149-1 de la CE, relativos a la regulación de la administración de justicia y la legislación procesal, respectivamente, cataloga al arbitraje como “«*equivalente jurisdiccional*»”, a través del cual se obtienen los mismos resultados que a través de la jurisdicción civil, esto es, una decisión con efectos de cosa juzgada.

²⁵³ LÓPEZ BLANCO, H. F., “Glosas a ciertas normas del arbitraje nacional, Ley 1563 de julio 12 de 2012”, en: *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá: Universidad Libre, p. 247, 2012.

²⁵⁴ MANTILLA-SERRANO, *op. cit.*, p. 210.

²⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 15 de 26 de enero de 1989.

²⁵⁶ CASTRESANA, L. F., *op. cit.*, p. 15.

²⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 62 de 22 de marzo de 1991.

Finalmente, el Tribunal Constitucional español²⁵⁸, reitera la STC-62, 1991, en el sentido de que el laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada, conforme a la naturaleza del arbitraje como “«*equivalente jurisdiccional*»”, con lo cual, queda plenamente definida la cuestión en el caso español.

1.3 LAS MODALIDADES DEL ARBITRAJE

La expresión, *modalidades del arbitraje*, hace referencia, de un modo antitécnico, al fundamento del laudo arbitral, para señalar que el arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. Un análisis de las modalidades de arbitraje en el derecho colombiano y español, será de ayuda en el propósito que alienta este trabajo de investigación.

1.3.1 Las modalidades del arbitraje en el caso colombiano.

En el caso colombiano, el artículo 1º del EANI, distingue entre las modalidades y las clases de arbitraje. Luego de señalar la definición y los principios, precisa, frente a las modalidades de arbitraje, que la sentencia que desata el arbitraje se denomina laudo y que puede ser en derecho, en equidad o técnico.

Para autores como Gil Echeverry²⁵⁹, se supera una vieja confusión porque esta clasificación no atiende a la naturaleza misma del arbitraje, que es una sola y, en el caso colombiano, jurisdiccional conforme al artículo 116 de la CP, sino al contenido o fundamento del laudo.

En el mismo sentido, López Blanco²⁶⁰ señala que esta precisión reconoce que el arbitraje es uno solo, de naturaleza jurisdiccional; que el laudo es la sentencia que emiten los árbitros; y que es el fundamento del laudo -en derecho, en equidad o técnico-, el que admite la diferenciación.

En consonancia con esto, por lo menos desde la perspectiva colombiana, se hablará de las modalidades de arbitraje haciendo

²⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 288 de 4 de octubre de 1993.

²⁵⁹ GIL ECHEVERRY, *op. cit.*, p. 37.

²⁶⁰ LÓPEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 247.

referencia al fundamento del laudo -en derecho, en equidad o técnico-, partiendo, como lo señala la ley y la doctrina colombiana, que el arbitraje es uno solo, de naturaleza jurisdiccional, por expresa disposición del artículo 116 de la CP y que el laudo es una sentencia emitida por los árbitros, conforme lo señala el artículo 1 del EANI.

1.3.1.1 El arbitraje en derecho.

De conformidad con el artículo 1º del EANI, el laudo puede ser en derecho. Esta denominación, parte de considerar que los fundamentos de la decisión arbitral se encuentran en la legislación vigente o, como lo señala Camacho Solano²⁶¹, se falla conforme al derecho positivo en similar forma a como lo hacen los funcionarios judiciales.

En este punto, resulta importante hacer una distinción de tipo filosófico. Según lo señaló la Corte Constitucional de Colombia²⁶², derecho positivo es derecho vigente, mientras que derecho formal es derecho escrito. Así, se reconoce que, incluso las sociedades que no tuvieron escritura tenían un derecho positivo.

Dicha distinción resulta pertinente si se tiene en cuenta que, en el artículo 230 de la CP, sobre fuentes del derecho, se dice que la ley es fuente obligatoria y que la equidad, la doctrina, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la costumbre, que no figura en dicho artículo, pero se entiende incorporada, siempre que sea general y conforme a la moral cristiana, son criterios auxiliares de la actividad judicial.

En tal sentido, en el caso colombiano, cuando se dice que los árbitros deciden en Derecho, no en equidad, se hace referencia a que fundamentan su decisión en el derecho positivo o derecho vigente, sistemático o extrasistemático, en cualquiera de las

²⁶¹ CAMACHO SOLANO, A. F., El arbitraje. Como mecanismo alternativo de solución de conflictos, Leyer, Bogotá, 2015, p. 56.

²⁶² Corte Constitucional de Colombia. SC-083, 1995.

fuentes constitucionalmente aceptadas, no solo en el derecho escrito que es una de sus expresiones.

Un análisis histórico-normativo del caso colombiano, permitirá entender un poco mejor esta clasificación, con miras a determinar los alcances de la competencia arbitral, en general, y del *arbitraje de Derecho administrativo*, en particular, ya que, no siempre se han utilizado los mismos términos ni ellos tienen el mismo significado.

En casi toda la legislación colombiana, se encuentra el arbitraje en derecho -hoy laudo en derecho-, como arbitraje donde se resuelve el conflicto sometido a su conocimiento conforme al sistema jurídico vigente, como el arquetipo de arbitraje, inclusive, en algunas normas no se previó sino la posibilidad de esta modalidad de arbitraje.

Así, por ejemplo, en el artículo 307 de la Ley 105 de 1905, no se dice nada acerca de la modalidad. Según ha señalado el Consejo de Estado²⁶³, los árbitros podían decidir según su “justa conciencia”, lo que daría a entender que no se trataba de un arbitraje en derecho. Sin embargo, dos argumentos militan contra esta tesis. Primero, que, como lo señala el Consejo de Estado en la misma sentencia, la decisión tendría los efectos de una sentencia judicial. Segundo, que, si el arbitraje se podía presentar estando en curso un proceso judicial, necesariamente tendría que ser en derecho.

En el artículo 1144 de la Ley 103 de 1923 tampoco se hizo alusión alguna acerca de la modalidad, pero se reiteró en el artículo 1139 la posibilidad de recurrir al arbitraje si estaba en curso un proceso judicial, a lo que se sumaba que los árbitros podían corregir, aclarar y adicionar sus laudos, a los que se denominaba sentencias, “*en la misma forma y en los mismos términos que los Jueces de derecho*”.

En el artículo 1219 de la Ley 105 de 1931, al igual que en las normas anteriores, no se dice nada acerca de la modalidad, pero

²⁶³ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de 13 de abril, 2015. Exp. 52556.

se entiende que es en derecho toda vez que se puede presentar arbitraje si está en curso un proceso judicial. Se dice, asimismo, en el artículo 1223, que la sentencia se debe acomodar, en lo posible, a las que dictan los jueces en los juicios ordinarios de modo que, no queda duda alguna que se trata de un arbitraje en derecho.

En el artículo 6 de la Ley 2 de 1938, se introduce por vez primera en forma expresa el arbitraje en equidad, que en aquel momento se le denominó como arbitraje en conciencia, como modalidad paralela al arbitraje en derecho. Se señaló en esta norma que, en caso de silencio de las partes se entendería que el laudo sería en derecho.

En el artículo 664 del Decreto 1400 (1970) y en el numeral 5 del artículo 2012 del Decreto Ley 410 (1971) se reiteran las reglas del artículo 6 de la Ley 2 (1938) en el sentido de que procede arbitraje en derecho y en conciencia y de que a falta de estipulación expresa el laudo es en derecho.

En el artículo 6 del Decreto 2279 de 1989, se introduce el arbitraje técnico al señalar que las partes indicarán si se trata de arbitraje en derecho, en conciencia o fundado en principios técnicos. A falta de estipulación en contrario se entenderá que es arbitraje en derecho.

Mediante el inciso 2 del artículo 111 de la Ley 446 de 1998, por el cual se modificó el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, se precisó que el arbitraje podía ser en derecho, en equidad o técnico. En esta norma, se define por vez primera al arbitraje en derecho, como aquel que se funda en el derecho positivo vigente. Se sustituye la denominación arbitraje “en conciencia” por arbitraje en equidad y se le define como aquel en el cual se decide según el sentido común y la equidad. Finalmente, se define al arbitraje técnico como aquel en el cual los árbitros se pronuncian a partir de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia. A falta de estipulación expresa en contrario, el arbitraje es en derecho. Idéntica regulación quedaría en el 115 del Decreto 1818 de 1998.

Durante la vigencia de la Ley 446 de 1998 y del Decreto 1818 de 1998, mientras que en el derecho privado el arbitraje podía ser en derecho, en equidad o técnico, en materia de arbitraje que involucrara contratos estatales sólo se admitía el arbitraje en derecho y técnico. Esto, en razón a que el inciso 2 del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, hoy derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, estipulaba que, “*El arbitramento será en derecho*”, lo cual no impedía la posibilidad de un arbitraje técnico, tal y como lo señaló el Consejo de Estado²⁶⁴. Frente al arbitraje técnico, el artículo 74 de la Ley 80 de 1993, también derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, precisaba que las partes podían pactar que las diferencias de carácter puramente técnico se sometieran a expertos para que emitieran una decisión de carácter definitivo.

Finalmente, en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, ya no se habla de arbitraje sino de laudo en derecho, en equidad y técnico y se expresa que, en los tribunales en los que intervenga una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones administrativas, siempre y cuando el conflicto sea con ocasión de la “*celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales*”, el laudo será en derecho.

1.3.1.2 El arbitraje técnico.

La denominación de arbitraje técnico aparece con el artículo 6 del Decreto 2279 de 1989, al señalar que las partes indicarán si se trata de arbitraje en derecho, en conciencia o fundado en principios técnicos. Luego, con el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, se le define como aquel en el cual los árbitros se pronuncian a partir de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia.

²⁶⁴ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 18 de enero de 2012. Exp. 40082.

Frente al arbitraje de naturaleza técnica, el artículo 74 de la ley 80 de 1993, estatuto general de contratación de la Administración Pública, derogado por el artículo 118 del EANI, precisaba que las partes podían pactar que las diferencias de carácter puramente técnico, se insista, en controversias de naturaleza contractual, se sometieran a expertos para que emitieran una decisión definitiva.

Frente a esta decisión, conforme lo señaló el Consejo de Estado²⁶⁵, ni siquiera procedía el recurso de anulación. Dos razones asistían a esta conclusión. Primero, desde el punto de vista normativo, la norma señalaba que la decisión era definitiva. Segundo, desde el punto de vista lógico, mal haría el Consejo de Estado al pronunciarse sobre un laudo que no fue proferido en derecho, es decir, cuyo contenido giraba en torno a aspectos absolutamente desconocidos para ese tribunal.

Hoy día, a partir de los artículos 41 a 44 del EANI, que prevén la posibilidad de interponer el recurso de anulación contra el laudo arbitral, sin hacer distinción al tipo de arbitraje y, en atención al principio según el cual donde no distinguió el Legislador no lo puede hacer el intérprete, hay quienes como, Camacho Solano²⁶⁶, consideran que se abrió la puerta para la interposición del recurso de anulación cuando se trata de arbitraje técnico.

Esta conclusión parte de una interpretación descontextualizada de la ley. Al igual que durante la vigencia del artículo 74 de la Ley 80 de 1993 y del artículo 161 del Decreto 1818 de 1998, normas que no hacían distinción en torno a si se trataba de arbitraje en derecho o arbitraje técnico, a efectos de la interposición del recurso de anulación, y frente a las cuales el Consejo de Estado²⁶⁷, expresó que por razones lógicas esto no era posible, con las nuevas normas la situación es idéntica por lo que ha de concluirse que, no es jurídicamente posible intentar el recurso de anulación frente a arbitrajes de esta naturaleza.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ CAMACHO SOLANO, *op. cit.*, p. 59.

²⁶⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 18 de enero de 2012. Exp. 40082.

En un sentido opuesto, Gil Echeverry²⁶⁸, además de considerar al arbitraje técnico como una especie de arbitraje en conciencia, afirma que sería un contrasentido que se permitiera el recurso de anulación, de naturaleza jurídica, frente a una controversia de tipo técnico, lo cual, afirma, queda dentro del ámbito interno de los árbitros.

Frente al procedimiento en el arbitraje técnico, éste no se encuentra reglado en el EANI, de suerte que, en ausencia de un reglamento interno del centro de arbitraje que permita un arbitraje institucional, será un arbitraje *ad hoc*. Sin embargo, conforme al inciso final del artículo 1 del EANI, en los arbitrajes en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones administrativas, el laudo debe ser enderecho, es decir, se encuentra excluida la posibilidad de arbitraje técnico.

1.3.1.3 El arbitraje en equidad.

El arbitraje en equidad, entendido como la posibilidad de fallar apartándose de las normas directamente aplicables, existe desde tiempos muy antiguos. Desde Aristóteles, cuando afirmaba que la equidad era igual a perdonar los errores humanos, mirar al Legislador y no a la ley, pasando por el derecho romano que distinguió entre el *arbitrer* y el *arbitrator*, donde el primero debía fallar en derecho y el segundo podía hacerlo *ex bono et aequo*, la equidad ha sido una posibilidad de abordar los conflictos legales apartándose de las estrictas previsiones normativas²⁶⁹.

En el caso colombiano, la posibilidad de arbitraje en equidad, anteriormente llamado arbitraje en conciencia, fue introducida por el numeral 3 del artículo 1216 de la Ley 105 de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil, en el que se precisaba que el compromiso arbitral debía señalar si la sentencia había de ser en derecho o conciencia, y si los árbitros estaban habilitados para transigir las pretensiones contrapuestas, aunque no se hizo la más mínima referencia al alcance de esta habilitación.

²⁶⁸ GIL ECHEVERRY, *op. cit.*, p. 39.

²⁶⁹ CÁRDENAS MEJÍA, J. P., “El arbitraje en equidad”, en: *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 105, Bogotá, 2003, pp. 347- 374.

Posteriormente, mediante el artículo 6 la Ley 2 de 1938, por el cual se dio validez a la cláusula compromisoria, se reitera esta posibilidad y se señala que, las partes podían habilitar a los árbitros para fallar en conciencia o para transigir las pretensiones opuestas y que, a falta de mención expresa, se entendería que el laudo, al que se denominó *sentencia*, sería en derecho. Esta regulación es reiterada en idéntica forma en el numeral 5 del artículo 2012 del Decreto 410 de 1970.

En el artículo 1° del Decreto 2279 de 1989, por el cual se implementaron mecanismos de solución de conflictos entre particulares, se dice que, el arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico. En igual sentido se expresa el artículo 1° del artículo 96 de la Ley 23 de 1991, por la cual se crearon mecanismos de descongestión de los despachos judiciales.

Ya en vigencia de la Constitución Política de 1991, se señala en el artículo 116 que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia, en la condición de árbitros en derecho o en equidad. Es esta la primera norma que utiliza la denominación en *equidad* en lugar de *conciencia*, lo cual, lejos de ser una muletilla retórica carente de contenido, constituyó un cambio sustancial en la regulación del arbitraje en Colombia.

En lo sucesivo, en Colombia, las normas hablarían de arbitraje en equidad en lugar de arbitraje en conciencia. Por ejemplo, en el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, ley estatutaria de la administración de justicia, que luego sería modificado por el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, se diría que los árbitros podían proferir sus fallos en derecho o en equidad. En el mismo sentido, los artículos 111 de la Ley 446 de 1998, por la cual se modificaron diversas normas y se establecieron disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, y 115 del Decreto 1818 de 1998, expresaron que el arbitraje podía ser en derecho, en equidad o técnico. Finalmente, el artículo 3 de la Ley 1285 de 2009, reformativa de la Ley 270 de 1996, diría que los árbitros podían proferir sus fallos en derecho o en equidad y, el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012, precisaría que el laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

El cambio de denominación no es puramente semántico ni constituye un mero sinónimo de la denominación. Quizá sea porque la propia Constitución en su artículo 230 considera a la equidad como una fuente auxiliar de la actividad judicial o porque el término *arbitraje en conciencia* es más cercano a la arbitrariedad, es que el propio Consejo de Estado²⁷⁰ señaló que, en el arbitraje en conciencia, el juzgador está relevado de cualquier consideración jurídica o probatoria sobre su decisión, sin que exija de una garantía del debido proceso.

En consecuencia, en los fallos en equidad, se exige de una motivación y de un acercamiento al material probatorio, el que no necesariamente está presente en los fallos en conciencia, de modo que, concluye el Consejo de Estado, en el sistema jurídico están proscritos los fallos en conciencia y la equidad, considerada criterio auxiliar en la regulación constitucional de las fuentes del derecho, puede ser utilizada como criterio único o complementario de la actividad judicial, inclusive si es a cargo de los árbitros, quienes ejercen una actividad de naturaleza judicial²⁷¹.

Sin embargo, para entender la diferencia entre arbitraje en derecho, arbitraje en conciencia y laudo en equidad, es pertinente remitirse a los análisis hechos por el Consejo de Estado que señala lo siguiente a efectos de zanjar la discusión, no sin antes recordar que, en el EANI, se abandona la distinción entre las clases de arbitraje y se acoge la tesis de las clases de laudo, es decir, que el arbitraje es uno solo y que es el laudo el que puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En primer lugar, para fijar el alcance del arbitraje en conciencia y su diferencia con el arbitraje en derecho, señaló el Consejo de Estado que, mientras el arbitraje en derecho acata normas adjetivas y sustantivas como fundamento del laudo²⁷², el arbitraje

²⁷⁰ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. 38621.

²⁷¹ Consejo de Estado. Sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. 38621.

²⁷² Véase también Consejo de estado de Colombia. Sentencia del 6 de julio de 2005. Exp. 28.990.

en conciencia parte de un marco más amplio, en el que puede decidir “*ex quo et bono*”²⁷³; se permite a los árbitros conciliar pretensiones opuestas, contradictorias o excluyentes; decidir sobre extremos no suficientemente probados, siempre que sean física y jurídicamente posibles; justipreciar los medios probatorios sin ofrecer motivación alguna al respecto; la motivación del fallo no es esencial ni determinante de su validez y deja de lado las consideraciones jurídicas²⁷⁴.

Sin embargo, señalaba el Consejo de Estado que, la decisión no podía ser arbitraria, ni desconocer los hechos del proceso como fundamento fáctico de la decisión, las reglas de la lógica, la sana crítica y la experiencia y, a pesar de todo, basarse en un motivo justificado, el cual debía quedar en evidencia en el propio laudo arbitral como fundamento de la decisión²⁷⁵.

Como corolario de la anterior, señaló el Consejo de Estado que, y dicha postura se mantiene, no era lo mismo decisión equivocada que decisión en conciencia. En tal sentido, la mera alusión a normas jurídicas, no convierte al laudo en una decisión en derecho. Es el hilo conector entre las consideraciones, en tal caso, jurídicas, y el fondo de la decisión, como en un silogismo, el que hace que el laudo sea en derecho y no en conciencia²⁷⁶.

En conclusión, según el Consejo de Estado²⁷⁷, en una sentencia que sistematiza la línea jurisprudencial sobre la materia, un fallo en conciencia se caracteriza porque (i) su contenido deja en evidencia que se funda en la íntima convicción del juzgador y no

²⁷³ Véase también Consejo de estado de Colombia. Sentencia del 18 de enero de 2012. Exp. 40082.

²⁷⁴ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 13 de abril de 1992. Exp. 6695 y sentencia del 9 de agosto de 2001. Exp. 19273.

²⁷⁵ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 23 de agosto de 2010. Exp. 38051.

²⁷⁶ *ibídem*. Véase también Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 18 de mayo de 2000. Exp. 17797.

²⁷⁷ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 23 de agosto de 2010. Exp. 38051.

en el sistema jurídico²⁷⁸ lo cual conlleva la ausencia total de referencia a las normas o la utilización de normas no vigentes²⁷⁹, ni en razonamientos del tal naturaleza²⁸⁰; (ii) existe una libre apreciación de la prueba, con la posibilidad de apartarse de ella²⁸¹, incluso su pretermisión total²⁸²; (iii) no es necesario explicitar las razones que fundamentan la decisión sino que se funda en el criterio de verdad sabida y buena fe guardada²⁸³.

Frente al arbitraje en equidad, el Consejo de Estado²⁸⁴ retoma la visión aristotélica²⁸⁵ según la cual esta, a la que se llamaba *epiqueya*, constituía una enmienda de las injusticias legales, para decir que la equidad abarca dos postulados: por un lado, un postulado negativo, conforme al cual el juez está en la obligación de inaplicar la ley injusta. Por otro lado, un postulado positivo, del que se deriva la obligación del juez de buscar por fuera de la ley una solución al caso controvertido.

²⁷⁸ Véase también Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 3 de abril de 1992. Exp. 6695; sentencia del 4 de mayo de 2000. Exp. 16766; sentencia del 2 de octubre de 2003. Exp. 24320; sentencia del 6 de julio de 2005. Exp. 28.990; sentencia del 21 de febrero de 2011. Exp. 38621.

²⁷⁹ Véase también Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19273; sentencia del 18 de enero de 2012. Exp. 40082.

²⁸⁰ Véase también Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19273; sentencia de 23 de agosto de 2001. Exp. 19090; sentencia de 14 septiembre de 1995. Exp.10.468; sentencia de 9 de agosto de 2001. Exp. 19.273; sentencia de 23 de agosto de 2001. Exp. 19.090; sentencia de 13 de febrero de 2006. Exp. 29.704; sentencia de 18 de mayo de 2000. Exp. 17797.

²⁸¹ Véase también Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2006. Exp. 31.887.

²⁸² Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 11 de agosto de 2011. Exp. 37082; véase también Consejo de Estado de Colombia. sentencia de 6 de julio de 2005. Exp. 28990.

²⁸³ Consejo de Estado. Sentencia del 9 de agosto de 2001. Exp. 19273.

²⁸⁴ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de 21 de febrero de 2011. Exp. 38621.

²⁸⁵ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Trad. María Araujo y Julián Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 86.

Esta posición también es recogida por la Corte Constitucional²⁸⁶, órgano que va un poco más allá y plantea que la aplicación judicial de la ley debe tener en consideración de manera permanente, en una especie de complementariedad entre la ley y la equidad, las circunstancias particulares del caso, es decir, que además de ser una categoría de laudo, es un criterio de interpretación de la ley, de donde surge que, incluso el laudo en derecho, tiene algo de equidad.

En una oportunidad posterior, el Consejo de Estado²⁸⁷ recordó que la equidad es un criterio auxiliar de la actividad judicial dentro del sistema de fuentes instaurado por el artículo 230 de la CP. A diferencia de la Corte Constitucional, señaló que, es en defecto o en autorización de la ley que el juzgador puede recurrir a ella como fuente de su decisión, sin que se predique su complementariedad con la ley.

Esto no impide, agregó el Consejo de Estado, retomando la posición de la Corte Constitucional, que la decisión fundada en derecho tenga un componente de equidad, el cual va implícito en la aplicación misma de la norma que se presume justa, válida y eficaz, muy desde la posición de Radbruch, quien considera la seguridad jurídica como un elemento de la justicia²⁸⁸. Lo que no puede hacer el juzgador, y ello aplica también al arbitraje, es sustituir la norma para decidir conforme al sentido común, porque en tal caso se está frente a una modalidad específica de arbitraje que debe estar expresamente autorizada por la ley para ese caso y debidamente habilitada por las partes.

En el pasado, hubo en el caso colombiano doctrinantes que asimilaron el arbitraje en equidad con el arbitraje en conciencia y le atribuyeron a este último características distintas de las que hoy día la jurisprudencia le reconoce²⁸⁹. Partiendo de reconocer que

²⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia. ST- 518, 1998.

²⁸⁷ Consejo de Estado de Colombia. sentencia del 27 de enero de 2012. Exp. 40402.

²⁸⁸ RADBRUCH, G., *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999.

²⁸⁹ PEÑA CASTRILLÓN, G., MARTÍNEZ NEIRA, N. H., *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*, Temis, Bogotá, 1988, pp. 20-32.

todos los sistemas jurídicos necesitan de “válvulas de escape” a los rigorismos propios de la ley, afirmaban que la decisión en conciencia, lejos de ser arbitraria, permitía tener en consideración elementos fácticos que de no ser por esta modalidad quedarían por fuera del razonamiento jurídico.

Como características de los fallos en conciencia señalaban las siguientes: En primer lugar, partir de las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, tanto las solicitadas por las partes como las decretadas de oficio cuando aquellas fueran insuficientes para adoptar una decisión de fondo, con la posibilidad de un margen amplio de apreciación del medio de prueba y sin la necesidad de justificar su interpretación. En segundo lugar, como señala Peña²⁹⁰, respetar las reglas del debido proceso, en especial, la regla de las formalidades plenas.

Hoy día, hay quienes, como Camacho Solano²⁹¹ persisten en esta confusión, cuando dice, en términos tautológicos, que el fallo en conciencia es aquel en el que se acude a la equidad o Gil Echeverry²⁹² quien afirma que fallo en equidad es lo mismo que en conciencia. O como Bejarano Guzmán²⁹³ quien tilda de *artificial* la distinción entre arbitraje en conciencia y en equidad, con el argumento de que en el numeral 7º del artículo 41 del EANI se dice que, una de las causales de anulación del laudo arbitral es el fallar en equidad o en conciencia debiendo ser en derecho.

Frente a esta última observación, vale decir que una cosa es decir que tanto el fallo en equidad como en conciencia son causales de anulación si en el pacto arbitral se había previsto que fuera en derecho, y otra muy distinta es decir que la ley equiparó uno con otro. En otras palabras, no necesariamente la terminología se

²⁹⁰ PEÑA CASTRILLÓN, G., MARTÍNEZ NEIRA, N. H., *op. cit.*, pp. 20-32.

²⁹¹ CAMACHO SOLANO, *op. cit.*, p. 56.

²⁹² GIL ECHEVERRY, *op. cit.*, p. 37.

²⁹³ BEJARANO GUZMÁN, R., “El arbitraje ad hoc”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2013, p. 22.

utilizó como sinónima, sino que, por efecto útil de las normas, se trata de dos causales de anulación previstas en el mismo artículo.

Al contrario, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado se puede afirmar que esta posición doctrinal está ampliamente superada y se considera que el laudo en equidad se diferencia del laudo en conciencia porque en este se tiene en cuenta el material probatorio allegado al proceso, la ley aplicable al caso y las consideraciones acerca de su aplicación. Por el contrario, en el laudo en conciencia, el juzgador se funda en su íntima convicción y prescinde de cualquier justificación jurídica o probatoria de su decisión.

1.3.2 Las modalidades del arbitraje en el caso español.

En el caso español, la LEA regula el arbitraje en derecho y en equidad, sin hacer referencia al arbitraje técnico, como sí sucede en el caso colombiano. De manera particular, hay que hacer referencia que el sistema español adoptó el monismo legal, es decir, existe una sola regulación para el arbitraje nacional e internacional, público y privado, a diferencia del sistema colombiano, que optó por el dualismo, regulando por separado el arbitraje nacional y el internacional e, incluyendo dentro del arbitraje nacional, unas reglas expresas para el arbitraje de Derecho administrativo, como que el laudo debe ser en derecho y el proceso estar sometidos a las reglas previstas en la ley.

1.3.2.1 El arbitraje en derecho.

El arbitraje en derecho, por la definición más básica, es aquel en el cual la decisión está fundada en el sistema jurídico vigente²⁹⁴, aplicable a la cuestión, tanto desde el punto de vista de las leyes directamente aplicables al caso, como desde el punto de vista de los principios del derecho, aplicando principios como el de congruencia²⁹⁵, fundamentación²⁹⁶, argumentación, etc.

²⁹⁴ BALLESTEROS PANIZO, *op. cit.*, p. 43.

²⁹⁵ Literal c) del artículo 41-1 de la LEA.

²⁹⁶ Artículo 37-4 de la LEA.

En la Ley 36 de 1988, el arbitraje en derecho operaba por defecto, de suerte que, conforme lo señalaba en el artículo 4-2, a falta de mención expresa, el arbitraje sería en equidad, salvo que se hubiere confiado el arbitraje a una institución, en cuyo caso se estarían a lo dicho en su reglamento. Dicha presunción se invierte con el artículo 34-1 de la Ley 60 de 2003, el cual señala que, los árbitros decidirán en equidad, únicamente cuando las partes les hayan autorizado expresamente para ello, con la obligación, en todo caso, de tener en consideración las estipulaciones del contrato.

Además de la presunción legal de que el arbitraje es en derecho, salvo mención expresa en contrario, cuando las partes recurran al arbitraje institucional, de conformidad con el artículo 14-2 de la LEA, si el reglamento de la institución prevé que los árbitros decidirán en derecho, así se hará bajo la presunción de que las partes autorizaron dicha clase de arbitraje²⁹⁷.

1.3.2.2 El arbitraje en equidad.

El caso español, la Ley 36 de 1988, anterior estatuto arbitral, señalaba la posibilidad de arbitraje en derecho o en equidad, éste último entendido como la posibilidad de fallar según el *saber y entender*, a elección de las partes. En ausencia de pronunciamiento expreso sobre la clase de arbitraje, señalaba la norma que, sería arbitraje en equidad, salvo que se encomendara el arbitraje a una institución, caso en el cual sería conforme a su propio reglamento²⁹⁸.

Esta regla se invierte con la Ley 60 de 2003²⁹⁹, algo que, según Merino Merchan³⁰⁰ *et al*, se debe a esa aproximación permanente del arbitraje a una verdadera jurisdicción. Según el artículo 34-1

²⁹⁷ Sentencia de Audiencia Provincial. Islas Baleares. Núm. 455, 2010. 22 de noviembre de 2012. AC 2010, 2333.

²⁹⁸ Al respecto, véase Sentencia de Audiencia Provincial. Girona. Núm. 352, 2004. 17 de noviembre de 2004. AC 2004, 2142.

²⁹⁹ Auto de Audiencia Provincial. Barcelona. Núm. 151, 2010. 28 de septiembre de 2010. JUR 2011, 83226.

³⁰⁰ MERINO MERCHÁN, *op. cit.*, p. 189.

de la LEA, en punto de las normas aplicables al fondo de la controversia arbitral, los árbitros pueden decidir en equidad, únicamente cuando las partes los autoricen expresamente a ello³⁰¹.

Quiero decir esto que, y así se dejó consignado en la exposición de motivos de la LEA, a falta de mención expresa en el acuerdo arbitral, se entenderá que es arbitraje en derecho, lo cual se justifica, según Castresana³⁰², en la improbabilidad de que las partes, al manifestar que desean llevar su disputa al ámbito del arbitraje, quieran que se resuelva en equidad y no bajo los mismos criterios que se tendrían en cuenta por los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Además de lo anterior, igual que en la Ley 36 de 1988, aunque no hay señalamiento expreso en ese sentido, cuando se encomiende el arbitraje a una institución y no se haga señalamiento expreso a la clase de arbitraje, será conforme a su propio reglamento, es decir, en derecho o en equidad, en la idea de que las partes anticiparon dicha cuestión cuando escogieron el centro de arbitraje³⁰³.

Las reglas del arbitraje en equidad, al cual se llega por mención expresa del convenio arbitral o por estar así previsto en el reglamento de la institución arbitral, conforme se han venido construyendo por la jurisprudencia española, son las siguientes:

Primero, frente al concepto de arbitraje en equidad, partiendo de lo previsto en el artículo 4 de la ley 36 de 1988, se dice que es aquel en el cual los árbitros, prescinden del ordenamiento jurídico y entrar a resolver según su *leal saber y entender*³⁰⁴. Agrega el Tribunal Constitucional que, se trata de un proceso ajeno a la

³⁰¹ PEREZ-LUÑO, E. C., *op. cit.*, p. 51.

³⁰² CASTRESANA, L. F., *op. cit.*, p. 51.

³⁰³ Sentencia de Audiencia Provincial. Islas Baleares. Núm. 455, 2010. 22 de noviembre de 2012. AC 2010, 2333.

³⁰⁴ Sentencia de Audiencia Provincial. Girona. Núm. 352, 2004. 17 de noviembre de 2004. AC 2004, 2142. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Madrid. Núm. 23, 2012. 25 de junio de 2012. JUR 2012, 290925.

jurisdicción, de formas procesales simples y uso del arbitrio en la equidad³⁰⁵.

Segundo, el hecho de que se pueda resolver en equidad, según el leal saber y entender, no excluye la aplicación de normas jurídicas³⁰⁶, incluso así señaladas por las partes³⁰⁷, ni permite se actúe contra normas imperativas o de orden público, las cuales están fuera del alcance dispositivo de las partes³⁰⁸.

Esta última restricción, elemento clave para determinar los alcances del arbitraje, está en consonancia con el literal *f* del artículo 41-1 de la LEA que señala la violación del orden público como causal de anulación del laudo arbitral. Además, aporta elementos de juicio en la comprensión del concepto mismo de arbitraje en equidad.

Visto desde otra perspectiva, el arbitraje en equidad, como lo ha dicho la jurisprudencia española, no es equivalente de decisión arbitraria, ni implica dejar de lado los principios generales del derecho o el valor máximo de la justicia, inclusive, no se parte del desconocimiento del derecho positivo, sino, que es un arbitraje en el que se puede interpretar con mayor laxitud las normas del sistema jurídico, para acercarse a un concepto de justicia material, buscando la prevalencia del derecho sustancial sobre las meras formalidades³⁰⁹.

Tercero, no existe la obligación de fundamentar jurídicamente su decisión, sin perjuicio de que ello se haga, pero existe el deber, en términos deontológicos, salvo los laudos verbales, de motivar la

³⁰⁵ Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 de 20 de julio de 1993.

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Galicia. Núm. 20. 10 de mayo de 2013. RJ 2013, 4815.

³⁰⁷ Auto de Audiencia Provincial. Barcelona. Núm. 151, 2010. 28 de septiembre de 2010. JUR 2012, 310468.

³⁰⁸ *Ibidem*. Auto de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 182, 2011. 23 de septiembre de 2011. JUR 2011, 388137.

³⁰⁹ Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 383. 20 de septiembre de 2010. JUR 2010, 368663.

decisión, así sea mínimamente³¹⁰, conforme lo ordena el numeral 4º del artículo 37 de la LEA, y de ser congruente, tanto en la argumentación, como frente a las pretensiones, esto, como una garantía de interdicción de la arbitrariedad.

Ese deber de motivación mínima, llevó a que la jurisprudencia señalara que, en el arbitraje en equidad, se requiere exponer unas razones conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos, las máximas de la experiencia, así como los usos y costumbres, y los criterios éticos y de convivencia generalmente aceptados³¹¹.

En punto de la aplicación del principio de congruencia, la jurisprudencia española señala que los árbitros tienen el doble deber de guardar la simetría entre las pretensiones y el laudo arbitral³¹², por un lado, así como de no contradecirse en sus propios argumentos, por el otro³¹³.

Cuarto y último, se debe respetar el principio de contradicción y defensa, el derecho de las partes de presentar pruebas y de conocer y contradecir las que existen su contra³¹⁴, de presentar las alegaciones oportunas³¹⁵, en resumen, la garantía del derecho humano al debido proceso.

³¹⁰ Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. 18 de abril de 2000. AC 2000, 2142. Sentencia de Audiencia Provincial. Asturias. Núm. 429. 13 de octubre de 2010.

³¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Galicia. Núm. 18. 2 de mayo de 2012. RJ 2012, 6364.

³¹² Sentencia de Audiencia Provincial. Cantabria. Núm. 289. 21 de abril de 2009. JUR 2009, 258014. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Madrid. Núm. 23. 25 de junio de 2012. JUR 2012, 290925.

³¹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Galicia. Núm. 20. 10 de mayo de 2013. RJ 2013, 4815.

³¹⁴ Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 de 20 de julio de 1993.

³¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial. Pontevedra. Secc. 1. Núm. 418, 2006. 13 de julio de 2006. JUR 2006, 239942.

1.4 LAS CLASES DE ARBITRAJE.

La expresión, clases de arbitraje, hace referencia a las reglas de funcionamiento del tribunal arbitral. En el caso colombiano, igual que en el español, se reconoce la existencia de arbitraje institucional y *ad-hoc*. Sin embargo, según se verá, en Colombia se puede hablar, paralelamente, de arbitraje legal.

1.4.1 Las clases de arbitraje en el derecho colombiano.

Además de las modalidades de arbitraje, en el derecho colombiano se distingue acerca de las clases de arbitraje. Aunque no hubo una referencia expresa a esta clasificación sino desde la Ley 23 de 1991, en el artículo 2-A del Decreto 2279 de 1989 se hizo referencia a que, ante la ausencia de mención expresa, el trámite del arbitraje sería el estipulado en la ley.

Sería a partir del artículo 90 de la Ley 23 de 1991, que se introduciría la clasificación de arbitramento institucional e independiente, para hacer referencia a que el trámite arbitral se adelantaría ante los centros de arbitramento establecidos conforme a dicha ley, o que se adelantaría por árbitros independientes, conforme las reglas del Decreto 2279 de 1989, con las modificaciones introducidas por dicha ley.

Con el artículo 112 de la Ley 446 de 1998, por medio del cual se modificó el artículo 90 de la Ley 23 de 1991 y que luego se reiteraría en el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998, se decanta un poco más la clasificación al expresar que el arbitraje puede ser independiente, institucional o legal.

El arbitraje independiente es aquel en el que las partes acuerdan las reglas de procedimiento. En esta clase de arbitraje, se parte de la base que, si el asunto sometido a arbitraje es transigible, y las partes pueden desplazar la jurisdicción natural, por la misma razón pueden acordar las reglas del arbitraje, en virtud al principio de disponibilidad, salvo cuando se involucre el orden público³¹⁶.

³¹⁶ CAIVANO, R. J., *Arbitraje*, editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2000, 2ª ed., p. 209.

Según Bernal Gutiérrez³¹⁷, el arbitraje independiente tiene como ventaja el permitir que las reglas se acomoden a las necesidades de las partes involucradas, a la par que se pueden reducir los costos que implica un trámite excesivamente reglado. Esto, por cuanto, conforme lo precisa Zapata de Arbeláez³¹⁸, en el arbitraje independiente colombiano, las partes no están vinculadas a las normas generales de todo proceso judicial, sino a las normas específicas del arbitraje de modo que, es en aquellos espacios donde las normas sobre arbitraje no hayan hecho mención alguna, donde las partes pueden acordar reglas especiales.

En el arbitraje institucional, se aplican las reglas previstas en el reglamento interno del centro de arbitraje. Como lo señala Bernal Gutiérrez³¹⁹, el arbitraje institucional es aquel que es administrado por una entidad que cuenta con la solvencia y la capacidad para dirigir arbitrajes, con estatutos y reglamentos propios, con las autorizaciones legales cuando así se exige, es decir, una entidad creada para dicho propósito.

Según Zapata de Arbeláez³²⁰, en el arbitraje institucional colombiano, los centros de arbitraje, al establecer sus reglamentos internos, no están sometidos a las reglas generales de todo proceso judicial, salvo las relacionadas con el debido proceso, se agregaría, pero sí están sometidos a las reglas básicas que sobre arbitraje prevén las leyes especiales, al igual que sucede con el arbitraje independiente.

Por su parte, en el arbitraje legal se aplica el procedimiento previsto en la ley. En caso de que las partes no hubieran hecho mención expresa, conforme las voces del inciso 2º del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, que introdujo el artículo 2-A al Decreto 2279 de 1989, y que luego sería retomado por el artículo

³¹⁷ BERNAL GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 211.

³¹⁸ ZAPATA DE ARBELÁEZ, A., “Colombia”, en: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 275.

³¹⁹ BERNAL GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 208.

³²⁰ ZAPATA DE ARBELÁEZ, *op. cit.*, p. 275.

118 del Decreto 1818 de 1998, se entendería que era un arbitraje legal.

Durante la vigencia de la Ley 446 de 1998 y del Decreto 1818 de 1998, mientras que en el derecho privado el arbitraje podía ser en independiente, institucional o legal, en materia de arbitraje que involucrara contratos estatales sólo se admitía el arbitraje legal. Esto, en razón a que el inciso 3 del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, estatuto general de la contratación estatal en Colombia, hoy derogado por la Ley 1563 de 2012, estipulaba que, “*La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia*”, tal y como lo recordó el Consejo de Estado³²¹.

En razón a que algunos contratos de entidades estatales se regían por el derecho privado y no por la Ley 80 de 1993, se permitió que para la solución de las controversias surgidas con ocasión de estos se pactara arbitraje independiente. Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia del numeral 3 del artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reformó el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, conocida como Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, se dispuso que en todos los arbitrajes en los que fuera parte una entidad estatal, sin importar su régimen de contratación, el procedimiento para el arbitraje sería el establecido en la ley³²².

El incumplimiento de esta condición lleva incluso a la anulación del laudo arbitral. Conforme lo señala la doctrina³²³, el incumplimiento de las formalidades propias establecidas en la ley parece estar dirigida más al arbitraje legal que al convencional. Pero, en todo caso, los aspectos que quedan a disposición de las partes y de los reglamentos de los centros de arbitraje no pueden, en ningún caso, transgredir normas imperativas de la ley.

³²¹ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 18 de enero de 2012. Exp. 40082.

³²² *Ibidem*.

³²³ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M., *Los principios procesales en el arbitraje*, J.M. Bosh editor, Barcelona, 2000, p. 176.

Finalmente, en el artículo 2 de la Ley 1563 de 2012, se retomó la clasificación de la Ley 23 de 1991 pero se sustituyó la denominación arbitraje independiente por arbitraje *ad hoc*. En este sentido, se señaló que el arbitraje institucional es el administrado por un centro de arbitraje, sin que necesariamente su reglamento interno sea diferente al establecido en la ley y, se cambió la regla según la cual, a falta de mención expresa, se entendería que el arbitraje era institucional en lugar de arbitraje legal como en el pasado.

Esta clasificación pareciera dar a entender que del sistema jurídico colombiano desapareció el arbitraje legal, incluso, que desapareció la clasificación del arbitraje según las reglas de procedimiento y se estableció únicamente una clasificación del arbitraje por quien lo dirige o administra. En este sentido, López Blanco³²⁴ señala que desaparece el concepto arbitraje legal el cual es subsumido por el arbitraje institucional.

En esta norma, se precisó que, si una de las partes involucradas en el arbitraje es una entidad pública o un particular que ejerza funciones administrativas, el arbitraje se regiría por las reglas previstas en dicha ley para el arbitraje institucional, es decir, un arbitraje regido por la ley y, en lo no expresamente previsto en ella, por lo previsto en el reglamento interno del centro de arbitraje siempre y cuando no le sea incompatible.

En tal sentido, se pueden aplicar las reglas previstas en la Ley 1563 de 2012, caso en el cual el arbitraje se puede catalogar como de carácter legal, o ser establecidas por las partes para un arbitraje convencional, o las previstas por el centro de arbitraje, evento en el cual será institucional. En uno y otro caso, se puede diferenciar entre reglas aplicables al arbitraje y conducción del proceso arbitral.

Esta tesis se refuerza con lo dicho en el artículo 58 de Ley 1563 de 2012, donde se dice que, el procedimiento puede ser acordado por las partes, puede ser el previsto en el reglamento interno del centro de arbitraje y, en caso de que esté involucrada una entidad

³²⁴ LÓPEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 248.

del Estado o en el evento de que el centro de arbitraje no cuente con un reglamento interno, se aplicarán las disposiciones previstas en la ley.

Siguiendo la opinión compartida de Mayorca Escobar³²⁵, Bejarano Guzmán³²⁶ y de Tobar Ordoñez³²⁷, se puede afirmar que, el artículo 2º de la ley 1563 de 2012, estatuto de arbitraje colombiano, eliminó de la clasificación el arbitraje legal pero no la categoría en sí misma.

Si se tiene en cuenta que la ley prevé un procedimiento, tanto en el arbitraje *ad hoc* como en el institucional, y de que en los casos donde esté involucrada una entidad pública el procedimiento arbitral es el previsto en la ley, lo hermenéuticamente correcto es afirmar que el Legislador colombiano adoptó una doble clasificación del arbitraje, así:

Desde el punto de vista de quienes administran el proceso, puede ser *ad hoc* e institucional, como lo consagraba el artículo 90 de la Ley 23 de 1991 y hoy lo prevé el artículo 2 del EANI cuando dice que, “*El arbitraje será ad hoc, si es conducido directamente por los árbitros, o institucional, si es administrado por un centro de arbitraje*”, tesis apoyada por autores como López Blanco³²⁸ quien afirma que con esta reforma solo quedaron estas dos clases de arbitraje.

A su vez, desde el punto de vista del procedimiento, puede ser independiente o *ad hoc*, institucional y legal, según se decía en el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998, hoy retomado en el artículo 58 del EANI, en el cual se dice que, las partes pueden establecer las reglas de procedimiento, pueden acogerse al reglamento interno del centro de arbitraje o hacer uso de las reglas previstas en la ley. En todo caso, si en el arbitraje se

³²⁵ MAYORCA ESCOBAR, *op. cit.*, p. 16.

³²⁶ BEJARANO GUZMÁN, *op. cit.*, p. 24.

³²⁷ TOBAR ORDOÑEZ, J. H., “Procedimiento arbitral en el nuevo estatuto arbitral”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2013, p. 178.

³²⁸ LÓPEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 248.

involucra una entidad estatal, el arbitraje se regirá por las reglas previstas en la ley.

Según esta última clasificación, el arbitraje puede ser *ad hoc*, si las reglas se fijan por las partes; institucional si son las establecidas en el reglamento del centro de arbitraje, en todo caso en consonancia con las reglas previstas en la Ley 1563 de 2012; y legal si atiende únicamente a lo señalado en esta última y, en lo no expresamente previsto en ella, se reitera, por lo establecido en el reglamento interno del centro de arbitraje, siempre y cuando no le sea incompatible.

Según Tobar Ordoñez³²⁹, la norma distingue implícitamente entre las reglas del arbitraje y la administración del proceso arbitral. Así, una cosa es que las partes acuerden las reglas del procedimiento arbitral o que se apliquen el reglamento interno del centro de arbitraje, y otra es que el procedimiento arbitral sea conducido por los árbitros o por el centro de arbitraje.

De la misma opinión es Bejarano Guzmán³³⁰, quien además hizo parte de la Comisión Redactora de la Ley 1563 de 2012, cuando afirma que la nueva ley adoptó una clasificación en razón al criterio de cómo es administrado el proceso arbitral. En últimas, lo que se pretendía, según Bejarano Guzmán, era permitir que el arbitraje se pudiera llevar a cabo sin la atadura de tener que asistir a un centro de arbitraje.

Inclusive, el propio Bejarano expresa que varios de los comisionados eran defensores de que las partes del proceso arbitral se pudieran dar sus propias reglas, y de que se opusieron a la creación de tribunales absolutamente independientes, es decir, diferentes a los existentes en los centros de arbitraje.

Se podría decir, entonces, que, en la legislación colombiana, cuando se habla de las clases de arbitraje, hay que hacer la distinción en torno a si se está hablando de las clases por la

³²⁹ TOBAR ORDOÑEZ, *op. cit.*, p. 179.

³³⁰ BEJARANO GUZMÁN, *op. cit.*, p. 23.

conducción del proceso -arbitraje institucional o *ad-hoc*, o por las reglas del procedimiento -arbitraje institucional, legal y *ad-hoc*-.

Una última precisión resulta pertinente en el tema específico del arbitraje en derecho administrativo. Conforme lo prevé el artículo 2 del EANI, si la controversia versa sobre contratos celebrados por una entidad pública o por particulares en ejercicio de funciones administrativas, el proceso será institucional, es decir, se tendrá que adelantar ante un centro de arbitraje debidamente constituido.

A su vez, según lo precisa en el artículo 58 del mismo estatuto, cuando no sea parte el Estado o una de sus entidades estatal, las partes pueden acordar las reglas de procedimiento, siempre que se garantice el debido proceso. Si no lo hicieren o el centro de arbitraje no tuviera reglamento, se aplicarán las reglas previstas en la misma ley.

Sin embargo, lo que no señala expresamente la ley es si en los casos en los que esté involucrada una entidad estatal, pero en un asunto diferente a una controversia contractual, además de que el procedimiento sea el previsto en la ley, también se tenga que adelantar ante un centro de arbitramento o si se pueda recurrir a un arbitraje *ad hoc*.

Se podría decir que, conforme a las normas que rigen el arbitraje *ad hoc*, cuando en el arbitraje se involucre una entidad estatal, a partir de una controversia contractual, el arbitraje tiene que ser, desde el punto de vista de la conducción del proceso, un arbitraje institucional y, desde el punto de vista de las reglas de procedimiento, un arbitraje legal, no pudiendo las partes introducir reglas *contra legem*.

La primera conclusión surge de lo expresamente señalado en el artículo 2 del EANI donde señala que las controversias contractuales de las entidades públicas y de los particulares que desempeñen funciones públicas, se adelantará por las reglas del arbitraje institucional, en concordancia con el artículo 58 que reitera que, en los procesos donde sea parte una entidad pública el trámite será el previsto en la ley.

La segunda conclusión, se fundamenta en el principio hermenéutico del efecto útil conforme al cual, si una disposición tiene dos interpretaciones, una en la que tiene efectos y otra en la que no, se habrá de preferir aquella en la que produce efectos, o más efectos, en el entendido que el Legislador no hace normas inútiles.

De este modo, si el Legislador hubiese querido extender el arbitraje institucional a todos los arbitrajes en lo que fuera parte una entidad estatal o un particular en ejercicio de funciones públicas no habría hecho la expresa salvedad del artículo 2 del EANI que limita esta modalidad de conducción del trámite arbitral a las controversias de naturaleza contractual, en oposición al artículo 58 que extiende el procedimiento legal a todos aquellos casos en los que esté involucrada una entidad estatal sin importar el tipo de controversia.

En auxilio de la anterior tesis, habría que decir que, inclusive en el arbitraje *ad hoc*, conforme lo señala el artículo 57 del EANI, a los actos procesales de inicio, impulso y finalización del trámite arbitral *ad hoc*, incluyendo lo relativos a gastos, honorarios y recursos, “*le serán aplicables las reglas previstas en esta ley para el arbitraje institucional*”, lo que quiere decir que, un arbitraje conducido por los árbitros, no rechaza adelantar el trámite conforme está previsto en la ley.

1.4.2 Las clases de arbitraje en el derecho español.

En el sistema español, se reconocen dos clases de arbitraje: el arbitraje *ad-hoc* y el arbitraje institucional, corporativo o administrado³³¹. Anticipadamente hay que señalar que, y esa fue la línea que siguió el EANI, se parte de la dualidad entre conducción del arbitraje y reglas del arbitraje, aunque, valga la pena decirlo, el caso español tiene menos imprecisiones que el colombiano a la hora de la clasificación.

Como se señaló en el acápite anterior cuando se abordó el caso colombiano, desde el punto de vista de la conducción del proceso, el arbitraje puede ser *ad-hoc* e institucional. En el primer caso,

³³¹ CASTRESANA, L. F., *op. cit.*, p. 52.

conforme lo precisa la jurisprudencia española³³², el proceso arbitral es *ad-hoc* cuando, en un caso específico, las partes, los árbitros, o conjuntamente, directamente, fijan el ámbito procesal del arbitraje. Es institucional si, por el contrario, éste se somete a una institución especializada³³³.

Nótese cómo la jurisprudencia no clasifica el arbitraje tanto desde las reglas de procedimiento, aun cuando ella sea una consecuencia, como desde la administración del proceso arbitral, visto a través de la posibilidad de establecer las reglas del proceso arbitral.

La Ley 36 de 1998, en su momento, señalaba en el artículo 9 la posibilidad que tenían las partes de nombrar las partes y de establecer las reglas del proceso arbitral, es decir, de acudir al arbitraje *ad-hoc*. Enseguida, artículo 10, se previó que también se podía encomendar la administración del arbitraje a las diversas entidades allí señaladas, caso en el cual sería un arbitraje institucional.

En consonancia con lo anterior, el artículo 21-2 previó que, el proceso arbitral se regiría por las reglas previstas por las partes o por las normas previstas en el reglamento del centro de arbitraje, según correspondiera. En todo caso, conforme al numeral 1 de la misma norma, el procedimiento se ajustaría a lo previsto en dicha ley.

Luego, la Ley 60 de 2003, en el artículo 4 señaló que, cuando la ley deja a las partes la facultad de decidir sobre un asunto, se entiende que ello incluye la posibilidad de integrar el reglamento de la institución al que las partes se sometieron al convenio arbitral³³⁴.

En su artículo 14, la Ley 60 de 2003 prevé la facultad de las partes, “*podrá*” dice la norma, de acudir al arbitraje institucional,

³³² Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 114. 3 de febrero de 2009. JUR 2009, 238631.

³³³ BALLESTEROS PANIZO, *op. cit.*, p. 44.

³³⁴ BALLESTEROS PANIZO, *op. cit.*, p. 44.

contrario sensu, pueden establecer las reglas del arbitraje, arbitraje *ad-hoc*, si así lo prefieren. Asimismo, en el artículo 14 se consagró un abanico de entidades a las que se puede recurrir en arbitraje lo que, en palabras de Pérez-Luño³³⁵, evidencia el reforzamiento del arbitraje institucional en la Ley 60.

En el artículo 25-1 de la Ley 60 de 2003, se retoma lo dicho en el artículo 9 de la Ley 36 de 1998, en el sentido de facultar a las partes a establecer las reglas del proceso arbitral y, agrega el numeral 2, a falta de acuerdo, corresponde a los árbitros establecer las reglas siguiendo lo previsto en dicha ley.

En consecuencia, y así lo ha reconocido la jurisprudencia española, cuando las partes encomiendan el proceso arbitral a una institución, para que lo administre, automáticamente están autorizando que se siga el procedimiento conforme a su particular reglamento³³⁶, lo que no solo incluye las reglas de procedimiento en estricto sentido sino también la clase de arbitraje, es decir, en equidad o en derecho³³⁷.

Finalmente, en el artículo 30-1, en punto de las formas arbitrales se dice que, salvo en contrario de las partes, para las etapas de alegatos, pruebas y emisión de conclusiones, los árbitros decidirán si se realizan audiencias o si se sustancian por escrito, es decir, se vuelve al arbitraje *ad-hoc*, salvo en el caso en que el reglamento del tribunal arbitral defina esta cuestión.

En conclusión, en el sistema jurídico español, el arbitraje *ad-hoc*, es aquel en el cual, primero, las partes pueden designar directamente a los árbitros y, segundo, la administración o conducción del arbitraje se encomienda directamente a los árbitros y, en consecuencia, la fijación de las reglas de

³³⁵ PEREZ-LUÑO, E. C., *op. cit.*, 52.

³³⁶ Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 498. 30 de octubre de 2006. AC 2007, 1269. Auto de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 75. 19 de abril de 2007. JUR 2007, 211780.

³³⁷ Sentencia de Audiencia Provincial. Granada. Núm. 118. 26 de marzo de 2010. JUR 2011, 92204. Sentencia de Audiencia Provincial. Islas Baleares. Núm. 455, 2010. 22 de noviembre de 2012. AC 2010, 2333.

procedimiento, es facultad de las partes y de los árbitros. Por su parte, el arbitraje institucional, es administrado o conducido por una institución habilitada por la ley para el efecto. En igual sentido, la fijación de las reglas del proceso arbitral, queda deferido al reglamento del instituto arbitral. En uno y otro caso, existen unas reglas legales mínimos que no se pueden desconocer.

El caso colombiano, admite igualmente la clasificación del arbitraje en *ad-hoc* e institucional, según sea administrado por las partes o por el reglamento de la institución arbitral. Como consecuencia de quién lo administre, se determinan las reglas del procedimiento arbitral, siendo entonces una cosa consecuencia de la otra. En todo caso, también se deben aplicar unos mínimos previstos en la ley que, en el caso del derecho administrativo, son el mínimo y el máximo pues el EANI ordena que, en los arbitrajes en que sea parte una entidad pública, el arbitraje sea institucional y las reglas de procedimiento sean las previstas en la ley.

1.5 LA ACTIVIDAD ARBITRAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. ¿ES UNA MODALIDAD DE ARBITRAJE EN DERECHO ADMINISTRATIVO?

La Administración Pública, puede no solo ser parte en un arbitraje, enfrentada a un particular o a otra entidad del Estado, sino que también, puede ser quien haga las veces de tribunal arbitral para la solución de conflictos entre particulares en determinados temas. A esta posibilidad, se le conoce en el caso español como actividad arbitral de la Administración, diferente del arbitraje en derecho administrativo, pero con unas particularidades tales que no es posible estudiar uno sin hacer una referencia comparativa al otro.

1.5.1 Fundamento constitucional.

La actividad arbitral de la administración, como instrumento legal de solución de conflictos entre particulares en el derecho de consumo, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 51-1 de la CE, en el cual se prevé que, corresponde a los poderes públicos, la defensa de los consumidores y usuarios, a través de

“*procedimientos eficaces*”, de bienes como la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de la ciudadanía, así como en el artículo 51-2, donde señala que, tienen los usuarios y consumidores, un derecho a la información, al fomento de organizaciones y a ser escuchados en las cuestiones que los afecten. Conforme lo apunta Guillén Caramés³³⁸, y esto se diría es propio de la teoría kelseniana sobre el carácter coactivo de las normas jurídicas, de nada sirve una enunciación de derechos cuando no existen mecanismos de protección.

1.5.1.1 Definición.

La *actividad arbitral de la Administración*, a la que Ramón Parada³³⁹ define como aquella que en la cual la Administración Pública resuelve las controversias que se suscitan entre los ciudadanos, con ocasión de derechos privados o administrativos, conlleva, como lo expresa Guillén Caramés³⁴⁰, a dos formas de actividad arbitral. La primera, adelantada por la Junta Arbitral, que no se puede llamar propiamente arbitral, en tanto voluntaria, culmina en un acto administrativo que puede ser revisado posteriormente en la vía jurisdiccional por la jurisdicción contencioso-administrativa, y, la segunda, a cargo del Colegio Arbitral, que se caracteriza por resolver conflictos de naturaleza estrictamente privada, que culmina con un laudo, igualmente de carácter privado, susceptible de recurso de anulación a cargo de la jurisdicción civil y que hace tránsito a cosa juzgada.

Ahondando en la explicación, señala Guillén Caramés³⁴¹ que, la *actividad arbitral de la Administración*, puede tener una de tres expresiones: (a) aquella atribuida a órganos de naturaleza

³³⁸ GUILLÉN CARAMÉS, J. *op. cit.*, p. 368.

³³⁹ PARADA, R. *Derecho administrativo*, I, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 574 y s.s.

³⁴⁰ GUILLÉN CARAMÉS, J. “Administración y actividad arbitral: La necesidad de simplificación y reforma de los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos en materia de consumo”, en: *Revista de Administración Pública*, No. 166, Madrid, enero-abril (2005), págs. 353-399, p. 354, 360.

³⁴¹ GUILLÉN CARAMÉS, J. *op. cit.*, pp. 363-365.

administrativa, que actúan como instituciones arbitrales, resolviendo conflictos entre particulares, cuya decisión tiene la naturaleza de laudo arbitral, y que versa sobre derecho o arbitraje de consumo. (b) aquella en la que el Legislador atribuye a órganos administrativos, la competencia de fijar la compensación que una persona debe pagar a otra como consecuencia de la imposición legal de contratar con ella a cambio del uso de un bien o un derecho. Como estas cuestiones se resuelven mediante acto administrativo, susceptibles de ser cuestionados ante la jurisdicción contencioso-administrativo, no son propiamente una actividad arbitral. (c) finalmente, aquella en la cual se atribuye a precisas administraciones, los conflictos que se susciten entre distintos operadores y sus usuarios.

Frente a estos tres escenarios, señala Guillén Caramés³⁴² que, en la medida en que únicamente el primero de ellos tiene el carácter de voluntario, así previsto en el artículo 58-1 del Real Decreto 231 de 2008³⁴³, excluyente de la vía jurisdiccional³⁴⁴ y con posibilidad de que sean las partes los que determinen y elijan a los árbitros³⁴⁵, puede calificarse como verdadero arbitraje³⁴⁶.

En consecuencia, el estudio sobre la *actividad arbitral de la Administración en España*, su análisis desde la perspectiva del Derecho administrativo y, su comparación con el caso colombiano, donde no existe como actividad arbitral, se hará desde la perspectiva específica del derecho de consumo.

³⁴² GUILLÉN CARAMÉS, J. *op. cit.*, pp. 363-365.

³⁴³ Esto, que es expresión del derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24-1 de la CE, se encuentra señalado en los siguientes términos: “*La sumisión de las partes al Sistema Arbitral del Consumo será voluntaria*”.

³⁴⁴ De lo que se concluye que, hace tránsito a cosa juzgada y únicamente podrá ser revisado por la jurisdicción, en virtud del recurso de anulación.

³⁴⁵ En este sentido, el artículo 14 de la LEA.

³⁴⁶ GUILLÉN CARAMÉS, J. *op. cit.*, pp. 363-365. Las mismas tres notas características del arbitraje están en TRAYTER, J. M. *op. cit.*, pp. 78-81.

1.5.1.2 Actividad arbitral de la administración y arbitraje de consumo. Regulación legal, alcance y procedimiento.

El Sistema Arbitral de Consumo, como apunta Richard González³⁴⁷, es un sistema institucional de resolución de conflictos, surgidos entre consumidores o usuarios y las empresas o profesionales que prestan servicios de cualquier naturaleza, que se ofrece como un servicio público, con un procedimiento sencillo y por lo general gratuito, que otorga una protección especial al consumidor, y que procura por una solución rápida a los conflictos en este campo. Lo mismo señala Lara González³⁴⁸ quien afirma que, el arbitraje de consumo, se fundamenta en la protección del interés general, que se relaciona con la competencia que tiene la Administración Pública de intervenir en las relaciones entre privados para proteger los derechos de los usuarios y consumidores. Como bien lo señala Iboleón³⁴⁹, el arbitraje de consumo tiene por objeto resolver los conflictos que se presentan con ocasión de las quejas y reclamaciones que presentan los consumidores para la defensa de sus derechos legalmente reconocidos, vulnerados en el escenario de las relaciones de consumo.

En un primer momento, la Ley 26 del 19 de julio de 1984, *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, hoy derogada por el Real Decreto Legislativo 1, del 16 de noviembre de 2007, *Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, vino a regular la defensa de los consumidores y usuarios, señalando, en su artículo 1, que, la

³⁴⁷ RICHARD GONZÁLEZ, M. “Análisis crítico del sistema y procedimientos arbitrales y de mediación en España. Especial atención a la reforma de la ley de arbitraje (Ley 11/2011) y al proyecto de ley de mediación de 2011”, en: AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 117.

³⁴⁸ LARA GONZÁLEZ, R. “La organización del sistema arbitral de consumo”, en: AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, op. cit., p. 154.

³⁴⁹ IBOLEÓN, R., *El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2012, p. 21.

defensa de los consumidores, tiene carácter de principio general informador del sistema jurídico.

En virtud de esta ley, se expidió el Real Decreto 636 del 3 de mayo de 1993, *por el que se regula el sistema arbitral de consumo*, posteriormente derogado por el Real Decreto Legislativo 231 del 15 de febrero de 2008, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*.

En la primera de las normas, anterior RDRSAC, se estableció, artículo 2-1, que el sistema arbitral de consumo, tiene la finalidad de atender y resolver, sin perjuicio de la protección administrativa y judicial, los derechos de los consumidores y usuarios, a partir de las quejas y reclamaciones que se presenten, mediante decisiones con carácter ejecutivo y vinculante para las partes.

Hoy día, el artículo 1-2 del Real Decreto 231 de 2008, actual RDRSAC, señala que, el *Sistema Arbitral de Consumo*, es un arbitraje institucional, dirigido a resolver, con carácter ejecutivo y vinculante, los conflictos que surjan entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales, en el ámbito de derechos que, legal o contractualmente se reconozcan al consumidor.

Con la nueva normatividad, que surgió para poner a tono la regulación del arbitraje de consumo con otras normas como la LEA, se previeron, según afirma Richard González³⁵⁰, los siguientes principios al ejercicio de esta actividad: la limitación subjetiva a los usuarios y consumidores. La limitación objetiva al ámbito del consumo, en materia de conflictos por derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor, excluyendo materias que no son de libre disposición. La voluntad finalista de vincular a las empresas y profesionales al sistema arbitral, a través de la figura de *oferta pública de adhesión*. La gratuidad, salvedad hecha del costo de las pruebas. Y la preferencia por el fallo en equidad, evidenciada en la búsqueda de una decisión justa.

³⁵⁰ RICHARD GONZÁLEZ, M. en: AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, op. cit., p. 119.

En punto de las materias que se pueden someter a arbitraje de consumo, señala el artículo 2-1 del actual RDRSAC que, en forma exclusiva, serán de conocimiento de esta jurisdicción especial, los conflictos que versen sobre *materias de libre disposición de las partes conforme a derecho*, lo que reivindica el carácter arbitral de la misma. A renglón seguido, artículo 2-2, excluye materias que, en concordancia con el artículo 57-1 del RDL 1 de 2007 que aprobó el texto refundido de la LGDCU³⁵¹, están relacionadas con intoxicación, lesión, muerte, impliquen la comisión de un delito, incluida la responsabilidad que de ellos se derive.

Según la regulación prevista en el artículo 5-1 del RD 231 de 2008, las Juntas Arbitrales de Consumo, son las entidades administrativas encargadas de la gestión del arbitraje, de naturaleza técnica, administrativa y con funciones de secretaría, tanto de las partes como de los árbitros. Se componen de un presidente y un secretario, funcionarios de la Administración Pública y del personal de apoyo adscrito³⁵² y sus decisiones, con categoría de acto administrativo *-resolución-*, pondrán fin a la vía administrativa³⁵³.

Conforme lo señalaba Guillén Caramés³⁵⁴ en vigencia del RD 636 de 1993, criterio que permanece vigente, las juntas arbitrales tienen una naturaleza jurídico-administrativa, en tanto se integran a la estructura de la organización territorial donde se crean, se componen de personal que hace parte de la función pública y algunas de sus decisiones son acto administrativo, sometidas al régimen general de la LPACAP. Esta posición es reiterada, en

³⁵¹ Señala la norma que, “Artículo 57. Sistema Arbitral del Consumo. 1. El Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito”.

³⁵² Artículo 7-1 del RD 231 de 2008.

³⁵³ Artículo 7-2 del RD 231 de 2008.

³⁵⁴ GUILLÉN CARAMÉS, J. *op. cit.*, pp. 378-379.

vigencia del DR231 de 2008, por Lara González³⁵⁵ quien, además de señalar la naturaleza jurídico-administrativa, y que carecen de personalidad jurídica distinta de la Administración a la que pertenecen, afirma que son órganos administrativos a quienes se les atribuyó la condición de instituciones arbitrales.

Ya en vigencia del RD 231 de 2008, Iboléon³⁵⁶ señala que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, en el sentido de que, las juntas arbitrales son órganos administrativos, se entiende que, si bien no es una potestad administrativa, en tanto no fue así definido por la ley, esa es la naturaleza de las juntas, aun cuando los trámites y las audiencias sean privadas.

El otro órgano del *Sistema Arbitral de Consumo*, es el Colegio Arbitral. Según el artículo 18-1 del RD 231 de 2008, el órgano arbitral, unipersonal o colegiado, es el competente para decidir sobre la solución al conflicto. Los árbitros podrán ser propuestos al presidente de la junta arbitral por la Administración del personal a su servicio, por las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el registro de asociaciones de consumidores y usuarios o que reúnan las condiciones para ser reconocidas como tales según la legislación autonómica que les resulte aplicable, por las organizaciones empresariales o profesionales legalmente constituidas y por las cámaras de comercio³⁵⁷.

Conforme al artículo 33-1 del RD 231 de 2008, y contrario a la presunción prevista en el artículo 34-1 de la LEA, el arbitraje de consumo será en equidad, salvo que las partes acuerden que sea en derecho. Como todo proceso de naturaleza judicial, el arbitraje de consumo se somete a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad³⁵⁸. Así mismo, como se exige a los jueces, los árbitros deben actuar

³⁵⁵ LARA GONZÁLEZ, R., en: AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, op. cit., p. 154.

³⁵⁶ IBOLEÓN, R., op. cit., p. 35-36.

³⁵⁷ Artículo 16-1 del RD 231 de 2008. RICHARD GONZÁLEZ, M. en: AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, op. cit., p. 122.

³⁵⁸ Artículo 41-1 del RD 231 de 2008.

independencia, imparcialidad y confidencialidad³⁵⁹. Frente a la decisión que pone fin al proceso arbitral de consumo, señala el artículo 48-1 que el proceso termina con un laudo, motivado, regido por las reglas de la LEA.

El funcionamiento del Colegio Arbitral, puede variar de unipersonal a colegiado³⁶⁰. Según el artículo 19 del RD 231 de 2008, será unipersonal cuando las partes así lo acuerden o cuando así lo decida el presidente de la Junta Arbitral, en aquellos casos en que la cuantía sea inferior a trescientos euros (300€) y siempre y cuando la falta de complejidad lo permita. Será colegiado en los demás casos, se compondrá de tres miembros: uno propuesto por la Administración quien lo presidirá, otro por las asociaciones de consumidores y usuarios y el último por las organizaciones empresariales o profesionales.

El procedimiento, según afirma Guillén Caramés³⁶¹, es de carácter bifásico, en tanto consta de dos etapas, una prearbitral o administrativa y una propiamente arbitral, con todas las etapas propias de un proceso arbitral³⁶². De este procedimiento, vale la pena hacer énfasis en las siguientes etapas o reglas procesales que confirman, en todo caso, que se trata de un proceso arbitral donde la Administración hace de institución arbitral, o arbitraje institucionalizado como lo llama Lara González³⁶³, sin perjuicio de la existencia de otras pautas a las que no se hace referencia por no ser necesarias a la luz del presente estudio.

Primero, regla sobre las formas de presentarse, previstas en el artículo 34 del RD 281 de 2008. Si la solicitud se presentare por escrito, o por vía electrónica, o por cualquier otro medio que

³⁵⁹ RICHARD GONZÁLEZ, M. en: AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, op. cit., p. 123.

³⁶⁰ RICHARD GONZÁLEZ, M. en: AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, op. cit., p. 121.

³⁶¹ GUILLÉN CARAMÉS, J. *op. cit.*, p. 380.

³⁶² Artículos 33 y siguientes del RD 231 de 2008.

³⁶³ LARA GONZÁLEZ, R., en: AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, op. cit., p.

permita tener constancia de la solicitud y de su autenticidad, tendrá que cumplir uso requisitos formales, relativos a la identificación plena de las partes; descripción de los hechos; si fuere del caso, copia del convenio arbitral; si existiera oferta pública de adhesión al arbitraje en derecho, la aceptación por parte del reclamante; l 155. as pruebas que se pretenda hacer valer; lugar, fecha y firma.

Segundo, un trámite de admisión/inadmisión, previsto en el artículo 35 del RD 231 de 2008. Según este precepto, además de las causales de inadmisión previstas en el artículo 2 del mismo estatuto³⁶⁴, se inadmitirá aquellas solicitudes que se consideren infundadas y aquellas en las que no se aprecie la afectación de los derechos de los consumidores. Dicha decisión pondrá fin a la vía administrativa o etapa prearbitral.

Frente a esta decisión, y frente a la admisión de la solicitud, procederá el recurso previsto en el artículo 36 siguiente, que se tramitará “ante la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo”, se garantizará la contradicción y se dictará la resolución.

Tercero, una etapa inicial de mediación, prevista en el artículo 38 del RD 231 de 2008. En dicha etapa, se prevé que, si no hubiere lugar a inadmisión, se intentará mediar entre las partes, salvo disposición expresa en contrario y cuando ya se hubiera intentado sin lograr resultado. La mediación se regirá por las normas de la materia a la que corresponda el conflicto, y se exigirá del

³⁶⁴ Dice la norma lo siguiente: “Artículo 2. Materias objeto de arbitraje de consumo. 1. Únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos a que se refiere el artículo 1.2 que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho. 2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”.

mediador, como si fuera un árbitro, su independencia, imparcialidad y confidencialidad.

Cuarto, la etapa de designación de árbitros y acumulación de procedimientos o inicio de la etapa propiamente arbitral, prevista en el artículo 39 del RD 231 de 2008. Según esta norma, una vez admitida la solicitud, se designará al árbitro o árbitros, según el caso, y se notificará a las partes de tal designación. Si el asunto fuere especializado, la designación deberá recaer en árbitros con experticia en el tema. Se habilita al presidente de la Junta Arbitral para acumular las solicitudes que se presenten frente a un mismo tema en los que concurra identidad de causa.

Quinto, una etapa de reconvención y modificación de pretensiones, según lo señala el artículo 43 del RD 231 de 2008. De conformidad con esta norma, en cualquier etapa, antes de la finalización de la audiencia, las partes podrán modificar y ampliar, tanto la solicitud como la contestación, procediendo incluso demanda de reconvención. Se prevé que, la reconvención no modifica la competencia, definida desde la admisión. Sin embargo, cuando la reconvención verse asuntos no susceptibles de arbitraje de consumo o sus pretensiones no tuvieran relación con las pretensiones de la solicitud, se inadmitirá, de todo lo cual se dará cuenta en el correspondiente laudo. Si se admitiera la reconvención, se correrá traslado al reclamante para los correspondientes alegatos.

Sexto, conforme al artículo 44 del RD 231 de 2008, la etapa propiamente de la audiencia. Las partes serán citadas con suficiente antelación a la audiencia, la cual se puede realizar en forma escrita u oral, con la presencia física de las partes o a través de videoconferencias u mecanismos electrónicos. Las partes presentarán sus pruebas y alegatos. De ella se levantará la correspondiente acta, que será firmada por el secretario del órgano arbitral.

Séptimo, las reglas sobre las pruebas, en los términos del artículo 45 del RD 231 de 2008. Las pruebas se pueden decretar de oficio o a solicitud de parte y se admitirán todos aquellos mecanismos que, mediante la reproducción de la palabra, el sonido, la imagen, y todos aquellos instrumentos que permitan la recolección de

información. Las partes serán notificadas con la debida antelación a la práctica de las pruebas, los gastos serán sufragados por quien las haya pedido o por mitad cuando sean comunes, salvo las que se decreten de oficio que serán costeadas por la Junta Arbitral de Consumo o por la Administración de la que dependa. Si se trata de arbitraje electrónico, la práctica presencial de la prueba se realizará por videoconferencia o cualquier otro medio que permita garantizar la comparecencia, identificación y comunicación de los participantes.

Octavo y último, lo concerniente a la terminación y expedición del laudo, reglas previstas en los artículos 47 a 49 del RD 231 de 2008. Frente a la adopción de decisiones colegiadas, si el tribunal se compone de tres árbitros se resolverá por mayoría simple. Si no existiere dicha mayoría, decidirá el presidente del órgano arbitral (Art. 47). El laudo, que será motivado, se regirá por las reglas de la LEA (Art. 48-1). Si durante el trámite del proceso se llegare a un acuerdo, salvo que exista razón para oponerse, se consignara en el laudo el cual llegaron las partes (Art. 48-2). Se dará por terminado el proceso, y así se consignará en el laudo, cuando el reclamante no concrete la pretensión, cuando las partes acuerden terminar las actuaciones y cuando el tribunal certifique no poder continuar con el proceso (Art. 48-3). Finalmente, frente al plazo, se prevé que se dictará en el término de seis meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento, el cual se podrá suspender, por un periodo no superior a un mes, por las causas previstas en el artículo 22 sobre abstención y recusación de los árbitros y en el artículo 38 para la mediación. Si hubiere conciliación total, el plazo para dictar el laudo será de quince días hábiles desde la suscripción del acuerdo.

El convenio arbitral³⁶⁵, podrá adoptar la forma de compromiso arbitral o de cláusula compromisoria, presentarse como una *oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo*, que no es otra cosa que el ofrecimiento que hacen las empresas y los profesionales ante la Junta Arbitral de llevar el litigo ante el

³⁶⁵ Artículo 24 del RD 231 de 2008.

arbitraje de consumo a través de una solicitud formal³⁶⁶ o por la mera presentación de la solicitud.

Según expresaba Guillén Caramés, en vigencia del RD 636 de 1993, criterio aplicable a la actual normatividad, el órgano arbitral o Colegio Arbitral tiene una naturaleza complicada, se caracteriza por la inestabilidad, en tanto su función cesa con la expedición del laudo y para cada caso se establece un nuevo tribunal arbitral³⁶⁷. Agrega que, no cabe equiparar el arbitraje de consumo con el arbitraje institucional, en razón a que las juntas arbitrales no responden a esa naturaleza, en los términos del artículo 14 de la LEA³⁶⁸. Finaliza diciendo que, se trata de un arbitraje administrativizado.

1.6 LA FUNCIÓN DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL A CARGO DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. EL CASO COLOMBIANO.

En el caso colombiano, no está prevista una actividad arbitral de la Administración, en la cual una entidad, de naturaleza administrativa, entre a resolver, un conflicto de naturaleza privada entre dos particulares, mediante un procedimiento que termine con un laudo, haga tránsito a cosa juzgada y sea susceptible del recurso de anulación, como sí sucede en España en el ámbito del derecho de consumidor.

Ello no quiere decir que, en el ámbito del consumo, específicamente, no existan derechos o mecanismos de protección de la ciudadanía, en la esfera de relaciones jurídicas entre una empresa o un profesional y un usuario o consumidor, en los cuales intervenga la Administración Pública, en calidad de

³⁶⁶ Artículo 25 del RD 231 de 2008.

³⁶⁷ GUILLÉN CARAMÉS, J. *op. cit.*, p. 379.

³⁶⁸ Dice el artículo 14 lo siguiente: “Artículo 14. Arbitraje institucional. 1. Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a: a) Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras. b) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales”. GUILLÉN CARAMÉS, J. *op. cit.*, p. 379.

tercero, para dar cumplimiento a las previsiones legales al respecto e imponer, de ser el caso, no solo medidas de reparación al afectado sino también sanciones al infractor.

Se trata, específicamente, de la función de inspección, vigilancia y control, a cargo de entidades públicas, del orden descentralizado por servicios, que reciben el nombre de superintendencias, adscritas o vinculadas a los ministerios con competencia en el mismo ramo, la cual tiene amplio sustento constitucional y opera en un ámbito amplio de temáticas.

1.6.1 Sustento constitucional.

La función de inspección, vigilancia y control, tiene sustento constitucional en diversas normas de la CP, las cuales se puede dividir en dos grandes grupos: primero, desde la perspectiva del derecho del ciudadano a la calidad del servicio y, segundo, desde la competencia-obligación de la Administración Pública de garantizar esos derechos por la vía de esta función, sin perjuicio de la existencia de mecanismos judiciales.

Respecto del primer grupo, el artículo 2 de la CP, prevé el fundamento axiológico, no solo de la protección al consumidor, sino de la garantía plena del abanico de derechos previstos en el sistema jurídico. Así, señala la norma que, son fines esenciales del Estado, entre otros, “*garantizar la efectividad de los principios*” y derechos, agregando, a renglón seguido que, corresponde a las autoridades de la República, la protección de los bienes, derechos y libertades de las personas residentes en Colombia, así como para asegurar que los particulares cumplan con sus deberes sociales.

Luego, el artículo 78 de la CP, en el Capítulo III sobre derechos colectivos y del ambiente, señala que, la ley regulará el control y la calidad de los bienes y servicios que se ofrezcan a la comunidad, así como la información que se ofrezca al público en su comercialización. Agrega que, habrá una responsabilidad especial de quienes, en las fases de producción y comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el aprovisionamiento adecuado. Termina señalando que, se garantizará la participación de las organizaciones de

consumidores y usuarios en el estudio de las decisiones que los afecten.

En el segundo grupo, están las normas orgánicas que, prevén la competencia general Estado y la competencia de la Administración Pública para intervenir en las relaciones de consumo entre particulares, así como las facultades que tiene para ello y los ámbitos en que se desarrolla.

En este sentido, que se podría denominar primer bloque sobre competencias generales, señala el artículo 333 de la CP que, la actividad económica supone responsabilidades, tiene una función social, opera dentro del bien común y está excluida cualquier posibilidad de abuso de la posición dominante. Enseguida, el artículo 334 de la CP, señala que la corresponde al Estado, por vía de la ley, intervenir en la utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados.

En un segundo bloque, están las normas que prevén de manera específica las competencias en materia de intervención, vigilancia y control. Así, en el artículo 150 de la CP, se prevé que, corresponde al Congreso de la República hacer las leyes, y por medio de ellas ejercerá las siguientes funciones, específicamente, en el numeral 8, se le asigna la competencia para expedir las normas a las que se debe sujetar el Gobierno para el ejercicio de la función de inspección y vigilancia.

Luego, en el artículo 189 de la CP, se enlistan las competencias que le corresponden el Presidente de la República como jefe de Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa. Así, en el numeral 21, se prevé esta función frente al servicio de enseñanza; en el numeral 22 frente a los servicios públicos; en el numeral 24 frente a las actividades “*financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público*”; y, en el numeral 26, frente a las instituciones de utilidad común, para que sus rentas se conserven y apliquen debidamente.

1.6.1.1 Definición

No existe, en la CP o en la legislación, definición alguna sobre lo que se entiende por función de inspección, vigilancia y control,

que sirva como guía y derrotero del análisis de esta función, o para delimitar el ámbito material de aplicación. Sin embargo, a partir de diversas normas que vinieron a reglamentar esta función en ámbitos específicos, la Corte Constitucional de Colombia estableció una definición que actúa como doctrina constitucional³⁶⁹, señaló que, siguiendo las voces de la RAE sobre el significado de los conceptos *inspección*, *vigilancia* y *control*, así como algunas normas que vinieron a reglamentar esta función en ámbitos específicos, se podría concluir que, se trata de la verificación que se realiza sobre un sujeto, entidad u órgano sometido a este régimen de control, sin que ello signifique la modificación del sujeto controlado³⁷⁰.

Luego, tras señalar los elementos característicos de esta función y que describió como (i) posibilidad de requerir información, (ii) realizar seguimiento y evaluación de actividades, (iii) ejercer control mediante la ordenación de correctivos, definió las funciones de inspección y vigilancia como mecanismos leven o intermedios de control, y el control en sentido estricto como la potestad de adoptar correctivos³⁷¹.

1.6.1.2 Regulación legal, alcance y procedimiento.

En el caso colombiano, la protección al consumidor, tiene su regulación en la Ley 1480 del 12 de octubre de 2011, “*Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*”, donde se prevé el ámbito de intervención del Estado en el tráfico comercial entre los productores y proveedores de bienes y servicios y los usuarios y consumidores, la cual se aplica en todos los sectores de la economía donde no

³⁶⁹ En el caso colombiano, conforme señala el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y la sentencia C-083 de 1995 de la Corte Constitucional, la doctrina constitucional o, jurisprudencia constitucional, es el señalamiento del alcance de las normas constitucionales y tiene carácter vinculante.

³⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia. SC-782, 2007.

³⁷¹ Corte Constitucional de Colombia. SC-570, 2012. Esta posición fue acogida por el Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: William Zambrano Cetina Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223)

haya regulación especial, o con carácter suplementario donde exista, tanto en el caso de productos nacionales como importados, con miras, en los términos del artículo 1 de la disposición, a “*proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos*”.

Este Estatuto consagra una vía denominada *acción de protección al consumidor*, que se puede adelantar, a prevención, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, o ante el juez competente, por el trámite del proceso verbal sumario, con ocasión de la *violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales*, en cualquiera de los sectores de la economía (Art. 58, EC). Las reglas para el trámite de esta acción, previstas en el artículo 58 del EC, son las siguientes:

Primero, existe una competencia a prevención, es decir, de quien conozca primero del asunto y, a pesar de la SIC una entidad de naturaleza administrativa, del orden descentralizado por servicios, puede sustituir al juez de única o primera instancia que fuera competente por razón de la cuantía o el territorio (Núm. 1).

Segundo, frente a la competencia judicial, también se admite que conozca el juez del lugar donde se comercializó o adquirió el producto o donde se realizó la relación de consumo. Si la SIC no tuviere oficina en cualquiera de los sitios que marcan la competencia, podrá delegar un funcionario o comisionar a un juez (Núm. 2).

Tercero, en lugar de convenio y demanda arbitral, como en el arbitraje de consumo español, se prevé la procedencia de una demanda, con el objeto de hacer valer la garantía, la cual se deberá presentar dentro del año siguiente a su expiración y, si la controversia es de naturaleza contractual, dentro del año siguiente a la terminación del contrato (Núm.3).

Cuarto, la demanda se puede presentar directamente o a través de apoderado judicial. Igualmente se permite a las ligas y asociaciones de consumidores constituidas conforme a la ley. Igual que en el trámite del arbitraje de consumo español, por

razones de economía procesal, la SIC puede decidir varios procesos en una sola audiencia. La solicitud debe contener los elementos propios de toda demanda, incluyendo el juramento estimatorio, en el cual sustenta el valor de las pretensiones reclamadas (Núm. 4).

Quinto, se requiere el agotamiento de una instancia previa de reclamación ante el productor o proveedor, la cual podrá hacerse por escrito, en forma verbal o por vía telefónica, y cumplir con unas condiciones previstas en el numeral 5, relativas a la forma y al trámite de la reclamación.

Sexto, la demanda deberá identificar plenamente al productor o proveedor. Si no contare con dicha información, deberá indicar a la SIC la mayor cantidad de información, como sitio de adquisición, direcciones, teléfonos y cualquier otro dato que permita su individualización y vinculación al proceso. En tal caso, la SIC hará las gestiones para la individualización. Si al cabo de dos meses no ha sido posible, se archivará el proceso sin perjuicio de que, posteriormente y antes de que opere la caducidad se vuelva a presentar la demanda con el cumplimiento de los requisitos, incluyendo la individualización del productor o proveedor (Núm. 6).

Séptimo, en la decisión de fondo, el juez competente o la SIC, resolverán las pretensiones las pretensiones, en derecho, pero de la forma “*más justa para las partes según lo probado en el proceso*”, pudiendo fallar *extra y ultra petita*, y emitirá las órdenes a que haya lugar, indicando las condiciones de tiempo, modo y lugar en que han de cumplirse (Núm. 9).

Octavo, si la decisión fuere favorable al consumidor, la SIC o el juez competente, impondrá al productor o proveedor, además de la condena, una multa de hasta 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes colombianos a favor de la SIC, y que se graduará dependiendo de las circunstancias tales como la gravedad del hecho, la reiteración de la conducta, la renuencia al cumplimiento de las obligaciones legales, entre otras circunstancias. No habrá lugar a la multa, si el proceso termina por “conciliación, transacción, desistimiento o cuando el demandado se allana a los hechos en la contestación de la demanda” (Núm. 10).

Noveno, en punto del proceso verbal sumario, cuyo trámite se aplica al trámite de *acción de protección al consumidor*, tanto si se adelanta ante la SIC como ante los jueces, se consagra en los artículos 391 y 392 de la Ley 1564 de 2012, “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”, las reglas aplicables, tanto al inicio como a la decisión.

En punto de la presentación de la demanda y de su contestación, señala el artículo 391 del CGP, se requiere que esta cumpla con los requisitos previstos de forma general en el artículo 82³⁷² del mismo estatuto, junto con los anexos a que hubiere lugar, según el artículo 84³⁷³. La demanda podrá presentarse verbalmente o por escrito. La contestación se hará dentro de los diez días siguientes a su notificación, igualmente, en forma verbal o escrita y en ellas se dejará constancia de las excepciones previas, las que se tramitarán como recurso de reposición contra el auto

³⁷² Artículo 82. Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos: 1. La designación del juez a quien se dirija. 2. El nombre y domicilio de las partes y, si no pueden comparecer por sí mismas, los de sus representantes legales. Se deberá indicar el número de identificación del demandante y de su representante y el de los demandados si se conoce. Tratándose de personas jurídicas o de patrimonios autónomos será el número de identificación tributaria (NIT). 3. El nombre del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso. 4. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. 5. Los hechos que le sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados. 6. La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte. 7. El juramento estimatorio, cuando sea necesario. 8. Los fundamentos de derecho. 9. La cuantía del proceso, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite. 10. El lugar, la dirección física y electrónica que tengan o estén obligados a llevar, donde las partes, sus representantes y el apoderado del demandante recibirán notificaciones personales. 11. Los demás que exija la ley.

³⁷³ Artículo 84. A la demanda debe acompañarse: 1. El poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por medio de apoderado. 2. La prueba de la existencia y representación de las partes y de la calidad en la que intervendrán en el proceso, en los términos del artículo 85. 3. Las pruebas extraprocesales y los documentos que se pretenda hacer valer y se encuentren en poder del demandante. 4. La prueba de pago del arancel judicial, cuando hubiere lugar. 5. Los demás que la ley exija.

admisorio. Si alguna prospera y da lugar a la terminación del proceso, se dará un plazo adicional para subsanar el defecto, so pena de revocar el auto admisorio.

Frente al trámite, señala el artículo 392 del CGP que, en firme el auto y vencido el término de traslado de la demanda, se citará a audiencia y se decretarán las pruebas a que haya lugar. En la audiencia, se practicarán las pruebas, se oír a las partes en sus alegatos y se tomará la decisión. En este proceso, no se admiten la reforma de la demanda, la acumulación de proceso, salvo en el caso de la SIC que los puede acumular, pero solo para tomar la decisión, ni la suspensión del proceso, salvo que sea de común acuerdo.

1.7 ¿SON SIMILARES EL PROCESO ARBITRAL DE CONSUMO DEL DERECHO ESPAÑOL Y LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL CASO COLOMBIANO?

Una vez realizado el análisis del arbitraje de consumo en el caso español, como objeto de la actividad arbitral de la Administración, y de la acción de protección al consumidor, en el caso colombiano, frente a la cual tienen competencia, tanto los jueces como la SIC, que es una entidad administrativa, del orden descentralizado por servicios, y cuyo procedimiento, en uno y otro caso, es el mismo del proceso verbal sumario previsto en el CGP, queda por señalar si, se trata de asuntos de similar naturaleza o si son cuestiones diferentes, a pesar de que en ambas se busca proteger al consumidor o usuario.

Lo primero que se debe señalar, frente al inicio del procedimiento, es que, en el arbitraje de consumo, se requiere de la existencia de un convenio arbitral, de una oferta pública de adhesión o de una aceptación de acudir al sistema arbitral, cuando no existiere una u otra. En decir, se parte del criterio de la voluntariedad, para dar curso al proceso arbitral. En el caso de la acción de protección al consumidor, se trata de una demanda judicial en estricto sentido, para lo cual no se requiere consentir con la otra parte, muy al contrario, puede hacerse contra su expresa voluntad.

En segundo lugar, las materias objeto de la cuestión. En el arbitraje de consumo, se requiere que sean materias de libre disposición para las partes, y que no correspondan a las exclusiones hechas por el artículo 2-2 del RD 23 de 2008³⁷⁴, en concordancia con el RDL 1 de 2007³⁷⁵. En el caso colombiano, como la acción de protección al consumidor, es una acción de naturaleza judicial, salvo las excepciones previstas en el inciso 1 del artículo 58 del EC³⁷⁶, se puede discutir sobre materia que no son de libre disposición de las partes.

En tercer lugar, la naturaleza del proceso. En el caso del arbitraje de consumo español, es de naturaleza *cuasi-jurisdiccional* o *para-jurisdiccional*, porque esa es la naturaleza del arbitraje en España, sin importar quien lo adelante. En el caso de la acción de protección al consumidor, es un trámite de naturaleza judicial, lo cual se deriva de lo siguiente: (a) se puede tramitar antes los jueces civiles y ante la SIC. En el caso de la SIC, conforme al

³⁷⁴ Artículo 2. Materias objeto de arbitraje de consumo. 1. Únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos a que se refiere el artículo 1.2 que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho. 2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

³⁷⁵ Artículo 57. Sistema Arbitral del Consumo. 1. El Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito.

³⁷⁶ Artículo 58. Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes reglas especiales.

artículo 116 de la CP, que permite asignar funciones jurisdiccionales a determinadas autoridades administrativas, queda claro que quien es un juez. (b) se tramita por las reglas del proceso verbal sumario, previsto en el CGP. (c) el trámite se hace conforme las reglas del CGP para cualquier demanda.

En cuarto lugar, en el arbitraje de consumo, existen una etapa prearbitral, un procedimiento bifásico y unas personas que sirven como árbitro, de una lista y por su especialidad. En el caso de la acción de protección al consumidor, si se adelanta ante la SIC, aunque ella es una autoridad administrativa, cumple funciones jurisdiccionales y, para el caso concreto, ostentará naturaleza jurisdiccional. El proceso le corresponderá a cualquier funcionario por un mero sistema de reparto. Lo mismo sucede en el caso de que se adelante ante los jueces civiles.

En quinto lugar, frente a los recursos judiciales, en el caso del arbitraje de consumo español, procede el recurso de anulación y de revisión contra al laudo arbitral. En el caso de la decisión que se adopta en la acción de protección al consumidor, por las razones señaladas anteriormente, es una providencia, la cual, por la naturaleza del proceso, es de única instancia, sin perjuicio de los recursos extraordinarios a que hubiere lugar.

En conclusión, se trata de procesos que, aunque tienen el mismo objeto de protección, cuentan con una naturaleza diferente. Pero, lo más importante, en uno y otro caso, no se puede catalogar como arbitraje en derecho administrativo, así, sea la Administración Pública la que resuelve el conflicto.

En el caso español, si bien la Administración sirve como institución arbitral, se trata de un mecanismo de facilitación al ciudadano para resolver las cuestiones que, muy seguramente por razón de la cuantía, no llevaría a los estrados judiciales, sin que deje de ser, por la autoridad que interviene en su resolución, un conflicto de derecho privado entre particulares.

En el caso colombiano, si el asunto se tramita ante la SIC, no aparece como institución arbitral sino como institución de naturaleza jurisdiccional, en atención a la función que cumple, sumado a que, igualmente, soluciona un conflicto de derecho

privado entre particulares, lo cual lo aleja, años luz, de ser catalogado como arbitraje en derecho administrativo.

1.8 EL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. ¿EXISTE UN ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA Y ESPAÑA?

Conviene preguntarse en este momento, y en forma anticipada al desarrollo de esta investigación, si efectivamente exista un arbitraje de Derecho administrativo que pueda ser materia de análisis comparativo entre Colombia y España. Dicha pregunta, que constituía un presupuesto lógico de la investigación, una pregunta que debió quedar respondida desde la formulación de un estado del arte que nos diera cuenta de la pertinencia del problema de investigación que se planteó, se vuelve a formular en este momento, por razones metodológicas, en razón a que de ella dependerá la delimitación que se hará en los capítulos II y III.

Sin embargo, como existen cuestiones que el estado del arte no puede resolver, aspectos que únicamente a partir del desarrollo de la investigación se pueden esclarecer, no se descarta la formulación de la pregunta en el curso de la investigación o, incluso, al final de esta. No se olvide que, una hipótesis que no se demuestra, es una hipótesis negativa que tiene validez científica como la tiene la hipótesis positiva.

Nuevamente, la respuesta anticipada a esta pregunta, anticipada porque la investigación no ha concluido, es que sí existe un arbitraje de derecho Administrativo, por una básica y muy sencilla razón: porque existen arbitrajes en los que siquiera una de las partes es la Administración Pública, orgánica o funcional, y en los que se discuten asuntos que, de ordinario, serían de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, los cuales se someten a las reglas propias del Derecho administrativo.

Sin embargo, los alcances del arbitraje pueden variar de uno a otro sistema, dependiendo de muchos factores, como la naturaleza misma del arbitraje; su regulación constitucional y legal; las potestades conferidas a los árbitros; el abanico más o menos amplio de materias que se excluyen de la jurisdicción arbitral, es decir, que no son de libre disposición de las partes; la

misma connotación que el concepto *libre disposición* puede tener respecto del arbitraje; la desconfianza hacia la propia institución arbitral; entre otras, son cuestiones que interfieren en el alcance del arbitraje y que hacen que la pregunta, acerca de si existe arbitraje, se formule ya no en términos formales de aceptación de la figura, sino en términos materiales de adjudicación de competencias.

La presente investigación, terminado el primer capítulo, concluye anticipadamente, que existe un *arbitraje de Derecho administrativo* en Colombia y España. Queda por resolver, en los capítulos II y III, desde una perspectiva comparada, cuáles son sus alcances, en materia sustantiva y procesal. En el ámbito sustantivo, la competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, frente a las materias que involucran el orden público, frente a la responsabilidad patrimonial de la Administración y frente a los contratos de la Administración. Lo segundo, específicamente, frente a la potestad de decretar y materializar medidas cautelares y frente a la posibilidad de declarar su propia competencia.

Antes de realizar tal análisis, ya en los temas particulares, resulta pertinente un análisis previo sobre los alcances generales, sobre la aceptación de la figura arbitral, como mecanismo alternativo de solución de conflictos en los que es parte la Administración Pública o un particular en ejercicio de funciones públicas, y el conflicto es de aquellos que son competencia de la jurisdicción contencioso-administrativo, es decir, sobre la existencia de un típico *arbitraje de Derecho administrativo*, tanto en Colombia como en España.

1.8.1 De la existencia de un *arbitraje de Derecho administrativo* en Colombia.

Se inicia afirmando, categóricamente, que en Colombia existe un *arbitraje de Derecho administrativo*, que si bien, tiene aún limitaciones que rayan con la naturaleza de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, constituye un gran avance en la consolidación de esta figura, y que tiene fuertes bases teóricas y normativas, un poco menos las jurisprudenciales, pero allí están presentes, para consolidar hacia el futuro un sistema en

el que se conjuguen todas las ventajas del arbitraje sin desconocer la exorbitancia propia de la naturaleza de la Administración.

Las razones que fundan la tesis de la existencia de un *arbitraje de Derecho administrativo* en Colombia, algunas ya expuestas en este primer capítulo, y otras de las que se hablará en los capítulos II y III, se puede sintetizar en este momento de la siguiente manera, sin perjuicio de que algunos argumentos no se señalen en este apartado, pero sí en otros apartados de esta investigación.

La primera premisa, es la aceptación del arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos de naturaleza judicial, es decir, la tesis de que el arbitraje es función judicial transitoria a cargo de particulares, conforme lo señala el artículo 116 de la CP cuando dice que, los particulares podrán ser investidos de la función de administrar justicia, en su condición de árbitros habilitados por las partes, para decidir en derecho o en equidad.

Lo primero sea señalar que, desde la teoría de los mecanismos de solución de conflictos, el arbitraje aparece, junto con la función judicial estatal, como un heteromecanismo, donde se delega en un tercero a solución de un conflicto³⁷⁷. Es decir, que proceso judicial y proceso arbitral tienen la misma naturaleza y arquitectura desde la teoría misma de los medios de solución de conflictos. Si no son tan diferentes en su origen, no tendrían por qué serlo en su desarrollo.

Lo segundo es que, según el artículo 116 de la CP, los particulares pueden ser investidos de la función pública de administrar justicia en su condición de árbitros, de suerte que, si la propia Constitución avala la actividad arbitral como actividad jurisdiccional transitoria, no existe, en principio, impedimento constitucional para conocer de conflictos en los que sea parte la Administración Pública. En otras palabras, conforme al principio hermenéutico de No distinción, donde no distingue el Constituyente no lo puede hacer ni el Legislador ni el intérprete.

³⁷⁷ RIFÁ SOLER, J. M., en: AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, op. cit., p. 31.

Y, si el Constituyente no hizo distinción alguna frente a la naturaleza del sujeto que se somete al arbitraje, no lo podría hacer ni el Legislador ni la jurisprudencia.

La segunda premisa, es que, de conformidad con el EANI, el *arbitraje de Derecho administrativo* tiene reglas claras y precisas. Así, la exigencia de que el arbitraje sea siempre en derecho, no siendo posible que la Administración concorra a un arbitraje en equidad³⁷⁸; la exigencia de que se trate de arbitraje institucional, no siendo posible arbitraje *ad-hoc*³⁷⁹; o la posibilidad de que la decisión que profiere el árbitro, y en la cual reconoce su propia competencia, prevalezca sobre la decisión del juez contencioso-administrativo, en el caso de un arbitraje de Derecho administrativo³⁸⁰; la aplicación irrestricta de ciertas reglas de procedimiento como, por ejemplo, las relativas a que el idioma del arbitraje sea el mismo que el idioma oficial del Estado y a que la sede del arbitraje esté geográficamente ubicada dentro de éste, por citar algunas.

La existencia de esta regulación del *arbitraje de Derecho administrativo*, deja sin piso la discusión acerca de si en Colombia existe o no un arbitraje de esta naturaleza. Tan cierto lo es que, si bien no existe un estatuto particular para el *arbitraje de Derecho administrativo*, y no tendría por qué existir, además de sujetarse a las reglas generales del arbitraje, tiene pautas específicas a las cuales se someten los árbitros al realizar su labor, el Consejo de Estado cuando conoce del recurso de anulación contra el laudo arbitral y la Corte Constitucional cuando conoce de la acción de tutela -el equivalente al recurso de amparo en el derecho español-, contra el laudo arbitral, por

³⁷⁸ En el caso colombiano, según lo dispone el inciso 4° del artículo 1° de la Ley 1563 de 2012. En el caso español, no existe dentro de la LEA una mención expresa a que, en los arbitrajes donde sea parte la Administración, éste sea en derecho o en equidad. La única mención cercana al respecto, se encuentra en el artículo 34-1 donde señala que, a falta de disposición expresa en contrario, se entenderá que el arbitraje es en derecho y no en equidad.

³⁷⁹ En el caso colombiano, así lo dispone el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1563 de 2012.

³⁸⁰ Así lo establece el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012.

incurrir en lo que la jurisprudencia colombiana denominó en un primer momento vía de hecho y que se hoy se conoce como causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, incluyendo los laudos arbitrales que tienen la misma naturaleza.

La tercera premisa, es la existencia de un recurso de anulación del laudo arbitral, sometido a reglas especiales, diferentes de las que aplican en la anulación de los laudos de derecho privado, no frente a las causales, que vienen a ser las mismas en uno y otro caso, ni frente al procedimiento sino frente a la competencia para conocer del mismo.

En el caso colombiano, señala el inciso 3 del 46 del EANI que, la competencia para conocer del recurso de anulación contra el laudo arbitral, está en cabeza de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado³⁸¹. Lo mismo señala el numeral 7 del artículo 104 del CPACA, cuando dice que, es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, conocer del recurso extraordinario de anulación contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a *contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado*.

La cuarta premisa, es la existencia de una línea jurisprudencial consolidada, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, la primera por vía de los pronunciamientos en materia de control abstracto de constitucionalidad sobre disposiciones que regulan los temas arbitrales en materia de Derecho administrativo, y en materia de control concreto cuando conoce, en vía de revisión eventual, de acciones de tutela que involucran arbitrajes de esta naturaleza. En el caso del Consejo de Estado, la

³⁸¹ A diferencia del caso español, donde hay una sala tercera de asuntos de lo contencioso-administrativo, integrante del Tribunal Supremo y de los tribunales superiores, en Colombia hay una jurisdicción contencioso-administrativa especializada, que conoce de los asuntos que involucran a la Administración Pública. Desde esa perspectiva, el Consejo de Estado, tribunal de cierre de esta jurisdicción, conoce, en su sección tercera, la misma que conoce de asuntos contractuales, de responsabilidad, agrarios y mineros, del recurso de anulación del laudo arbitral.

amplia jurisprudencia en materia de anulación de laudos arbitrales que a ella corresponden por involucrar entidades estatales.

Sobre este último tópico, no se hará mayor señalamiento, ya que, o en las líneas anteriores se hizo una detallada alusión a ellas, o se hará en los acápite. Por ahora basta con decir que, la jurisprudencia, como *derecho viviente*, ha contribuido en gran medida a delimitar el alcance del *arbitraje en Derecho administrativo colombiano*.

Por supuesto, existen materias que están excluidas de la competencia arbitral en el caso colombiano, se anticipa, relativas al orden público y al control de legalidad de los actos administrativos en los cuales se incorporen cláusulas exorbitantes en los procesos de contratación estatal. Pero también existen posibilidades, como la de pronunciarse sobre los efectos económicos de estos mismos actos, o pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos de carácter particular, que no involucren poderes exorbitantes. O de la declarar la nulidad de la cláusula compromisoria -principio *competence-competence*-, y la declaratoria de nulidad del contrato mismo. De ello se hablará en los capítulos II y III.

1.8.2 De la existencia de un arbitraje de Derecho administrativo en España.

Una afirmación inicial, será la de que en España existe un *arbitraje de Derecho administrativo*, ya que están dadas las condiciones normativas para que ello así ocurra, al margen de que, por la lectura que de éstas haga la jurisprudencia y la doctrina, se limite a tal medida el arbitraje cuando uno de los extremos es la Administración Pública, que se llegue a pensar que no existe tal figura.

La primera premisa para sustentar esta afirmación, está dada por tres circunstancias: la primera, en España se acepta la figura del arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de conflictos; la segunda, existe una Administración Pública, expresión del principio de separación de funciones, sometida a un régimen especial denominado Derecho administrativo; la tercera, existe un

juez natural de la Administración Pública, llamado juez de lo contencioso-administrativo, parte de la estructura judicial y con la competencia para conocer de los asuntos litigiosos que involucran a la Administración.

Este primer escenario, sería suficiente, en términos de la lógica jurídica, para aceptar la existencia de un arbitraje de Derecho administrativo, desde el silogismo según el cual, (a) premisa mayor: la Administración Pública somete -debe someter- sus diferencias a la decisión de un tercero, habilitado para solucionar un conflicto; (b) premisa menor: el arbitraje es un mecanismo donde se habilita un tercero para solucionar conflictos; (c) conclusión: la Administración somete -puede someter- sus diferencias al arbitraje para que sea un tercero el que soluciona su conflicto.

Se podría argumentar, y con toda razón, que de conformidad con el artículo 117-1 de la CE, “*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial,*” y, en consecuencia, al no estar expresamente incluidos dentro de la organización del poder judicial, no pueden los árbitros ser considerados competentes para administrar justicia en los casos particulares.

Dicho argumento, sin embargo, constituye una *petición de principio*, ya que incluye como conclusión, dentro de su premisa, que los árbitros no son jueces y no pueden, en consecuencia, administrar justicia. Aceptar tal conclusión, es negar la existencia del arbitraje y, por ende, termina siendo, en términos aristotélicos, una falacia material.

La segunda premisa, es la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24-1 de la CE, el cual prevé el derecho que tiene toda persona a “*obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*”.

Nuevamente, como lo afirma la doctrina³⁸² y lo sostuvo el Tribunal Constitucional³⁸³, ya que, en el arbitraje, (i) se

³⁸² BALLESTEROS PANIZO, *op. cit.*, p. 76

garantizan principios del debido proceso como los de audiencia, contradicción e igualdad, (ii) crean un título -laudo- de ejecución forzosa y, (iii) existen vías judiciales de anulación del laudo, es evidente que el arbitraje, lejos de significar una renuncia a la tutela judicial efectiva, es un mecanismo de garantía.

Quizá un obstáculo en el proceso de aceptación del arbitraje como función judicial transitoria a cargo de particulares, y no como “equivalente jurisdiccional”, tiene que ver con el alcance de los conceptos “juez”, “magistrado” y “poder judicial”, previstos en el artículo 117-1 de la CE, leídos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en un contexto muy diferente al actual.

Entender estos conceptos, desde una perspectiva puramente orgánica, lleva a la negación de la existencia del “*tribunal arbitral*”, y de la “*justicia arbitral*”, no como equivalentes jurisdiccionales, sino como nuevas expresiones de la función pública de administrar justicia.

El hecho de que, en el pasado, cuando se redactó la CE no se tuviera un desarrollo del arbitraje como se tiene hoy, no puede ser un obstáculo para que, desde una jurisprudencia evolutiva, se incluya la actividad arbitral, como administración de justicia desde un criterio material.

Cosa distinta es que, la evolución legal, doctrinal y jurisprudencial, se haya estancado en la perspectiva decimonónica de la separación de funciones, en la que, el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley, y es juez únicamente quien, de manera permanente, no transitoria ni ocasional, ejerce función jurisdiccional, por estar incluido en una estructura orgánica.

En conclusión, existen las condiciones para la existencia y el reconocimiento de un *arbitraje de Derecho administrativo* en España, por lo menos, desde un punto de vista formal, en tanto hay una Administración Pública, sometida a un Derecho administrativo y, hay un sistema arbitral, encargado de la

³⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 174 del 23 de noviembre de 1995.

solución de conflictos de naturaleza jurídica, con fundamento en el sistema jurídico vigente.

Queda por precisar en los capítulos siguientes, el alcance de las posibilidades del *arbitraje de Derecho administrativo* en España, las cuestiones que se pueden someter y las que no, a este mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el entendido que la mayor o menor amplitud de competencias puede, desde un punto de vista material, afirmar o negar su existencia.

Dicho en otras palabras, si, desde un punto de vista sustancial, esto es, de las materias que se pueden someter al arbitraje o, si desde el punto de vista dogmático actual, no se permite el sometimiento de la Administración Pública a un *arbitraje de Derecho administrativo*, es decir, si existe un miedo al *arbitraje de Derecho administrativo*, su no aceptación, a pesar de estar dadas las condiciones normativas para éste, se puede traducir en la negación de su existencia.

2. **CAPÍTULO II. ALCANCES SUSTANTIVOS DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

Corresponde en este acápite, abordar la cuestión de la arbitrabilidad en el Derecho administrativo colombiano y español. Es decir, la cuestión relativa a los asuntos, materias o pretensiones que pueden ser objeto de arbitraje y en los que se involucra como extremo a la Administración Pública, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional.

Dicha cuestión, relativa a los límites del arbitraje, tanto frente a los asuntos de los que puede conocer, en razón a que existen cuestiones que no admiten pronunciamiento arbitral, como a las decisiones que puede adoptar, en la medida en que hay restricciones a la autonomía de los árbitros en la escogencia de las normas a aplicar y de las órdenes a dar, puede no partir de consensos, en la medida en que, o no existe regulación legal, o no existe pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales de cierre, encargados de sentar doctrina al respecto, en cuyo caso, será la doctrina, dispar por lo general, la llamada a dar orientaciones al respecto.

En otras ocasiones, la indeterminación de algún concepto jurídico, como el de *orden público*, llevará a la enunciación teórica, abstracta del criterio, pero no permitirá comprender su dogmática, más allá de una mera enunciación de casos o experiencias que, en modo alguno, tienen la virtualidad de agotar su significado.

Aun así, sin afirmar la existencia de una situación de caos, producto de la ausencia de elementos definitorios consolidados, se espera que, al final, existan algunos consensos en punto de los alcances sustantivos del arbitraje de Derecho administrativo colombiano y español.

2.1 EL ARBITRAJE RESPECTO DEL ORDEN PÚBLICO.

El concepto de orden público³⁸⁴ es, como muchos otros en las ciencias sociales, un *concepto jurídico indeterminado*³⁸⁵, es decir, un concepto que, en la medida que no tiene un significado preciso, corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia construir su significación³⁸⁶, de suerte que, abordar el orden público como límite en el arbitraje exige de un acercamiento, teórico y dogmático a la noción, que sin llegar necesariamente a consensos definitivos, permita establecer un código de lenguaje básico para la discusión.

La importancia del concepto de orden público radica en que, tanto en el arbitraje de Derecho administrativo colombiano como español, constituye un límite a la autonomía del arbitraje, no sólo desde el punto de vista procesal, sino también, y de allí su capital importancia, desde el punto de vista sustantivo. Además, como lo afirmara Caprase³⁸⁷, la clasificación de las normas que son de orden público, es decir, de normas que no admiten derogación alguna, es una labor que corresponde a la jurisdicción de cada Estado.

En el caso colombiano, el EANI no prevé que el orden público constituya una limitación al arbitraje, como sí lo hace la LEA en punto de las causales de anulación³⁸⁸. Inclusive, si se aborda la discusión, por fuera del contexto de dichas causales, se verá que, en el caso colombiano, las únicas limitaciones expresas, están

³⁸⁴ En tan sentido, ALCUBILLA, E. A., En: *La noción de orden público en el constitucionalismo español*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 218.

³⁸⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Murcia. Núm. 2 de 2012. 28 de junio de 2012. AC 2012, 848. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cantabria. Núm. 4 de 2013. 23 de septiembre de 2013. AC 2013, 1864.

³⁸⁶ ARA PINILLA, I., *Op. Cit.*, N° 21. pp. 107-124, 2014, p. 112.

³⁸⁷ CAPRASE, O., “Arbitraje y orden público europeo”, en: LOQUIN, E., MANCIAUX, S., (dir), *El orden público y el arbitraje*, Universidad del Rosario, 2015, p. 117.

³⁸⁸ El artículo 41 señala que: “1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: (...) f) Que el laudo es contrario al orden público”.

relacionadas con la participación en el arbitraje de entidades públicas o de particulares en ejercicio de funciones públicas, si la discusión es relativa a la “*celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales*”, incluyendo la revisión de sus consecuencias económicas, caso en el cual, las reglas de procedimiento deben ser las previstas en la ley para el arbitraje institucional y el laudo debe ser en derecho³⁸⁹.

Sin embargo, lo anterior sirvió de fundamento para que la Corte Constitucional³⁹⁰, señalara que: (i) las reglas de procedimiento arbitral, prevista en la ley, son de orden público y, por ende, excluidas del principio de voluntariedad que caracteriza al arbitraje. (ii) las normas de asignación de competencias son de orden público y, en consecuencia, no pueden ser desconocidas por la jurisdicción arbitral³⁹¹. (iii) Ciertas normas, por ejemplo, las que guardan relación con el poder coactivo, son de orden público y no se pueden trasladar a la jurisdicción arbitral³⁹².

En resumen, que los árbitros, como particulares investidos de manera transitoria de la facultad de administrar justicia conforme al artículo 116 de la CP, no se pueden pronunciar sobre asuntos que involucren el orden público, por estar tácitamente excluidos de su competencia³⁹³.

En el caso español, se reitera, en virtud de lo previsto en el literal *f* del artículo 41 de la LEA que prevé la violación del orden

³⁸⁹ Así lo señalan los artículos 1º y 2º del EANI.

³⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia. ST-140, 2014. Señaló en aquella oportunidad que, “A partir de la vigencia del mencionado cuerpo normativo, se ha entendido que el arbitraje institucional puede tener sus reglas propias (es decir, distintas de aquellas previstas para el arbitraje legal), las cuales, sin embargo, deben respetar el carácter de normatividad de orden público de naturaleza procedimental”. En el mismo sentido, Corte Constitucional de Colombia, SC-713, 2008.

³⁹¹ Corte Constitucional de Colombia. ST-057, 1995.

³⁹² *Ibíd.*

³⁹³ Corte Constitucional de Colombia. SC-1436, 2000. Reiterada por la Corte Constitucional en la SU-174, 2007 y en la SC-045, 2017.

público como causal de anulación, este concepto adquiere una enorme importancia, de pronto más que en el caso colombiano donde su reconocimiento como límite del arbitraje vino de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y no de la expresa regulación legislativa.

De este modo, en virtud de la incorporación del *orden público* como límite al principio de voluntariedad, se precisa un acercamiento teórico y dogmático a su significado, que sirva como instrumento de lenguaje para fijar los alcances del arbitraje, en general, y del arbitraje, de Derecho administrativo, en particular, tanto en el derecho colombiano como español.

2.1.1 Acerca de la noción de orden público en el constitucionalismo colombiano y español.

Sin perjuicio de la existencia de otras clasificaciones, que se abordarán más adelante, se puede partir de una clasificación binaria de la noción *orden público*: el orden público como seguridad ciudadana, como situación de garantía del ejercicio de las libertades y el orden público como institución. Quizá la primera de las acepciones, la de *orden público* como seguridad, sea la que primero viene a la retina de los hablantes cuando se le usa.

Así, por ejemplo, en la Constitución colombiana, el numeral 4 del artículo 189, en punto de las competencias del Presidente de la República, señala la potestad-obligación de conservar el orden público en todo el territorio, como una competencia propia de la jefatura de gobierno, si es el orden público interno, y de una competencia derivada de la jefatura de Estado si su alteración proviene de las relaciones con otros Estados.

Por su parte, en el artículo 213 sobre estado de conmoción interior, y en el artículo 214 sobre disposiciones generales a los estados de excepción, se fijan ciertas reglas sobre recuperación del orden público, relativas a las competencias del ejecutivo, al contenido de los decretos que se expiden para conjurar la crisis, a las garantías que se no pueden suspender y al control constitucional sobre las actuaciones del Gobierno.

En el numeral 6 del artículo 251, como expresión del principio de colaboración armónica, se fija la obligación permanente e incondicional que tiene el Fiscal General de la Nación de informar el Gobierno sobre investigaciones que esté adelantando y que involucren el orden público.

En el artículo 296, y en virtud del carácter unitario del Estado, se establece la prevalencia de las órdenes del Presidente sobre las órdenes de los gobernadores y los alcaldes, en materia de órdenes dirigidas a la conservación del orden público, por citar solo algunos ejemplos.

En el Código Civil colombiano, la noción *orden público* es de uso recurrente, por lo general, acompañada de conceptos como el de moral y el de buenas costumbres. Así, el artículo 16 prohíbe la derogación, mediante convenio, de las leyes que involucren el orden público. En el artículo 937, se autoriza la constitución de servidumbres, siempre que no se altere el orden público. En el artículo 1518, sobre requisitos en los objetos de las obligaciones, señala que objeto moralmente imposible es aquel contrario al orden público. En el mismo sentido, en el artículo 1524, señala que es causa ilícita la contraria al orden público. En el artículo 1532, sobre obligaciones condicionales, precisa que condición ilícita es aquella contraria al orden público.

Por su parte, múltiples normas se han expedido para la garantía del orden público, algunas de carácter transitorio, como las que surgen con base en los estados de excepción³⁹⁴, como el Decreto No. 1311 de julio 26 de 1996 “*Por el cual se dictan medidas tendientes a la preservación del orden público*”, por citar sólo un ejemplo, y que buscaba enfrentar las alteraciones a la seguridad ciudadana que en dicho momento sufría el país, y otras de carácter permanente, como la Ley 418 de 1997, conocida en su momento como ley de orden público, y que estaba dirigida, en esencia, a dotar al Presidente de la República de competencias

³⁹⁴ Conforme a los artículos 212, 213 y 2014 de la CP, son tres los estados de excepción que se pueden declarar en el Estado colombiano: conmoción interior, guerra exterior y emergencia económica, social y ecológica.

para adelantar diálogos con un grupo insurgente, con miras a garantizar el orden público.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional es igualmente copiosa a ese respecto. En efecto, en uno de muchos pronunciamientos, definió el orden público como “*las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben existir en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad*”³⁹⁵, criterio que complementó cuando señaló que, el orden público, lleva consigo la obligación de mantener las condiciones para la convivencia y el desarrollo de los miembros de la comunidad³⁹⁶.

El caso español podría no ser muy diferente. Cuando se aborda la noción de orden público en el constitucionalismo español³⁹⁷, se encuentra una marcada tendencia a relacionar esta noción con la seguridad ciudadana, ejercicio y restricciones de las libertades y poderes de policía del Ejecutivo.

En este sentido, Delgado Aguado³⁹⁸ relaciona orden público con condición social para el ejercicio de las libertades, con tranquilidad pública, con ausencia de situaciones que afecten la vida social, con acatamiento de normas por parte del poder público y de los particulares.

Inclusive, como señala Iglesias Machado³⁹⁹, la distinción entre seguridad ciudadana y orden público o seguridad pública como

³⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia. SU-476, 1997. Un muy profundo análisis sobre el concepto de orden público como seguridad ciudadana en Corte Constitucional de Colombia, SC-1058, 2003.

³⁹⁶ Corte Constitucional de Colombia. ST-113, 2001. En el mismo sentido, Corte Constitucional de Colombia, SC-1007, 2002; ST-772, 2003; SC-825, 2004; SC-1037, 2010, entre otras.

³⁹⁷ AA.VV., *La noción de orden público en el constitucionalismo español*, Madrid, Dykinson, 2011.

³⁹⁸ DELGADO AGUADO, J., En: *La noción de orden público en el constitucionalismo español*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 22-23.

³⁹⁹ IGLESIAS MACHADO, S., En: *La noción de orden público en el constitucionalismo español*, Madrid, Dykinson, 2011, pp. 91.

también la llama, podría no ser muy clara y, en todo caso, dice, no está bien definida ni por la legislación ni por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Desde el punto de vista normativo, diversas constituciones y leyes españolas consagraron el concepto de orden público como sinónimo de restricción al ejercicio de libertades ciudadanas y poder de policía⁴⁰⁰. Así, por ejemplo, en la Constitución de 1978, que por cierto intentó reducir el concepto de orden público como facultad de restricción al ejercicio de las libertades, éste aparece en el artículo 16 donde se garantiza la libertad religiosa y de cultos, así como sus manifestaciones, siempre que no sean contrarias al orden público y, el artículo 21-2, donde se garantiza el derecho de reunión pacífica y se prevé como única limitación las fundadas amenazas al orden público.

De la misma manera, diversas normas de rango legal abordaron la cuestión y relacionaron el concepto de orden público con el de seguridad pública o seguridad ciudadana. A guisa de ejemplo, la ley contra la seguridad del Estado de 1941, la ley de orden público de 1959, las normas penitenciarias y las normas penales partieron de dicha sinonimia.

Por su parte, el Código Civil español, alude en algo así como cinco ocasiones a la noción de orden público, unas veces desde la perspectiva de la seguridad pública o ciudadana y otras, por supuesto, desde la noción de orden público como institución jurídica.

En tal sentido, los artículos 6-2⁴⁰¹ y 21-2⁴⁰² aluden a la noción de orden público como situación de convivencia, de seguridad

⁴⁰⁰ Un excelente análisis histórico normativo del concepto orden público como restricción al ejercicio de las libertades en IGLESIAS MACHADO, S., *op. cit.*

⁴⁰¹ El artículo señala que: “2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”.

⁴⁰² El artículo señala que: “2. La nacionalidad española también se adquiere por residencia en España, en las condiciones que señala el artículo siguiente y mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional”.

pública, de garantía de las libertades ciudadanas, es decir, de ausencia de desorden o, como lo llama Alcubilla⁴⁰³, un concepto vinculado a la actividad de policía que tiende a la intervención en las libertades de los ciudadanos. Por su parte, los artículos 1-3⁴⁰⁴, 12-3⁴⁰⁵ y 1255⁴⁰⁶ hacen referencia al orden público como institución dentro del sistema jurídico.

Sin embargo, todas estas referencias son del orden público como seguridad pública, seguridad ciudadana, restricción al ejercicio de las libertades, poder de policía, y no al orden público como institución abstracta, indeterminada, que limita la autonomía de la voluntad en términos generales, y el arbitraje en términos particulares.

Para De la Fuente⁴⁰⁷, en un profundo estudio sobre la noción *orden público*, éste no sólo es un concepto jurídico indeterminado, sino que, como límite infranqueable de la autonomía, él mismo presenta una ambigüedad conceptual.

Según De la Fuente⁴⁰⁸, la noción *orden público* se puede analizar desde una perspectiva histórica o del cómo se le ha entendido, caso en el cual orden público estará relacionado con el derecho público, como ocurrió en el derecho romano; con la voluntad del Legislador, de allí la noción *ley de orden público*; o desde una perspectiva actual, como doctrina de organización social, y doctrina de interés general.

⁴⁰³ ALCUBILLA, E. A., op. cit., p. 222.

⁴⁰⁴ El artículo señala que: “3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada”.

⁴⁰⁵ El artículo señala que: “3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

⁴⁰⁶ El artículo 1255 señala que: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

⁴⁰⁷ DE LA FUENTE, H. H., *Orden público*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.

⁴⁰⁸ DE LA FUENTE, H. H., op. cit., pp. 10 y s.s.

Para De la Fuente⁴⁰⁹, y de allí la importancia de su análisis, el *orden público* se puede ver como institución y como objeto, clasificación que, por compartirse en su integridad, se asumirá en esta investigación, aunque, se anticipa, en poco contribuye a la solución de casos concretos.

Desde el punto de vista del objeto, es decir, de lo que en sentido estricto no es *orden público*, aunque generalmente se tome como tal, éste, el *orden público-objeto*, es un elemento de naturaleza instrumental, es la materia específica protegida, generalmente expresada a través de *leyes de naturaleza imperativa*, los denominados *principios fundamentales*, o de situaciones específicas representativas de *intereses generales de la sociedad*⁴¹⁰ y la consecuente nulidad absoluta de los actos infractores⁴¹¹.

En todo caso, la noción *leyes de orden público*, en contraposición a las leyes que no lo son, así como la noción *intereses generales*, en oposición a los intereses particulares, son nociones que se construyen, caso a caso, por el legislador y por los jueces. En consecuencia, la conceptualización del *orden público-objeto*, será abstracta y, serán los árbitros, al tomar la decisión, y los jueces, al conocer del recurso de anulación, los que dirán si, en dicho caso, se desconoció el orden público como límite abstracto del arbitraje⁴¹².

Desde el punto de vista del orden público como institución⁴¹³, es decir, orden público en sentido estricto, es la figura de la cual se vale el ordenamiento jurídico, para garantizar la primacía de los intereses generales, a través de la limitación a la autonomía de la voluntad, limitación que asume la diversidad de formas a las cuales se aludió en el orden público-objeto.

⁴⁰⁹ DE LA FUENTE, H. H., op. cit., pp. 15 y s.s.

⁴¹⁰ op. cit. p. 16, 19.

⁴¹¹ op. cit. p. 23.

⁴¹² op. cit. p. 22.

⁴¹³ op. cit. p. 23.

Retomando la noción *orden público-objeto*, quizá la más recurrente, conviene un acercamiento con la expresión más cercana, aquella con la que, precisamente, se suele confundir el orden público y que evidencia con mayor rigor los límites del arbitraje de Derecho administrativo.

Dicha expresión, por supuesto, es la noción *ley de orden público*⁴¹⁴. Retomando lo dicho líneas atrás, en punto de que, cuando se hable de orden público, no se hará referencia a la seguridad ciudadana, se deja en claro que, cualquier referencia que se haga a las leyes de orden público, será desde la perspectiva de lo indisponible⁴¹⁵ o de garantía del interés general.

Precisamente, los artículos 16 del Código Civil colombiano y 6-2 y 6-3 del Código Civil español, hacen referencia a la ineficacia de las convenciones particulares que pretendan dejar sin efectos leyes de orden público. En el caso colombiano, señala la norma que, no se podrá derogar, mediante convenio particular, las leyes que involucren el orden público; en el caso español, el artículo 6-2 señala que, la exclusión voluntaria de la ley, sólo es válida en cuanto no contraríe el orden público. Por su parte, el artículo 6-3 establece que, los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas, son nulas de pleno derecho.

Quiere decir lo anterior que, entre norma *imperativa* -o prohibitiva, para el caso es lo mismo, en tanto prescribe en términos absolutos- y norma de *orden público* existe una mutua dependencia en la que, siendo el orden público la causa, la imperatividad es el efecto. Y, en todo caso, la ley es garantía del interés general, de allí que se predique su indisponibilidad.

⁴¹⁴ Por supuesto, se habla de ley desde la Escuela dualista alemana, que admite la distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material, en cuyo caso, el concepto ley de orden público es contemplativo del orden constitucional, imperativo por antonomasia.

⁴¹⁵ Por ejemplo, señaló la Corte Constitucional de Colombia que, no pueden las normas sobre arbitraje ampliar la competencia a asuntos que “*trascienden la capacidad de disposición de las partes*”. Corte Constitucional de Colombia. ST-057, 1995.

Correlativo del carácter imperativo de la norma, está el de irrenunciable o indisponible del derecho u objeto regulado de la norma. Quiere decir que, lo que la norma imperativa manda, ordena o prohíbe, queda por fuera del patrimonio del sujeto al cual se dirige de suerte que, al no tener éste disposición sobre ello, no puede, ni el sujeto, ni el juez ni el árbitro entrar a desconocer.

Es aquí donde la noción *orden público* viene a evidenciar la diferencia, tan solo enunciada anteriormente, entre asuntos que ni siquiera se pueden someter al arbitraje, por ejemplo, porque involucran la Soberanía nacional, o elementos clave de la separación de funciones como la competencia del Legislador para la expedición de la ley, o el control jurisdiccional de la Constitución en cabeza de un órgano judicial estatal, de asuntos que, pese a que se rigen por normas imperativas, simplemente limitan la autonomía arbitral, en cuyo caso el árbitro, así sea en equidad, está en la obligación de dar correcta aplicación a la norma.

En el primer caso, la noción *orden público-institución* releva al tribunal arbitral, tanto en asuntos de derecho público como de derecho privado, de la posibilidad de conocer del asunto o materia, en tanto la pretensión, sin importar la norma que rija, es de conocimiento exclusivo de la jurisdicción estatal.

Por ejemplo, en el caso colombiano, está prohibido, en términos absolutos, el arbitraje respecto de actos administrativos dictados en ejercicio de poderes exorbitantes durante el desarrollo de un contrato estatal. También está prohibido el arbitraje, por ejemplo, para determinar la constitucionalidad de una ley o la legalidad de un acto administrativo de carácter general.

En el segundo caso, y desde la perspectiva del *orden público-objeto*, aunque el árbitro se puede pronunciar, debe acoger la ley que se considera aplicable al caso concreto, y darle la interpretación que constitucionalmente se considere legítima, sin que pueda esgrimir su autonomía en la escogencia de la fuente de derecho aplicable para salirse de dicho escenario.

Por ejemplo, y de nuevo en la experiencia colombiana, si la Corte Constitucional determina que una ley se ajusta a la Constitución Política, si se señala el único ámbito de aplicación posible a través de una sentencia interpretativa, no puede el tribunal arbitral, tanto en temas de derecho público como de derecho privado, por contrariar el orden público, dar una interpretación diferente.

Finalmente, el orden público admite una clasificación según su intensidad en orden público relativo y orden público absoluto. Será orden público relativo, cuando se esté frente a una norma de carácter imperativo o frente a un derecho irrenunciable. Será orden público absoluto cuando estas situaciones concurren⁴¹⁶.

En el caso español, precisamente, la jurisprudencia viene señalando que, inclusive en el caso del arbitraje en equidad, los árbitros no pueden actuar contra normas imperativas o de orden público⁴¹⁷, lo que quiere decir que, el asunto es susceptible de decisión arbitral pero el árbitro debe actuar conforme al orden público normativo.

En conclusión, cuando el sistema jurídico colombiano, a través de la jurisprudencia constitucional⁴¹⁸, o el sistema jurídico español, artículo 41-1 de la LEA, señalan el orden público como límite del arbitraje, tanto de derecho público como de derecho privado, están señalando una doble prohibición:

Primero, la de someter asuntos a arbitraje cuando ello está excluido de la jurisdicción arbitral, en cuyo caso no se dirá que la actuación arbitral o que el laudo es nulo por ser contrario al orden público, elemento irrenunciable en el tráfico jurídico, sino por una razón diferente.

En este caso, la nulidad del laudo no será consecuencia de su contrariedad con el orden público, bien podría ser una perfecta

⁴¹⁶ DE LA FUENTE, H. H., op. cit., pp. 85 y s.s.

⁴¹⁷ Auto de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 182, 2011. 23 de septiembre de 2011. JUR 2011, 388137.

⁴¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. SC-1436, 2000. Reiterada por la Corte Constitucional en la SU-174, 2007 y en la SC-045, 2017.

expresión de su garantía, sino por la invasión de un espacio que, por ser de orden público, está por fuera de la competencia arbitral. Es decir, no se necesita que la decisión sea *praeter* orden público, o *contra* orden público. Aun siendo *secundum* orden público, la decisión es nula por estar la discusión fuera de su competencia.

Segundo, la de contrariar normas de carácter imperativo, de contenido obligatorio, es decir, normas de orden público, representativas del interés general, al adoptar la decisión final, aun cuando la cuestión esté dentro del ámbito de disponibilidad de las partes.

En este caso, el asunto es susceptible de ser sometido a la jurisdicción arbitral, pero el árbitro no es libre de fallar en el sentido que mejor le parezca, ni siquiera en el arbitraje en equidad, sino que la decisión debe ser coherente con el contenido de la disposición que le sirve de fundamento.

Es, desde esta perspectiva binaria, que el orden público se erige como límite en el arbitraje de Derecho administrativo, tanto colombiano como español. Por supuesto, la casuística de uno y otro supuesto, por la complejidad de las relaciones jurídico-sociales, por lo cambiante de los fenómenos sociales, supera el ámbito de la presente investigación.

Será la experiencia, legislativa y judicial, así como el aporte de la doctrina, a partir de los casos que se presenten, la que construya una dogmática adecuada en cada uno de los sistemas jurídicos, y precise los asuntos que se inscriben en una u otra prohibición.

Ya, en punto del orden público como límite en el arbitraje de Derecho administrativo, hay que reconocer que la jurisprudencia española tiene una enorme ventaja frente a la colombiana que poco o nada se ha pronunciado al respecto. Un breve repaso a la misma, mostrará los fundamentos de tal afirmación.

Así, frente a su definición, además de reconocer la jurisprudencia que se trata de un *concepto jurídico indeterminado*⁴¹⁹, señala diversos elementos de naturaleza dogmática, mediante los cuales se edifica su contenido. Veamos.

Primero, es un concepto “*variable, elástico y flexible*”, que se construirá de manera diferente en cada país⁴²⁰. Inclusive, conforme lo señaló el Tribunal Constitucional⁴²¹, los derechos y libertades que constituyen el orden público, solo se aplican allí donde el foro tiene soberanía.

De este modo, aunque existan rasgos comunes, en cada sistema jurídico, corresponderá a sus jueces, de acuerdo con el contexto histórico, señalar lo que se entiende por orden público, sin vaciar de contenido las competencias arbitrales a pretexto del mismo.

Segundo, es una definición que se construye a partir de sus elementos. Así, el orden público es o se compone, para el caso viene a ser lo mismo, de principios de naturaleza jurídica, públicos y privados, de orden político, económico, moral y religioso, absolutamente necesarios para la conservación de una

⁴¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Murcia. Núm. 2 de 2012. 28 de junio de 2012. AC 2012, 848. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cantabria. Núm. 4 de 2013. 23 de septiembre de 2013. AC 2013, 1864.

⁴²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Murcia. Núm. 2 de 2012. 28 de junio de 2012. AC 2012, 848. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Murcia. Núm. 2, 2012. 19 de diciembre de 2012. AC 2013, 1704.

⁴²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 43 de 15 de abril de 1986.

sociedad en un contexto histórico preciso⁴²², las que, por la misma razón, resultan inderogables⁴²³.

Como elemento adicional, en diversos pronunciamientos, agrega la jurisprudencia que dichos principios son de rango o naturaleza constitucional, con lo cual pareciera, por momentos, que dicha jerarquización es *conditio sine que non* de su configuración como de orden público⁴²⁴.

Incluso, llegó a afirmar la jurisprudencia que, en el caso de normas imperativas, ellas hacen parte del concepto orden público, siempre y cuando sea de rango constitucional, con lo cual, las normas imperativas de rango legal -o comunitario, se agrega-, no serían de orden público⁴²⁵.

Tercero, el *orden público* es de dos clases: sustantivo o material y adjetivo o procesal. Desde el punto de vista sustantivo, el orden público es un conjunto de principios jurídicos⁴²⁶, públicos y

⁴²² Sentencia de Audiencia Provincial. Málaga. Núm. 671 de 2006. 13 de diciembre de 2006. JUR 2007, 180568. Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 23 de 2009. 23 de diciembre de 2009. JUR 2009, 181181. Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 410 de 2010. 30 de septiembre de 2010. JUR 2011, 24596. Sentencia de Audiencia Provincial. Valencia. Núm. 706 de 2010. 20 de diciembre de 2010. AC 2011, 746. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Murcia. Núm. 2 de 2012. 28 de junio de 2012. AC 2012, 848. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Murcia. Núm. 2, 2012. 19 de diciembre de 2012. AC 2013, 1704.

⁴²³ Sentencia de Audiencia Provincial. Islas Baleares. Núm. 34 de 2008. 28 de enero de 2008. JUR 2008, 208430. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Madrid. Núm. 45 de 2013. 26 de junio de 2013. AC 2013, 1722.

⁴²⁴ Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 14 de 2012. 27 de enero de 2012. AC 2012, 634. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Madrid. Núm. 45 de 2013. 26 de junio de 2013. AC 2013, 1722. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Murcia. Núm. 2 de 2012. 28 de junio de 2012. AC 2012, 848.

⁴²⁵ Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 24. 22 de enero de 2009. AC 2009, 661. Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 410 de 2010. 30 de septiembre de 2010. JUR 2011, 24596.

⁴²⁶ Así lo entiende la doctrina cuando señala que, el orden público es un conjunto de principios, que sirve como núcleo fundamental de criterios

privados, contentivos de derechos fundamentales y libertades de naturaleza constitucional, obligatorios⁴²⁷ que, en todo caso, no se limitan al derecho español en estricto sentido, sino que incluyen garantías previstas en el derecho comunitario europeo⁴²⁸.

Desde el punto de vista procesal, el *orden público* se liga directamente al principio de tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24 de la CE. En este sentido, se compone de las reglas de procedimiento, de las formas procesales, del derecho de defensa, en los términos previstos en el sistema constitucional. En últimas, todo el abanico que se desprende de los derechos de defensa, audiencia y contradicción, en otras palabras, el derecho al debido proceso⁴²⁹.

Dicha postura, es acogida por Lorca Navarrete⁴³⁰ para quien, una vulneración al orden público solo es posible cuando se incurre en

informadores del ordenamiento. Cf. DORAL, J. A. *El negocio jurídico*, Madrid, Trivium, 1982, p. 171.

⁴²⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Murcia. Núm. 2 de 2012. 28 de junio de 2012. AC 2012, 848. Sentencia de Audiencia Provincial. Murcia. Núm. 89 de 2006. 28 de marzo de 2006. JUR 2006, 131847. Sentencia de Audiencia Provincial. Islas Baleares. Núm. 34 de 2008. 28 de enero de 2008. JUR 2008, 208430. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Madrid. Núm. 56 de 2013. 9 de julio de 2013. AC 2013, 1724.

⁴²⁸ Sentencia de Audiencia Provincial. Las Palmas. Núm. 111 de 2009. 23 de marzo de 2009. JUR 2009, 248636.

⁴²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Murcia. Núm. 2 de 2012. 28 de junio de 2012. AC 2012, 848. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. País Vasco. Núm. 5 de 2012. 13 de junio de 2012. RJ 2012, 11124. Sentencia de Audiencia Provincial. Granada. Núm. 299 de 2006. 13 de junio de 2006. AC 2007, 129. Sentencia de Audiencia Provincial. Islas Baleares. Núm. 34 de 2008. 28 de enero de 2008. JUR 2008, 208430. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Secc. 1. Núm. 29, 2012. 10 de mayo 2012. RJ 2012, 6368. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Madrid. Núm. 56 de 2013. 9 de julio de 2013. AC 2013, 1724. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cantabria. Núm. 4 de 2013. 23 de septiembre de 2013. AC 2013, 1864.

⁴³⁰ LORCA NAVARRETE, A. M., ¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje y la aplicación al mismo del garantismo procesal. Relación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva con el arbitraje desde la vertiente de la justificación de las

violación de derechos fundamentales, es decir, de las garantías procesales que derivan del artículo 24 de la C.E. y que vendrían a configurar un *orden público procesal*.

2.2 EL ARBITRAJE FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS.

2.2.1 La noción de acto administrativo.

La Administración Pública, en sentido orgánico y funcional, se manifiesta a través de diversos mecanismos, mediante los cuales impone su voluntad, construye relaciones jurídicas con la comunidad o, simplemente, se responsabiliza jurídicamente en una situación.

Dentro de tales mecanismos, donde están los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos estatales, surge la noción de acto administrativo como mecanismo de manifestación de la Administración por antonomasia, en la que ésta, con toda su exorbitancia, impone su voluntad.

La noción de acto administrativo, se puede decir, encuentra sus antecedentes teóricos en una época previa a la revolución francesa, más concretamente en la noción de negocio jurídico⁴³¹ construida por la doctrina alemana, en tanto declaración de voluntad, pero, indiscutiblemente, es con el advenimiento del Estado de derecho, con el florecimiento del principio de separación de poderes y el surgimiento del concepto orgánico de

garantías que se aplican tanto a ese derecho constitucional -el denominado “derecho a la tutela judicial efectiva”- como al arbitraje, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2011, p. 111.

⁴³¹ Existe, sin embargo, profundas diferencias entre el acto administrativo y el negocio jurídico. Si bien, dicho análisis por su extensión y contenido no corresponde adelantarlos en esta investigación, no se puede dejar de señalar que, como diferencia principal, está el que el negocio jurídico surge del consenso de los involucrados o, por lo menos, como expresión de una voluntad legal, mientras que el acto administrativo, aunque tenga fundamento en una potestad legal, es expresión de la autodeterminación de la Administración. Cf. CASAGNE, J. C., *El acto administrativo, teoría y régimen jurídico*, Bogotá, Temis, 2013, p. 26.

Administración Pública que el concepto acto administrativo inicia su consolidación.

Así, para el derecho francés, en un primer momento, el acto administrativo era un mero concepto formal, útil para distinguir la función legislativa de la administrativa⁴³². Luego, con un carácter sustantivo, el acto administrativo pasó a ser una expresión del principio de legalidad de la función pública, enjuiciable ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁴³³.

Es tanta la importancia del acto administrativo dentro del constructo *Derecho administrativo*, que se considera que, sólo donde existe *acto administrativo*, es posible limitar los derechos de los ciudadanos y, a su vez, generar una vía procesal de cuestionamiento, ante la propia Administración y ante los órganos de justicia, de dichas decisiones⁴³⁴.

Un primer elemento del concepto *acto administrativo* es el relativo a la manifestación o exteriorización de la voluntad. Dicha manifestación de voluntad puede ser expresa o presunta. Será expresa, cuando la misma se encuentra en un documento, a su vez, será presunta, cuando surja del silencio de la Administración. En todo caso, se está ante una declaración *-acto intelectual-*, no ante una ejecución *-acto material-*⁴³⁵.

El segundo elemento es el carácter unilateral de la manifestación de voluntad. A diferencia del negocio jurídico que es fruto del consenso y de la autonomía de la voluntad de quienes intervienen⁴³⁶, el acto administrativo es exteriorización de la

⁴³² GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNANDEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, Editorial Temis-Palestra, Bogotá-Lima, 2008, p. 523.

⁴³³ SANTOFIMIO GAMBOA. J. O., *Compendio de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 511.

⁴³⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Manual de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, p. 191.

⁴³⁵ DROMI, J. R., *Manual de derecho administrativo, Tomo I*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 107.

⁴³⁶ OSPINA FERNANDEZ, G., *Régimen general de las obligaciones*, 6 ed., Temis, Bogotá, 1998, p. 37. DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*,

autoridad administrativa, que se impone inconsultamente a su destinatario⁴³⁷. En todo caso, el extremo activo se puede conformar por un sujeto plural⁴³⁸, ya que existen situaciones en las que diversas entidades concurren en la formación del acto, sin que ello enerve la unilateralidad, por cuanto la Administración es una sola⁴³⁹.

El tercer elemento es el origen administrativo de la decisión. Por supuesto, que se habla de Administración Pública, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional, incluyendo particulares que ejerzan funciones administrativas⁴⁴⁰. Se reitera que, si se trata de una autoridad administrativa en sentido orgánico, pero cumpliendo funciones de otra naturaleza, la decisión no será acto administrativo, salvo que la ley así lo consagre.

Según González Pérez⁴⁴¹, en una opinión que no se comparte, cuando los actos se emiten por una autoridad que no es administrativa, no se considera *autoridad competente* y, en tal sentido, aun cuando la función que cumpla sea de naturaleza administrativa, la decisión no es un acto administrativo sometido al régimen general. Tal posición, parte de un desconocimiento del

Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 3. BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Editorial Colmenares, 2000, p. 57. FLUME, W. *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil*, Tomo segundo, 4ª ed., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 50-51.

⁴³⁷ Sin embargo, existen casos en los que, dicha unilateralidad, puede estar en entredicho, por ejemplo, los actos de nombramiento, en los que se requiere de la aceptación del sujeto al que se dirige. Cf. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, Tomo IV, La actividad administrativa*, Iustel, Madrid, 2001, p. 33. Sin embargo, una cosa es que se requiera de la voluntad concurrente del particular para la ejecución del acto, y otra muy diferente que el particular participe en la expedición del acto, de allí que, incluso, cuando se requiere del consentimiento del particular, el acto no deja de ser unilateral. Cf. DROMI, J. R., *op. cit.* p. 108.

⁴³⁸ La doctrina los denomina *acto complejo* o *colectivo*. Cf. FRAGA, G., *Derecho Administrativo*, 10ª ed., Editorial Porrúa, México, 1963, p. 245.

⁴³⁹ RIASCOS GÓMEZ, L. O., *El acto administrativo*, 3ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2016, p. 214.

⁴⁴⁰ DROMI, J. R., *op. cit.*, p. 109.

⁴⁴¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 193.

efecto procesal del concepto funcional de Administración Pública.

En cuarto lugar, que se produzca un efecto jurídico o, dicho en otras palabras, que la decisión contenga una orden, de dar, hacer o no hacer, que pueda y deba ser cumplida por sus destinatarios, so pena de la coerción propia de las normas jurídicas y de la sanción por su inobservancia⁴⁴².

En todo caso, las normas de derecho blando⁴⁴³, aquellas que no resultan vinculantes, sino que tienen meras funciones de orientación, en tanto por disposición legal o por el alcance de su contenido, sean enjuiciables ante la jurisdicción⁴⁴⁴, serán también acto administrativo.

En el caso colombiano, las diversas normas que regularon la materia, hablaron de “órdenes, decretos y resoluciones”⁴⁴⁵, “... órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno”⁴⁴⁶ y de “actos” de las entidades públicas y de los empleados en ejercicio de sus funciones⁴⁴⁷.

Sería con el artículo 83 de la Ley 167 de 1941 que, el sustantivo *acto* se une con el adjetivo *administrativo*, para dar paso al sustantivo compuesto *acto administrativo*, como principal manifestación de la Administración Pública.

Luego de esta norma, en su redacción inicial, el artículo 83 del Decreto 01 de 1984, “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo”, definiría al acto administrativo como “*las conductas y las abstenciones capaces de producir*

⁴⁴² Kelsen, H, *op. cit.*, 2013

⁴⁴³ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A., Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial, Universidad Externado de Colombia, 2012.

⁴⁴⁴ En el caso colombiano, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, señala que, “...puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”.

⁴⁴⁵ Artículo 120, Constitución Política de 1886.

⁴⁴⁶ Artículo 12, Ley 153 de 1887.

⁴⁴⁷ Artículo 1, Ley 130 de 1913.

efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia”, algo que duraría muy poco ya que, mediante el artículo 13 del Decreto Nacional 2304 de 1989 se eliminaría dicha definición.

Hoy día, la Ley 1437 de 2011 -CPACA-, no entra a definir el acto administrativo, sino que, se limita a señalar los medios de control que se pueden ejercer contra ellos, los términos para hacerlo, los requisitos de procedibilidad del control judicial y las autoridades competentes para su enjuiciamiento.

En el caso español, la Ley 39 de 2015, LPACAP, no entra a definir lo que se ha de entender por acto administrativo, como tampoco lo hace la LJCA, a pesar de que en uno y otro estatuto se prevean diversas reglas sobre su origen, elementos, competencia, revocabilidad y recursos de naturaleza judicial.

Conforme a lo anterior, se define al acto administrativo, casi que, en forma universal, como la manifestación unilateral de voluntad de la Administración Pública, orgánica o funcional, encaminada a producir efectos jurídicos⁴⁴⁸.

2.2.2 Clasificación de los actos administrativos.

El acto administrativo admite una multiplicidad de clasificaciones, atendiendo a diversos criterios. Así, por ejemplo, se habla de actos de carácter general, particular y mixto. Actos de trámite y de fondo; actos expresos y presuntos; actos ejecutivos y reglamentarios; entre otras clasificaciones.

De estas y otras clasificaciones que proponen la doctrina y la jurisprudencia, surgen dos - actos de carácter general, particular y

⁴⁴⁸ MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.* p. 33; CASAGNE, J. C., *op. cit.*, p. 21; MARTÍN MATEO, R.; DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Administrativo*, 29ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, 2012, p. 241; BERROCAL GUERRERO, L. E., *Manual del acto administrativo. Según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*, 7ª ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2016, p. 64-65; SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., *Compendio de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 526. ESCOLA, H. J., *Compendio de derecho administrativo, Volumen I*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 492.

mixto y actos de trámite y de fondo- que se relacionan con la posibilidad de control o cuestionamiento en sede arbitral, razón por la cual se abordará el análisis de dichas clasificaciones, a efectos de precisar los alcances del arbitraje o de la competencia arbitral, para el caso es lo mismo, frente a estos actos administrativos.

2.2.2.1 Actos administrativos de carácter general, particular y mixto.

En una primera clasificación, los actos administrativos, por sus destinatarios, pueden ser de carácter general, de carácter particular y de naturaleza mixta, clasificación ésta que, tiene una enorme repercusión en la posibilidad, tanto de control judicial como de control en sede arbitral.

El acto administrativo de carácter general, llamado también acto regla, goza de ciertas características: (i) se asimila a la idea de reglamento, en tanto llega a ser expresión de la ley en sentido material, no sujeta a los rigorismos del proceso democrático-legislativo; (ii) crea, extingue o modifica relaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, es decir, impacta derechos de naturaleza colectiva; (iii) pueden ser de naturaleza reglamentaria si materializan de forma directa la Constitución o la ley y, autónomos si parten de competencias generales o discrecionales; (iv) no se puede delegar la competencia para su expedición, salvo excepción de naturaleza legal⁴⁴⁹ y, no son susceptibles de recursos de la vía administrativa⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ En el caso colombiano, prevé el artículo 11 de la Ley 489 de 1998 que, “Funciones que no se pueden delegar. Sin perjuicio de los que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación: 1. La expedición de reglamentos de carácter general, salvo en los casos expresamente autorizados por la ley”.

⁴⁵⁰ En el caso colombiano, prevé el artículo 75 Ley 1437 de 2011 que, “No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”. En el caso español, señala el artículo 122-3 de la Ley 39 de 2015 que, “3. Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”.

El acto de carácter general, se define como aquel que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas de naturaleza impersonal, objetiva y abstracta⁴⁵¹, en otras palabras, aquellos que impactan en los derechos e intereses subjetivos de la colectividad⁴⁵².

En el caso de España, a diferencia de Colombia donde dicha distinción no tiene cabida, se distingue entre acto general y reglamento⁴⁵³. En el caso español, pareciera que la diferencia sustancial entre acto general y reglamento, es la de que, los reglamentos, se integran al sistema jurídico y se aplican cada vez que se presenten los supuestos de hecho. Los actos generales, por su parte, son normas que se agotan con su cumplimiento o ejecución⁴⁵⁴.

El acto de carácter particular, para algunos, verdadera expresión de acto administrativo, se caracteriza por: (i) corresponder a la más estricta definición de acto administrativo, (ii) mediante el cual se crea, extingue o modifica relaciones jurídicas particulares, personales y subjetivas y, (iii) pueden provenir del ejercicio de delegación administrativa.

El acto administrativo de carácter particular y concreto, o individual como también se le conoce, así visto, se define como

⁴⁵¹ BERROCAL GUERRERO, L. E., *op. cit.*, p. 144; SANTOFIMIO GAMBOA. J. O., *Compendio de Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 526; CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D. C., diciembre (4) de dos mil seis (2006). Radicación número: 11001-03-26-000-1994-10227-01(10227). Actor: LA NACION - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. Demandado: LUIS EDUARDO GARZON CASTELLANOS.

⁴⁵² SANTOFIMIO GAMBOA. J. O., *Compendio de Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 554.

⁴⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNANDEZ, T.R., *op. cit.* p. 161 cuando señalan que “*el reglamento no es ni una ley material ni un acto administrativo general;*”. PARADA, R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, 15ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid. 2004, p. 59. MARTÍN MATEO, R.; DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *op. cit.*, p. 111.

⁴⁵⁴ MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.* p. 36.

aquella decisión unilateral de la Administración -en sentido funcional-, que crea, extingue o modifica relaciones jurídicas de carácter personal, subjetivo o concreto⁴⁵⁵.

Finalmente, están los actos administrativos de naturaleza mixta. En ellos, como característica, se puede decir que: (i) se combinan el reglamento con el acto administrativo individual, (ii) se crean, extinguen o modifican relaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas, a la par que se afectan relaciones jurídicas particulares, personales y subjetivas; y, (iii) no puede mediar la delegación, salvo autorización legal expresa, por cuanto hay un reglamento de por medio.

Frente a su definición, se dice que los actos administrativos de naturaleza mixta, son aquellos que de manera simultánea regulan situaciones de carácter particular y general, abstractas y concretas, y frente a cada situación se aplica el régimen que corresponda a la misma⁴⁵⁶.

Sin embargo, surge una duda, a efectos de una distinción más precisa entre acto singular, acto plural y acto general: Cuando el extremo pasivo del acto, se constituye por una pluralidad determinada de sujetos, ¿se está ante un acto singular, un acto plural o un acto general?

En el caso colombiano, alguna vez se consideró que se trataba de actos individuales con una pluralidad determinada de sujetos destinatarios⁴⁵⁷. En la situación actual, se afirma que son actos de

⁴⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Radicación número: 11001-03-26-000-1994-10227-01(10227). *op. cit.*

⁴⁵⁶ BERROCAL GUERRERO, L. E., *op. cit.*, p. 161. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. CONSEJERO PONENTE: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA. Santa Fe de Bogotá, D.C., 28/10/1999. Radicación número: 3443. Ref.: AUTORIDADES MUNICIPALES. Actor: EDIFICIO 9411 S.A.

⁴⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: 2756. Actor:

naturaleza mixta, en tanto se regulan situaciones jurídicas particulares y concretas -acto particular-, mediante una disposición normativa que abarca una pluralidad de sujetos -acto general-.

En el caso español, a partir de la Ley 39 de 2015⁴⁵⁸ sobre procedimiento común de las administraciones públicas, se considera por parte de un sector de la doctrina⁴⁵⁹, que la extensión de los efectos de un acto administrativo a una colectividad determinada de sujetos, da lugar a la configuración de acto *plúrimo* que, en todo caso, viene a ser sinónimo de acto general⁴⁶⁰.

2.2.2.2 Actos administrativos de trámite o sustanciación y de fondo.

En una segunda clasificación, los actos administrativos pueden ser de trámite o sustanciación y de fondo. Dicha clasificación resulta pertinente, entre otras razones, para determinar la procedibilidad del control administrativo y judicial⁴⁶¹.

Los primeros, los actos de trámite, igual que los autos de sustanciación en los procesos judiciales, se caracterizan porque: (i) dan impulso al proceso; (ii) no contienen decisión definitiva y,

LUCY CRUZ DE QUIÑONES. Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Referencia: RECURSO DE SUPLICA.

⁴⁵⁸ Véase los artículos 7º, y 66-2 de la Ley 39 de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁴⁵⁹ Un sector de la doctrina española, señala que se llama acto plúrimo cuando se está frente a una pluralidad determinada. Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNANDEZ, T.R., *op. cit.* p. 554. Otro sector expresa que se trata de una pluralidad inconcreta y sin precisar. Cf. MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.* p. 34.

⁴⁶⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.* p. 35.

⁴⁶¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009) Radicación número: 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-200800027-00 Actor: CAMILO ARAQUE BLANCO Y OTROS.

en consecuencia, no pueden afectar derechos o intereses⁴⁶²; (iii) no son susceptibles de impugnación por la vía administrativa⁴⁶³; y, (iv) no son susceptibles de control judicial, salvo que pongan fin a la actuación administrativa⁴⁶⁴.

La cuestión relativa a la irrecurribilidad de los actos de trámite, principal consecuencia de su naturaleza, admite un cierto matiz, toda vez que ello no significa que se esté ante una ínsula que escapa al control -administrativo o judicial-, sino que su cuestionamiento se hace conjuntamente con la decisión final, bajo la premisa de los vicios de forma⁴⁶⁵, salvo que, ellos mismos pongan fin al procedimiento⁴⁶⁶.

Conforme lo señala González Pérez⁴⁶⁷, en el caso español, los actos de trámite, operan desde una perspectiva restringida frente al derecho de tutela judicial efectiva. Sin embargo, dicha restricción opera como una vía para el cuestionamiento judicial posterior del acto definitivo, y no como una presunción de consentimiento del acto de trámite.

⁴⁶² MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.* p. 39.

⁴⁶³ En el caso colombiano, prevé el artículo del CAPCA que, “No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”. En el caso español, señala el artículo 112-1 de la LPACAP que, se podrá interponer los recursos de alzada y potestativo de reposición contra los actos de trámite, siempre y cuando con ellos se determine la imposibilidad de continuar el procedimiento, se produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. En caso contrario, se cuestionarán junto con el acto final.

⁴⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNANDEZ, T.R., *op. cit.* p. 551. MARTÍN MATEO, R.; Díez SÁNCHEZ, J. J., *op. cit.*, p. 250.

⁴⁶⁵ Tribunal Supremo de Justicia 5038/2003 - 28079140012003100983. Id Cendoj: 28079140012003100983 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social Sede: Madrid Sección: 1 Fecha: 15/07/2003 N° de Recurso: 2850/2002 N° de Resolución: Procedimiento: SOCIAL Ponente: JUAN FRANCISCO GARCIA SANCHEZ Tipo de Resolución: Sentencia.

⁴⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNANDEZ, T.R., *op. cit.* p. 551. MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.* p. 38.

⁴⁶⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 194.

Los actos administrativos de fondo o definitivos, son similares a los autos interlocutorios en los procesos judiciales, y se caracterizan por: (i) resuelven el fondo de la cuestión y, en consecuencia, se presentan al final del procedimiento administrativo⁴⁶⁸, (ii) contienen una manifestación unilateral de voluntad que crea, extingue o modifica relaciones jurídicas y (iii) son susceptibles de control judicial.

Según señala la doctrina⁴⁶⁹, la distinción entre actos de trámite y actos definitivos, parte de la base que, para llegar a una decisión, se precisa seguir un *iter especial*, dentro de los que se incluye los actos de simple ordenación del procedimiento y aquellos actos materiales que abren el espacio a la decisión final.

De lo anterior se concluye, en punto de la definición, que los actos administrativos de sustanciación o mero trámite, son aquellos necesarios para la formación del acto definitivo y éste, por su parte, es aquel que concluye la actuación administrativa, al resolver de fondo la cuestión⁴⁷⁰.

2.2.3 La legalidad de los actos administrativos como límite del arbitraje en el derecho administrativo colombiano.

El arbitraje tiene, en general⁴⁷¹ y, en el Derecho administrativo colombiano, en particular, unos límites procedimentales y sustantivos, en razón a que la Administración Pública, orgánica y funcional, con toda su exorbitancia, y con la garantía de un juez natural, es parte del conflicto.

Uno de dichos límites, está relacionado con la imposibilidad de que los árbitros juzguen la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se hizo uso de poderes excepcionales en

⁴⁶⁸ MUÑOZ MACHADO, S., *op. cit.* p. 38.

⁴⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNANDEZ, T.R., *op. cit.* p. 552.

⁴⁷⁰ CONSEJO DE ESTADO. SECCION QUINTA. Radicación número: 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-200800027-00. *op. cit.*

⁴⁷¹ Por ejemplo, señaló la Corte Constitucional de Colombia en la SC-247 de 1994 que, existen temas excluidos de la jurisdicción arbitral, por ejemplo, lo relativo al estado civil de las personas.

desarrollo de un contrato estatal, por estar ellos excluidos de la jurisdicción arbitral. Veamos la discusión.

Señalaba el artículo 70 de la Ley 80 de 1993⁴⁷² que, en los contratos estatales, se podía incluir la cláusula compromisoria, a fin de que los árbitros resolvieran los conflictos que se presentaran, con ocasión de su celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación.

En el caso colombiano, así lo aceptan la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, los actos administrativos mediante los cuales se hace uso de las cláusulas exorbitantes, cualquiera que sea, son actos que se dictan, no en virtud del contrato sino de la ley, en tanto es ella la que dice en cuáles casos es obligatorio, opcional o está prohibido, razón por la cual no son objeto de disposición por las partes, ya que, aunque no lo señalen expresamente, involucran el orden público.

Había señalado la Corte Constitucional⁴⁷³ que, en virtud del principio de libertad configurativa del Legislador, previsto en el artículo 150 de la CP, a éste le corresponde regular los mecanismos alternativos de solución de conflictos, dentro de los límites previsto en la Constitución, esto es, que no se sustituya totalmente la jurisdicción, ni se renuncie al principio de tutela judicial efectiva.

Con relación a los alcances del arbitraje de Derecho administrativo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-1436 de 2000, señaló que (i) en virtud del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, su juzgamiento compete, exclusivamente, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y (ii) que los particulares no pueden, en virtud de la cláusula compromisoria, derogar dicha competencia. En conclusión, señaló expresamente la Corte Constitucional que, “*el*

⁴⁷² Dicho artículo fue derogado por la Ley 1563 de 2012. Sin embargo, eso no significa que dicha prohibición haya desaparecido, en tanto la decisión de la Corte Constitucional se fundó en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, el cual sigue vigente.

⁴⁷³ Corte Constitucional de Colombia. SC-160, 1999.

análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros”.

En la parte motiva de la sentencia, pareciera que la Corte Constitucional extiende la inarbitrabilidad a todos los actos administrativos, cuando señala que, “*el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros*”. Sin embargo, ello no pasa de ser una *obiter dicta*, toda que, en la parte resolutive, condicionó la constitucionalidad de la disposición⁴⁷⁴, en el entendido de que, los árbitros carecen de competencia para juzgar los actos administrativos que se dicten en virtud “... *de sus poderes excepcionales*”.

El Consejo de Estado⁴⁷⁵, por su parte, en sentencia de unificación, señaló que, “los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales

⁴⁷⁴ En el derecho colombiano, igual que en el español, se admite la distinción entre disposición o texto legal y norma, donde disposición es el enunciado gramatical, las palabras de la ley y norma es la interpretación que surge de la disposición. En consecuencia, cuando la relación disposición/norma es compleja, la Corte Constitucional puede recurrir a una sentencia integradora y expulsar del sistema jurídico la interpretación que contraría la Constitución Política. Cf. MORENO MILLÁN, F., *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*, Leyer, Bogotá, 2002. MORENO MILLÁN, F., *La acción pública de inconstitucionalidad, efectos temporales de sus fallos*, Leyer, Bogotá, 2007. En España véase DE LA VEGA, A. M., *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003. DÍAZ REVORIO, F. J., *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001. LÓPEZ BOFILL, H., *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. AA.VV. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

⁴⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). Radicación: 17.859 (R-0035). Actor: Julio César García Jiménez. Demandado: Departamento de Casanare.

al derecho común por parte del Estado”, posición que viene siendo reiterada sin discusión alguna.

En punto de las cláusulas exorbitantes, la Ley 80 de 1993 tiene un catálogo cerrado. Precisamente, en el numeral 2° del artículo 14° se señala que, la Administración podrá, en los casos en que ello esté permitido, hacer uso de las cláusulas 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”*.

No aparece enlistada la liquidación unilateral como una cláusula exorbitante. Por ello, ha dicho el Consejo de Estado que, “la liquidación unilateral del contrato es una facultad legal pero no de aquellas que implican el ejercicio de una potestad exorbitante ya que la Ley 80 de 1993 en ninguna parte la enlista como tal”⁴⁷⁶.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia no han sido siempre pacíficas a este respecto. Por ejemplo, en alguna oportunidad, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁴⁷⁷, señaló que, en ciertas hipótesis, la liquidación unilateral del contrato comporta el ejercicio de una cláusula exorbitante.

⁴⁷⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C, dieciséis (16) de marzo de dos mil quince (2015). Radicación número: 52001-23-31-000-2003-00665-01(32797) Actor: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE NARIÑO - CORPONARIÑO Demandado: MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (APELACION SENTENCIA).

⁴⁷⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA. Bogotá, D.C, diciembre catorce del año dos mil (2000). Radicación número: 1293. Actor: MINISTRO DEL INTERIOR. Referencia: Contrato estatal. Cláusulas excepcionales; límite temporal para su aplicación.

Dijo en aquella oportunidad que, durante la ejecución del contrato, las entidades estatales, pueden hacer uso de las cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de actos administrativos de carácter particular y concreto, lo cual incluye la operación de liquidación.

En oportunidad posterior, señaló el Consejo de Estado⁴⁷⁸ que, en el sistema jurídico colombiano, inclusive en los contratos interadministrativos, que son aquellos sometidos a un régimen por haber sido suscritos por dos organismos de la Administración, aparece la liquidación unilateral del contrato como una potestad excepcional.

También había señalado el Consejo de Estado⁴⁷⁹ que, en punto de los actos administrativos de naturaleza contractual, es decir, aquellos que se expiden durante la ejecución del contrato estatal y en los cuales se hace uso de potestades excepcionales, no solo están la interpretación, la modificación, la terminación, la caducidad sino también la liquidación unilateral del contrato. Estos administrativos, como todos los demás, están amparados por la presunción de legalidad.

Por su parte, la Corte Constitucional, además de lo ya dicho en la sentencia C-1436 de 2000, en punto de la exclusión de la jurisdicción arbitral, sobre los actos administrativos que hacían uso de poderes excepcionales, señaló en la sentencia T-481 de 2005, que la liquidación unilateral es una cláusula exorbitante implícita, cuyo conocimiento es competencia exclusiva de la jurisdicción estatal.

⁴⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, BOGOTÁ D. C, VEINTE (20) DE MAYO DE DOS MIL CUATRO (2004), RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-26-000-2003-00028-01(25154).

⁴⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá, D. C., dos (02) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01772-01(23949).

Si bien es cierto, sobre el trámite que dio lugar a esta sentencia se declaró la nulidad mediante Auto 100 de 2006, también lo es que la nulidad se dio con ocasión de la violación al debido proceso del actor, pero en ningún momento porque lo antedicho, en el entendido de la liquidación unilateral fuera una cláusula exorbitante implícita no fuera acorde a la Constitución Política.

En todo caso, la discusión en punto de si la liquidación unilateral es o no una cláusula exorbitante, pierde relevancia cuando se vuelve al punto central de la discusión, y es el de que la liquidación unilateral, sea o no una cláusula exorbitante, en los términos del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, como especie, sí es un poder excepcional de la administración pública, como género, y sobre la declaratoria de legalidad de la misma está excluida la jurisdicción arbitral.

2.3 EL CONTROL DE EXCEPCIÓN DENTRO DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Un elemento relativo a los alcances sustantivos del arbitraje en el Derecho administrativo, de ineludible análisis, es la posibilidad de que los árbitros hagan uso de las excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad, tanto en el derecho colombiano como español. Adicionalmente, en el caso español ya que la figura no tiene cabida en el derecho colombiano, que se haga uso de la cuestión de inconstitucionalidad y que, desde la perspectiva colombiana, se recurra al control de convencionalidad.

Se analiza el control de excepción en el capítulo sobre alcances sustantivos del arbitraje y no en el acápite sobre alcances procesales, por cuanto dicho control parte de la premisa que el árbitro efectúa un control de legalidad de la norma que inaplica. Así, aun cuando es un acto procesal, tiene contenido material.

Dicho análisis exige, por un lado, acudir a la filosofía del derecho, aunque sea tangencialmente, a efectos de *comprender*, en el sentido gadameriano del verbo⁴⁸⁰, los fundamentos del control de excepción y, por otro lado, desde una perspectiva de

⁴⁸⁰ GADAMER, H-G., *Verdad y método*, Tomo II. 3ª ed., Traducción de Manuel Olasagasti, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1998.

dogmática jurídica, precisar los fundamentos del control de excepción en el arbitraje de Derecho administrativo.

2.3.1 El concepto de validez como fundamento epistemológico del control de excepción.

El concepto de validez, por el que vamos a entender pertenencia de las normas a un sistema jurídico, es el fundamento epistemológico del control de excepción, en sus diversas expresiones: convencionalidad, inconstitucionalidad e ilegalidad. Según afirma Serrano⁴⁸¹, un juicio de validez es aquel en el cual, luego de constatar la incorporación formal de una norma a un sistema jurídico, en tanto fue sancionada y promulgada, se declara que esta se adecúa a la norma superior de la cual deriva su fuerza.

Esto, que en sus orígenes se conoció como sistema escalonado de normas, parte de la idea de que existe una proposición jurídica común que determina las relaciones entre el acto que determina, que se llamará norma superior y el acto que es determinado que se denomina norma inferior derivada⁴⁸².

La relación de validez-dependencia, se transmite en cada escalón normativo, partiendo de la que Kelsen denominó la norma fundamental de validez, que desde la perspectiva teórica del monismo internacionalista, de la cual era defensor, es el principio *pacta sunt servanda*, hasta llegar a la norma de más bajo rango en la jerarquía normativa⁴⁸³.

A su vez, el concepto general de validez, admite la distinción entre validez material o sustantiva y formal o procedimental y, a través de la cual se introduce la clasificación kelseniana entre sistemas

⁴⁸¹ SERRANO, J. L., *Validez y vigencia*, Madrid, Trotta, 1999, p. 51.

⁴⁸² MERKL, A., “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento II”, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, traducción de Azpitarte Sánchez, M y Fuentes Osorio, J. L., pp. 301-324, enero-junio, 2005, p. 302.

⁴⁸³ KELSEN. H., *op. cit.* p. 111.

jurídicos estáticos y sistemas jurídicos dinámicos⁴⁸⁴, respectivamente.

Conforme la teoría pura del derecho de Kelsen, un sistema jurídico estático o de validez material se basa en el criterio de la deducibilidad, lo que quiere decir que la pertenencia de la norma al sistema parte de la existencia de una conexión material o lógica – deductiva del contenido de ésta con la norma superior de la cual deriva su fuerza⁴⁸⁵.

En este sentido, un sistema jurídico estático se describe en los siguientes términos: una norma N pertenece a un sistema jurídico S cuando N pertenece a las consecuencias lógicas de S ⁴⁸⁶. Dicho juicio, implica, necesariamente, una confrontación entre el acto determinante y el acto determinado.

Desde la misma perspectiva, un sistema jurídico dinámico o de validez formal, es aquel en la cual la validez de la norma se determina a partir del respeto por las reglas de creación previstas en normas superiores, es decir, no se prevé el contenido de las normas sino los mecanismos de producción.

Siguiendo el orden establecido, un sistema dinámico se describe en los siguientes términos: una norma N pertenece a un sistema S , si N fue creada conforme los requisitos de N_1 , que es una norma superior en S .

En consecuencia, para que N se ajuste a N_1 , se exige el cumplimiento de dos requisitos: (i) que N_1 autorice a un sujeto x a crear N y (ii) que sea x quien crea N ⁴⁸⁷. A esto, agregaríamos nosotros, que N se haya creado por x siguiendo el procedimiento P descrito en N_1 .

⁴⁸⁴ KELSEN, H., *op. cit.*

⁴⁸⁵ CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 30-31.

⁴⁸⁶ FERRER BELTRÁN, J., Y RODRÍGUEZ, J. L., *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, 2011, 60.

⁴⁸⁷ *Ibidem*. P. 69.

La validez puede, desde la perspectiva del sistema jurídico estático o del criterio de la deducibilidad, en el que se cuestiona la validez material, ser absoluta o circunstancial. Será absoluta cuando N no admite cabida a la luz de S, en ninguna circunstancia. Por el contrario, en la validez circunstancial, existen variables, casi siempre de orden fáctico que modulan el resultado de la adecuación.

La ausencia de validez, total o circunstancial, da lugar al control de excepción, de convencionalidad, de constitucionalidad, de legalidad o al control que se ejerce a través de la cuestión de inconstitucionalidad.

Una vez sentada la fundamentación teórica, corresponde hacer un análisis dogmático de estas eventualidades, con el propósito de precisar los alcances en el arbitraje de Derecho administrativo colombiano y español.

2.3.2 El control de convencionalidad. Antecedentes y fundamentos teóricos.

El denominado *control de convencionalidad*, es una figura de aplicación más bien reciente y de aplicación geográfica limitada al ámbito de los países que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y que sirve como parámetro para determinar que una medida administrativa, legislativa o judicial se adecúa o no a la Convención Americana de Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

En punto de esto, hay que señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, tras la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, como un instrumento de protección de los derechos humanos en el continente americano dentro del marco de la Organización de Estados Americanos⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ REY CANTOR E., REY ANAYA, A. M., Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos, Bogotá, Temis, 2005, p. 8 y s.s.

Por su parte, la figura del control de convencionalidad aparece en la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Estado de Chile*, del 26 de septiembre de 2006, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para garantizar el cumplimiento de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, reitera que el aparato judicial de cada Estado parte en la Convención, tiene la obligación de aplicarla de manera preferente por sobre las normas jurídicas internas que le fuesen contrarias en los casos concretos.

Luego, en el caso *Boyce y otros Vs. Estado de Barbados*, del 20 de noviembre de 2007, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que, los tribunales internos de cada Estado parte, están en la obligación de realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, en forma paralela o concomitante con un examen de convencionalidad, de la legislación interna, incluida la propia Constitución, así como de las decisiones judiciales y administrativas.

Para la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁸⁹, el control de convencionalidad goza, en los términos de la Convención Interamericana, de las siguientes características: (i) es un control que procede dentro del marco de competencias de cada juez, de oficio y a petición de parte, no limitado en este último caso a los argumentos del peticionario. (ii) es una obligación de toda autoridad pública, con competencia para resolver conflictos. (iii) en el caso de los jueces, incluye a los diversos órganos vinculados a la administración de justicia, no importa en todo caso su jerarquía. (iv) el control de convencionalidad goza de una *vis expansiva*, en la medida en que se toma como referente no sólo de comparación con la Convención Interamericana de Derechos Humanos sino en todos los tratados de derechos humanos en los que el Estado sea parte. (v) la Convención Americana sobre derechos humanos no establece un determinado modelo de control de convencionalidad. (vi) el control de convencionalidad ampliado incluye a las opiniones consultivas y las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁸⁹ En el mismo sentido, QUINCHE RAMIREZ, M. F., *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014.

La posibilidad de un control de convencionalidad parte de una relación entre el derecho interno y el derecho internacional como un mismo sistema jurídico. Así, desde la perspectiva dualista, en la que el derecho internacional y el derecho nacional, son dos órdenes jurídicos, separados y autónomos, que por la diversidad de fuentes, de objeto, de instrumentos, no se cruzan, no es posible hablar de control de convencionalidad⁴⁹⁰. Por el contrario, desde la perspectiva de la teoría monista, el derecho internacional y el derecho nacional son un mismo orden jurídico, ubicados en un sistema escalonado de normas.

La teoría monista admite dos posiciones: una radical y una moderada. En el monismo radical, se admite que una norma está, per se, jerárquicamente sobre la otra al punto que las contradicciones se resuelven por la vía de las antinomias, específicamente la regla según la cual la norma superior deroga la norma inferior. En este sentido, la Escuela de Viena con Kelsen a la cabeza afirmaban la existencia de un monismo con primacía del derecho internacional⁴⁹¹. Por su parte, la Escuela de Bonn defendía el monismo con primacía del derecho nacional⁴⁹². Finalmente, en el monismo moderado, no importa qué norma está por encima sino cuáles son los medios a través de los cuales se resuelven las contradicciones⁴⁹³.

Así, mientras en el monismo radical, se supone que una norma deroga a la otra, en el monismo moderado, que puede ser con primacía del derecho internacional o del derecho nacional, a elección de cada Estado, las contradicciones se resuelven por una de tres vías: la reforma de la Constitución, la renegociación del tratado o la denuncia del tratado.

⁴⁹⁰ ANZILOTTI, D., *Curso de derecho internacional*, Madrid, Editorial Reus, 1935.

⁴⁹¹ KELSEN, H., *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, p. 343 y s.s.

⁴⁹² MARIÑO, F., *Derecho internacional público, Parte general*, Madrid, Trotta, 1999, 3ª ed.

⁴⁹³ VERDROSS, A., *Derecho internacional público*, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1978, 6ª ed.

Lo anterior quiere decir que, si la contradicción es entre la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución Política del Estado, necesariamente, el control de convencionalidad debe partir de un monismo radical o de monismo moderado con primacía del derecho internacional para que la Convención prevalezca. Cuando la contradicción sea entre la Convención y una norma interna de menor jerarquía no importa qué tipo de monismo se haya adoptado. No es posible, en consecuencia, aplicar el control de convencionalidad en el marco de la teoría dualista.

2.3.3 El control de convencionalidad y su aplicación en el arbitraje de Derecho administrativo colombiano.

Una vez señalado que, el control de convencionalidad sobre los sistemas jurídicos internos, se restringe geográficamente al continente americano o, al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que para el caso es lo mismo, se hace claridad que el presente análisis se limita al caso colombiano.

Según la Corte Constitucional⁴⁹⁴, el Estado colombiano adoptó el monismo moderado con primacía de la Constitución Política, lo que llevaría a afirmar que no se permite la aplicación del control de convencionalidad cuando la contradicción sea entre el texto de cualquiera de los instrumentos que conforman el sistema interamericano de derechos humanos y el texto de la Constitución Política.

Este escenario se ve alterado por dos elementos: por un lado, en el caso colombiano, se aplica la teoría del bloque de constitucionalidad y, por el otro, la Corte Constitucional de Colombia admite excepciones al control de convencionalidad.

Frente a lo primero, hay que señalar que, en el caso colombiano, los tratados de derechos humanos -la Convención Americana es uno de ellos-, hacen parte de la noción bloque de constitucionalidad⁴⁹⁵. En consecuencia, “*cuando se enfrente el*

⁴⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia. SC-400, 1998.

⁴⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia. SC, 225, 1995.

*contenido de una disposición constitucional o interna con una disposición de un tratado sobre derechos humanos, (...) la contradicción se resolverá, no por las vías del monismo moderado, sino con el principio pro homine,...*⁴⁹⁶.

Es por ello que, la propia Corte Constitucional⁴⁹⁷ ha reafirmado la procedencia del control de convencionalidad, inclusive, cuando la contradicción es con el texto de la Constitución. En dicho supuesto, dice la Corte Constitucional, en aplicación del principio *pro homine* se da aplicación a la norma que menos restrinja el derecho.

Respecto de lo segundo, dice la Corte Constitucional de Colombia⁴⁹⁸ que, la Convención Americana, desde una interpretación sistemática, admite excepciones y, aún más, el hecho de que una norma pertenezca a un tratado de derechos humanos y goce de una protección reforzada en virtud del principio *pro homine*, en modo alguno significa que tenga una prevalencia absoluta frente al texto fundamental.

Tan complejo panorama, no posible de resolver en este momento, lleva a las siguientes conclusiones parciales, fundamento de lo que se expondrá a continuación: (i) en el caso colombiano, se aplica la teoría del monismo moderado con primacía de la Constitución, de suerte que, en el caso de contradicciones entre el texto de la Constitución Política y tratados internacionales, se aplica de preferencia la Constitución, siendo esta una limitante en los arbitrajes de Derecho administrativo colombiano. (ii) asimismo, se aplica la teoría del bloque de constitucionalidad, del que hacen parte los tratados internacionales sobre derechos humanos. Ello lleva a la consideración según la cual, si la

⁴⁹⁶ MORENO MILLÁN F., “DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL CASO DE LA INHABILIDAD PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS POR PÉRDIDA DE INVESTIDURA”, en: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Revista 2016 - 2017, p. 42.

⁴⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia. SC-251, 1997; C-251, 2002; SC-1056, 2004; SC-148, 2005, ST-284, 2006; SC-372, 2009.

⁴⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia. SC-028, 2006.

contradicción se presenta entre un tratado de derechos humanos y el texto de la Constitución Política, no tiene aplicación la teoría del monismo moderado. (iii) las contradicciones entre el texto de un tratado de derechos humanos y el texto de la Constitución Política se resuelven con el principio *pro homine*. (iv) según la Corte Constitucional, existen situaciones en las que es posible aplicar de preferencia el texto de la Constitución Política, dejando de lado el principio *pro homine*.

El punto de intersección entre la teoría del control de convencionalidad y el principio *pro homine* con el arbitraje de Derecho administrativo colombiano, se da un escenario en el que se admite que, los derechos humanos son parte del núcleo esencial⁴⁹⁹ del orden público internacional; donde el derecho internacional constituye una especie de reaseguro de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte y en el que la protección de los derechos humanos no se limita al ordenamiento interno, sino que mira a éste como un primer escenario de su implementación⁵⁰⁰.

La aplicación preferente de ese derecho internacional de los derechos humanos, surge de lo previsto en el artículo 1.1. de la Convención, conforme al cual los Estados parte están en la obligación de respetar “*los derechos y libertades reconocidos en ella*” y de la obligación de adecuación de su ordenamiento interno, en los términos del artículo 2º, en el cual se prescribe que, los Estados se obligan a adoptar las medidas necesarias para la garantía de los derechos.

La obligación de respetar el contenido de la Convención y, consecuentemente, de adecuar el ordenamiento interno, puede tener repercusiones sustantivas y procesales, según se trate del

⁴⁹⁹ Se habla de núcleo esencial desde la perspectiva de Hâberle como límite inmanente. Cf. HÂBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003.

⁵⁰⁰ BOHOSLAVSKY, J. P., JUSTO, J. B., “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN”, en: *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, Año 2010-2, pp. 19-20.

reconocimiento de un derecho o de los mecanismos para su protección.

Desde el punto de vista sustantivo, se supondría entonces que, en el laudo arbitral, se debe interpretar las normas internas de conformidad con la Convención, obligación que además está prevista en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia donde se dice que, “*Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”.

Desde el punto de vista procesal, tanto las reglas procesales de la Convención como el principio de *interpretación conforme* previsto en el Artículo 93 de la CP, resultan aplicables, especialmente en punto de las garantías del debido proceso y del derecho de acceso a la justicia.

Esto último tiene una fuerte repercusión en el control judicial del laudo arbitral. Así, en los términos del Artículo 41 del EANI, en punto de las causales de anulación, salvo las causales 1ª sobre existencia y validez del pacto arbitral y 7ª sobre laudo en conciencia o en equidad cuando debía ser en derecho, las demás causales aluden a aspectos procedimentales.

Ello quiere decir que, en el caso colombiano, cuando se adelante un arbitraje en general y, de Derecho administrativo en particular donde ni siquiera está permitido el arbitraje en conciencia o en equidad, si las controversias surgieron “*con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales*”, conforme lo señala el inciso 3º del Artículo 1º del EANI, los árbitros están en la obligación de adecuar la interpretación de las normas procesales internas a las reglas procesales aplicables previstas en los tratados sobre derechos humanos de los cuales sea parte el Estado colombiano. Si dicha *interpretación conforme* no fuera posible, se deberá hacer uso de control de convencionalidad dando aplicación a la norma que, en menor medida restrinja el derecho.

En el caso de las normas sustantivas el asunto es un poco más complejo. Si bien es cierto que este mecanismo de solución de conflictos está fundado sobre los principios de autonomía e independencia, de lo cual se desprende que son los árbitros quienes escogen las reglas aplicables, no siendo posible cuestionar el laudo por esta razón, también lo es que, en el caso colombiano, en virtud de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, concepto que incluye los laudos arbitrales, es posible cuestionar un laudo arbitral por desconocimiento del derecho sustantivo, en lo que se conoce como defecto sustantivo.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, es posible cuestionar las providencias judiciales mediante el mecanismo constitucional de la acción de tutela. Así desde el año 1992⁵⁰¹, al conocer de una demanda con el Decreto 2591 de 1991⁵⁰², se admitió que, además de los recursos previstos en la ley, una providencia judicial es susceptible de ser cuestionada mediante la acción de tutela cuando se incurriera en una situación de hecho en la que se amenazara o desconociera el contenido de los derechos fundamentales. En todo caso, se trata de una violación flagrante y grosera de la Constitución, una contradicción en un nivel superlativo, contra la cual o no procede recurso alguno o ya se agotaron los previstos en el sistema jurídico⁵⁰³.

Posteriormente, cuando se revisó el proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que culminó en la Ley 270 de 1996, señaló que la competencia del juez constitucional para cuestionar una providencia judicial, se limita a situaciones que constituyen “*vías de hecho*”, definición que sería reemplaza años más tarde por las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

⁵⁰¹ Corte Constitucional de Colombia. SC-543, 1992.

⁵⁰² Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

⁵⁰³ Corte Constitucional de Colombia, ST-079, 1993; ST-173, 1993; ST-198, 1993; ST-368, 1993; ST-231, 1994; entre otras.

Sobre la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales, existe ya una línea jurisprudencial consolidada⁵⁰⁴. Así, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-174 de 1994, luego de hacer un recuento sobre las tesis de esta corporación en punto del arbitraje, en especial su naturaleza, características, la arbitrabilidad objetiva y subjetiva, realiza una sesuda explicación sobre la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales con fundamento en la tesis de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela.

En esta sentencia, recordó la Corte Constitucional que, por su naturaleza, el arbitraje es temporal, de suerte que, no siendo una jurisdicción adicional y paralela, no puede tener superior funcional que controle sus decisiones. Esto, en virtud de que, precisamente, se manifiesta la confianza sobre la adecuación del laudo arbitral al sistema jurídico, por lo que se excluye la intervención del aparato estatal de justicia

En consecuencia, no solo los recursos contra el laudo son extraordinarios y restrictivos, sino que, por lo general, se refieren a errores *in procedendo* e *in judicando*, con lo cual excluye la revisión *in integrum*. No se puede, entonces, a través de las causales de anulación en el Derecho administrativo colombiano, conocer del contenido del laudo arbitral como si fuera un recurso de apelación que desata una segunda instancia⁵⁰⁵.

Sin embargo, señaló la Corte Constitucional⁵⁰⁶, no están exentos los árbitros de la obligación de acatar el sistema jurídico, en especial la regla del debido proceso, ni siquiera cuando sus decisiones se fundan en la equidad, pues ninguna norma les ha otorgado un poder supra constitucional para desconocer las garantías fundamentales.

⁵⁰⁴ Véase, entre otras, Corte Constitucional de Colombia, ST-608, 1998; SU-837, 2002; SU-058, 2003; ST-1228, 2003; ST-192, 2004; ST-800, 2004; ST-920, 2004; ST-1201, 2005; ST-1017, 2006; ST-104, 2007; SU-174, 2007; ST-244, 2007; ST-972, 2007 y ST-1031, 2007.

⁵⁰⁵ En igual sentido, Corte Constitucional de Colombia, ST-570, 1994.

⁵⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia, SU-837, 2002.

Señaló además la Corte Constitucional en la sentencia SU-174 de 1994 que, en virtud (i) de la estabilidad de los laudos, (ii) la naturaleza excepcional del arbitraje, (iii) el respeto por la decisión de las partes de excluir el asunto de la justicia estatal y (iv) el carácter restrictivo de la intervención judicial frente a los laudos arbitrales, como regla, la acción de tutela no procede contra el laudo, contra el procedimiento arbitral ni contra los recursos que controlan laudo, salvo que se incurra en una vía de hecho que implique la afectación a un derecho fundamental.

Las situaciones en las que a juicio de la Corte Constitucional de Colombia⁵⁰⁷ resulta procedente la acción de tutela para cuestionar el laudo o el procedimiento arbitral son las mismas cuatro hipótesis con las que empezó la doctrina de las vías de hecho en el derecho colombiano: Defecto sustantivo, defecto orgánico, defecto procedimental y defecto fáctico.

Para el punto relativo al control de convencionalidad, sólo interesa el defecto sustantivo, por cuanto los otros tres defectos se pueden cuestionar mediante diversas causales del recurso de anulación. Por el contrario, el defecto sustantivo, salvo lo relativo a que el laudo se profiera en derecho o en conciencia debiendo ser en derecho, no es causal de anulación.

La vía de hecho por defecto sustantivo, en términos generales, se presenta cuando se hace uso de una norma inaplicable al caso concreto⁵⁰⁸. Las circunstancias específicas que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵⁰⁹ configuran el defecto sustantivo son las siguientes: (i) pérdida de vigencia de la norma, (ii) inconstitucionalidad, (iii) ausencia de conexión material, (iv) grave error en la interpretación, (v) insuficiente adecuación que genere afectación a derechos fundamentales, (vi) desconocimiento del precedente sobre el alcance de la disposición

⁵⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia, SU-174, 2007.

⁵⁰⁸ Corte Constitucional de Colombia, ST-231, 1994; ST-008, 1998; SU-047, 1999; SU-014, 2001; ST-1017, 1999.

⁵⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia, ST-087, 2007; ST-436, 2009.

y (vii) no hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad si ello fue solicitado por una de las partes⁵¹⁰.

En materia de arbitraje de Derecho administrativo, se presenta vía de hecho por defecto sustantivo en las mismas hipótesis generales, es decir, cuando la norma utilizada por los árbitros era inaplicable y como consecuencia de ello se vulnera de manera directa un derecho fundamental.

Agrega la Corte Constitucional que el defecto sustantivo, en el arbitraje de Derecho administrativo, se presenta cuando (i) el laudo se funda en una norma abiertamente inaplicable, (ii) se interpreta erróneamente la ley y, (iii) se interpreta erróneamente las cláusulas del contrato.

En todo caso, la escogencia y la interpretación errónea, de la ley y del contrato, debe repercutir en una afectación grave de derechos fundamentales, en caso contrario, no será procedente la acción de tutela⁵¹¹, criterio que, por supuesto, resulta aplicable al arbitraje de Derecho administrativo colombiano.

Además, dice la Corte Constitucional, es necesario que la sentencia que resuelve el recurso de anulación interpuesto contra el laudo no haya enmendado el error sustantivo y que persista luego de la resolución del recurso⁵¹².

En conclusión, el árbitro, como juez en el sentido lato de la expresión, habilitado por el artículo 116 de la CP para ejercer función jurisdiccional en el caso concreto, para titular del control de convencionalidad, se puede enfrentar a una de dos situaciones:

⁵¹⁰ Una explicación de cada hipótesis en QUINCHE RAMÍREZ, M. F., *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales*, Bogotá: Temis, 2013, 8ª ed., pp. 178 y s.s.

⁵¹¹ Corte Constitucional de Colombia, SU-058, 2003; ST-920, 2004.

⁵¹² Corte Constitucional de Colombia, SU-174, 2007. Esta exigencia, sin embargo, desconoce que, salvo que se alegue que el laudo se profirió en conciencia o equidad debiendo ser en derecho, la errónea escogencia de la ley o la errónea interpretación de la ley o del contrato no es causal de anulación del laudo, de suerte que no habrá posibilidad de agotar el recurso de anulación como requisito para la interposición de la acción de tutela.

La primera, si colisiona una disposición de derecho interno, que puede ser de naturaleza constitucional, legal o reglamentaria, con una norma de un tratado de derechos humanos que haga parte del bloque de constitucionalidad, al punto que se genera una antinomia que no permite el establecimiento de una regla de precedencia, el tribunal arbitral está en la obligación de inaplicar la norma de derecho interno en el caso concreto.

La segunda, cuando la disposición lo admita, se interpretará de conformidad con cualquiera de los tratados de derechos humanos que forman el bloque de constitucionalidad y que sirven de parámetro para el control de convencionalidad. En todo caso, para que se configure una vía de hecho por errónea interpretación, se exige que aquella sea arbitraria, es decir, que la interpretación careza de razonabilidad⁵¹³.

Si el tribunal arbitral, rehúsa una de estas obligaciones, la de la inaplicación del derecho interno en virtud del control de convencionalidad o la de la interpretación conforme a los tratados, incurrirá en una vía de hecho susceptible de ser cuestionada a través del mecanismo constitucional de la acción de tutela, por fuera de la responsabilidad internacional que se genera y, en consecuencia, de la apertura a una vía de reclamación ante los órganos del sistema interamericano de derechos humanos por vulneración de la Convención.

2.3.4 La Constitución como norma y su relación con los sistemas de control de constitucionalidad.

Partiendo de la premisa que son tres los grandes sistemas de control de constitucionalidad de la legislación: el sistema concentrado o europeo, el sistema difuso o norteamericano y el sistema mixto también conocido como difuso funcional, hay que reconocer que la excepción de inconstitucionalidad es una figura propia de los sistemas difusos de control de constitucionalidad.

En el sistema de control constitucional concentrado, que surge con la práctica del tribunal constitucional alemán (1919) y, en

⁵¹³ Corte Constitucional de Colombia. ST-1222, 2005.

especial, con la creación del tribunal constitucional de Austria (1920) a instancias de Hans Kelsen, la validez de la ley únicamente se puede cuestionar por el órgano habilitado para ello, dentro de un juicio abstracto de constitucionalidad donde el tribunal asume un rol de legislador negativo porque su única función es anular la ley⁵¹⁴.

La característica principal de este sistema es la existencia de un órgano especial, al que se llamó tribunal constitucional, que tiene un monopolio sobre el juicio de validez de la ley⁵¹⁵, aunque, en países como Alemania y España se permite que frente a normas expedidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, cualquier juez pueda ordenar su inaplicación bajo el entendido que la Constitución derogó la ley, sin que ello implique un juicio de control de constitucionalidad, sin que ello implique que los jueces ordinarios asuman el rol de tribunal de constitucionalidad, por cuanto, en todos los casos, su decisión es puramente declarativa y la norma sigue formalmente vigente dentro del sistema jurídico hasta tanto el tribunal constitucional emita una decisión de fondo.

El sistema de control difuso o norteamericano, surge con el fallo *Marbury Vs Madison* (1803), considerado el fallo más importante del derecho constitucional norteamericano y uno de los que más ha influido en el derecho constitucional occidental y, especialmente, en el control de constitucionalidad⁵¹⁶.

Como bien señala García de Enterría, la Constitución federal de 1787 incluirá la cláusula según la cual ésta es el derecho supremo del Estado (Art. 6, Secc. 2) de la cual surge la doctrina de la

⁵¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 56-57.

⁵¹⁵ FERRERES COMELLA, V., *Justicia Constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 29.

⁵¹⁶ SOLA, J.V., *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 187.

judicial review que otorgará a los tribunales el poder para declarar nulas las leyes que contradigan la Constitución⁵¹⁷.

En el sistema difuso, todos los jueces -se anticipa, los árbitros son jueces-, están no solo habilitados sino obligados a ejercer control de constitucionalidad y a inaplicar las normas que resulten contrarias a la Constitución. Puede ser, como observan algunos⁵¹⁸, que el control difuso permita algún grado de inseguridad jurídica en tanto las decisiones son de efecto *inter partes*, sin embargo, como el sistema jurídico norteamericano se inscribe dentro de la tradición del *common law*, en la medida en que los precedentes judiciales son fuente primaria del derecho, dicha objeción pierde sustento porque, una vez se produzca la declaratoria de inconstitucionalidad, la decisión resulta obligatoria para los jueces posteriores.

En el sistema de control mixto, también conocido como control difuso funcional por cuanto está asignado a todos los jueces del país, pero no de manera desordenada sino en razón de unas funciones claramente delimitadas⁵¹⁹, operan tanto instituciones del control concentrado como del control difuso o norteamericano, de allí que algunos también lo llamen sistema mixto⁵²⁰.

Sea cual fuere el sistema de que se hable, los tres tienen como finalidad la garantía jurisdiccional de la Constitución Política.

⁵¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., op. cit. p. 55. Por supuesto, estas ideas se plasman en *Marbury Vs Madison* donde se afirma de manera categórica que “Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument”.

⁵¹⁸ NARANJO MESA, V., *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Temis, 2010, 12ª ed., p. 391.

⁵¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, SC-1154, 2008; SC-122, 2011; SC-415, 2012.

⁵²⁰ BREWER-CARIAS, A. R., *Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

Ello nos lleva a plantearnos el siguiente interrogante: ¿Qué es la Constitución Política, en el sentido contemporáneo de la expresión?

Una vez resuelto este interrogante, se deberá precisar qué se entiende por excepción de inconstitucionalidad y, finalmente, abordar el interrogante acerca de si se puede, en el arbitraje de Derecho administrativo colombiano y español, hacer uso de esta figura.

Desde una perspectiva histórica, el concepto de Constitución Política asume una dimensión política y una dimensión jurídica. Desde la dimensión política, la Constitución, en los términos en que lo planteara Aristóteles en la *Política* equivale a la *politeia*, es decir, a la organización de los poderes del Estado o, en términos más coloquiales, a la forma de gobierno⁵²¹. Por el contrario, desde la dimensión jurídica, es necesario recurrir al derecho romano para el que, por Constitución, se entendía los edictos imperiales los cuales, por la suprema potestad del Emperador, estaban por encima de las demás normas reconocidas en el Imperio.

El concepto antiguo de Constitución, en su dimensión jurídica, sufrió muchas transformaciones durante la edad media hasta que, recién entrada la modernidad, se entendió por Constitución una *ley fundamental*⁵²². Esta nueva perspectiva, que no descarta la existencia de la Constitución como organización política, parte de reconocer a la Constitución, en un sentido absoluto, como *unidad* y *totalidad*, como una ley, superior a todas las demás leyes que le subordinan, que es sistemática, cerrada y normativa⁵²³.

Esta perspectiva unitaria, se altera tempranamente con la introducción en la Constitución de Filadelfia de la *IX Enmienda*, con la que se reconoce la existencia de derechos de naturaleza

⁵²¹ FIORAVANTI, M., *CONSTITUCIÓN. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2011, p. 19.

⁵²² *Ibidem.* p. 79.

⁵²³ SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1982, p. 33.

constitucional por fuera del propio texto. Así, cuando la norma señala que “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”, se está abriendo la posibilidad de reconocer como parte de la Constitución normas que, formalmente, están por fuera pero que materialmente se le integran.

Precisamente, a partir de la DC-44 de 1971⁵²⁴ en la que el Consejo Constitucional francés admitió que la Constitución de Francia de 1958, conocida como Constitución de la V República se componía de su propio texto, del Preámbulo y *des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, hizo carrera en el derecho francés la teoría de los principios y reglas de valor constitucional que más tarde se llamaría *bloc de constitutionnalité*.

En conclusión, la Constitución Política ya no es un documento único sino uno documento compuesto, del que hacen parte tanto el texto constitucional como todas las demás normas que la misma Constitución prevea como parte de ella, es decir, ya no es Constitución como *ley fundamental* sino como *sistema normativo constitucional*.

En tal sentido, si la Constitución Política es un sistema normativo y, por definición, un sistema normativo es un sistema de normas vinculantes, que gozan de coacción⁵²⁵, quiere decir que los jueces están obligados a aplicar de preferencia cualquier norma integrante de dicho sistema. Así, cuando el contenido de una norma *N*, sea contrario al contenido de una cualquiera norma integrante del sistema normativo constitucional *N_I*, se habrá de reconocer la ausencia de validez constitucional material.

Si no existe posibilidad de que la norma se adecúe a la Constitución Política porque en el juicio lógico de subsunción se concluye que el acto determinado *N_I* no corresponde a las

⁵²⁴ Consejo Constitucional francés. DC-44 de 1971.

⁵²⁵ KELSEN, H., *op. cit.* p. 68.

consecuencias jurídicas del acto determinante *N*, se dirá que la invalidez es de naturaleza absoluta.

Por el contrario, si el juicio lógico de subsunción se hace a la luz de las circunstancias particulares del caso, de modo que los efectos de la norma sobre sus destinatarios introducen el elemento cumplimiento de los fines *F* a efectos de determinar la validez constitucional, se puede afirmar que, si la norma *N_I* corresponde al supuesto de hecho previsto en *N*, pero contraría *F* entonces, para ese solo caso, la norma carecerá de validez, en la hipótesis de invalidez relativa. Cuando ocurre el segundo supuesto, se abre la vía para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

2.3.5 La excepción de inconstitucionalidad como expresión del control de excepción.

La excepción de inconstitucionalidad es una herramienta propia del control difuso de constitucionalidad, de naturaleza hermenéutica, que parte del concepto de validez de la norma, pero no tanto de la validez formal como de la validez material, en todo caso, condicionado a las circunstancias particulares del caso.

Conforme lo que se viene diciendo, la excepción de inconstitucionalidad es posible en el escenario de un sistema estático y no de un sistema dinámico en el que se admite la posibilidad de validez -o ausencia de validez, para el caso es lo mismo- circunstancial. Asimismo, opera en un escenario en el que la regla es que las normas se ajusten a la Constitución Política, bien por el principio de presunción de constitucionalidad, ora por el mandato democrático a partir del cual estas se expiden.

Los elementos que deben concurrir para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad son los siguientes: (i) la existencia de una contradicción normativa entre un acto determinante que en todo caso será la Constitución Política y un acto determinado que puede ser la ley o una norma de inferior jerarquía⁵²⁶. (ii) la contradicción debe ser superlativa, en el entendido de que no cabe discusión alguna sobre la existencia de

⁵²⁶ BERNAL CANO, N., *La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 229.

la contradicción. (iii) la existencia de un proceso judicial o administrativo en el que se debe aplicar el acto determinado que resulta contrario a la Constitución. (iv) la obligación de argumentar la decisión. (v) que la contradicción surja de las circunstancias particulares del caso. (vi) un carácter puramente declarativo de la decisión. (vii) un efecto *inter partes* a la decisión.

A partir de lo anterior, se puede decir, sin perjuicio de dejar algún elemento por fuera, que la excepción de institucionalidad es una herramienta mediante la cual se inaplica una norma por ser contraria a la Constitución Política, en un caso concreto y con efecto *inter partes*, por el sujeto que tiene la competencia para resolver de fondo el asunto, dentro de un proceso judicial o administrativo, público o privado, sin afectar la vigencia de la misma.

La excepción de inconstitucionalidad tiene un doble fundamento axiológico-normativo. Por un lado, el principio de la supremacía de la Constitución. Por el otro, el valor máximo de la justicia. Un análisis de cada uno dará una mejor comprensión de la figura de la excepción de inconstitucionalidad.

Respecto del principio de la supremacía constitucional, como señala García de Enterría⁵²⁷, la idea de un derecho superior a la soberanía parlamentaria, proviene del derecho natural afirmado por los revolucionarios norteamericanos en su lucha contra los ingleses. Precisamente, en El Federalista, Hamilton propone que los jueces tengan una mayor vinculación a la Constitución (*superior obligation and validity*), llegando al deber de inaplicar las normas que le sean contrarias⁵²⁸.

A partir de esta consideración, en *Marbury vs. Madison* (1803) el juez Marshall afirma que “*that a law repugnant to the constitution is void*”, con lo que este principio alcanza su máximo esplendor. Es esa “*lógica de Marshall*”, conforme la cual, si la Constitución es la ley suprema, que no puede ser derogada por

⁵²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.* p. 51.

⁵²⁸ *Ibidem.* p. 54.

una ley ordinaria, la que funda de validez axiológica el principio de la supremacía de la Constitución⁵²⁹.

Contrario a lo sucedido en el sistema norteamericano, el constitucionalismo europeo se mantuvo al margen de esta corriente quizá, como explica García de Enterría⁵³⁰, por la prevalencia del principio monárquico. La aceptación en Europa del principio de la supremacía de la Constitución se daría a partir de 1919 con la Constitución alemana de Weimar, la instauración del tribunal constitucional austriaco en 1920, pero muy especialmente, luego de la segunda postguerra por la necesidad de colocar un límite a la ley, norma en nombre de la cual se habían cometido algunos de los más grandes horrores de la humanidad.

Según afirma Ferrajoli⁵³¹, el surgimiento de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la expedición de las constituciones de Italia en 1948 y Alemania en 1949, fueron el paso de un Estado de derecho a un Estado constitucional donde la Constitución se erigió como límite formal y material de la ley. Luego de esto vendría la puesta en funcionamiento de los tribunales constitucionales europeos con lo que no volvería a estar en entredicho el principio de la supremacía constitucional.

En segundo lugar, está el valor máximo de la justicia. Dejando de lado las disquisiciones teóricas acerca de su contenido deontológico, ontológico y axiológico, lo que interesa es señalar el papel que la justicia cumple a la luz de la excepción de inconstitucionalidad y de la posibilidad de su aplicación en el arbitraje.

⁵²⁹ NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 674-678. SOLA, J.V., *op. cit.*, p. 63.

⁵³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.* p. 54.

⁵³¹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, 2ª ed., p. 67.

Según expresaba Radbruch⁵³², la tensión entre la justicia y la seguridad jurídica se debió resolver en favor del derecho positivo, salvo cuando la injusticia fuera tan insoportable que se considerara a la legislación como falso derecho. Si la justicia es el valor por antonomasia de la sociedad, es claro que la Constitución se acepta, *Per se*, como una norma de contenido justo y, toda la legislación que le contraría es, de la misma manera, injusta.

Lo anterior no quiere decir que toda norma que se considere injusta será desatendida. Según Radbruch⁵³³, contradicciones leves entre seguridad jurídica y justicia se ponderan en favor de la primera. Por el contrario, normas exagerada o insoportablemente injustas deben ser inaplicadas. Es, en otras palabras, la tesis de la justicia como fundamento de una presunción fuerte de constitucionalidad.

Con este escenario, se puede revisar la posibilidad de que los árbitros, como alcance sustantivo de sus funciones, hagan uso de la excepción de inconstitucionalidad, expresión del control de excepción, en los arbitrajes de Derecho administrativo colombiano y español.

2.3.5.1 La excepción de inconstitucionalidad en el arbitraje de Derecho administrativo en el sistema jurídico colombiano.

En el sistema jurídico colombiano, la excepción de inconstitucionalidad tiene fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política, en el cual se señala que, la Constitución es *normas de normas* y que, en todo caso de contradicción entre ésta y cualquiera otra norma jurídica, se habrá de preferir las disposiciones constitucionales, de suerte que, además de la jerarquía normativa propia de los sistemas jurídicos modernos, existe la expresa obligación de inaplicar las disposiciones que sean contrarias a la Constitución Política, obligación que, por supuesto, se aplica en los arbitrajes de Derecho administrativo.

⁵³² RADBRUCH, G., *op. cit.*, p. XVI.

⁵³³ *Ibidem*. p. 14.

Los elementos que deben concurrir para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en el derecho colombiano, que no distan mucho de los siete que se plantearon en la parte general, son los siguientes: (i) la existencia de una contradicción normativa. (ii) un nivel superlativo de la contradicción. (iii) un proceso judicial o administrativo donde se haga uso de la excepción. (iv) la obligación de argumentar la decisión. (v) una contradicción que surja de las circunstancias particulares del caso. (vi) un carácter puramente declarativo de la decisión. (vii) un efecto *inter partes* a la decisión y (viii) un elemento adicional, propio del sistema de control constitucional colombiano donde existe una acción pública de inconstitucionalidad, que la norma que se inaplica no haya sido declarada constitucional en un proceso de constitucionalidad abstracta, salvo que se configure una cosa juzgada relativa, caso en el cual procederá la excepción frente a aquellos aspectos que no fueron objeto de análisis en la sentencia⁵³⁴.

Cuando en un arbitraje de Derecho administrativo se presenta una contradicción entre la norma aplicable al laudo y una norma constitucional, dadas las condiciones que se acaban de señalar, el árbitro está en la obligación, no en la posibilidad, de hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, en virtud del siguiente fundamento jurídico.

En primer lugar, frente a la jerarquía de las normas y el principio de la supremacía de la Constitución Política, el artículo 4º precitado señala que, la Constitución es normas de normas y en caso de contradicción ésta y cualquiera otra norma jurídica, se habrá de preferir las disposiciones constitucionales, a lo cual se suma el artículo 6º *ibidem*, donde señala que, los particulares son responsables por infringir la Constitución y la ley, los servidores públicos por la misma razón y la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

En segundo lugar, el sistema de fuentes. Según el artículo 230 de la CP, *los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley*. Reconociendo que, en el caso colombiano se aplica el concepto dualista de ley, y que la Constitución es

⁵³⁴ Corte Constitucional de Colombia. SC-600, 1998.

normas de normas, se concluye que, los jueces, para el caso los árbitros en litigios de Derecho administrativo, están sometidos al imperio de la Constitución y que, en caso de contradicción entre ésta y otra disposición deben hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad.

No hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, si bien no da lugar a causal de recurso de anulación, sí puede configurar, en el caso colombiano, una causal genérica de procedibilidad de la acción de tutela contra el laudo arbitral, anteriormente llamada tutela por vía de hecho.

En una primera etapa, la Corte Constitucional⁵³⁵ consideró que, no hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, configuraba, en términos generales, un defecto sustantivo, en tanto no se daba aplicación preferente a la Constitución Política como disposición aplicable.

Luego, consideró el defecto sustantivo como causal genérica, pero señaló que, en este evento preciso, también se configura una causal específica que denominó *violación directa de la Constitución*⁵³⁶, postura esta que, a pesar de su abstracción, permite de manera más precisa la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad⁵³⁷.

Según Ibáñez Najar⁵³⁸, la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales se rige por las siguientes reglas jurisprudenciales: (i) respeto por un margen de autonomía en la decisión de los árbitros, (ii) la exigencia de que el laudo afecte directamente un derecho fundamental, (iii) el reconocimiento de una vía de hecho debe respetar la naturaleza del arbitraje y, (iv)

⁵³⁵ Corte Constitucional de Colombia. SU-014, 2001; SU-159, 2002; SC-590, 2005; SU-881, 2005; ST-808, 2007; ST-178, 2012.

⁵³⁶ Corte Constitucional de Colombia. ST-949, 2003; ST-453, 2005; SC-590, 2005; ST-551, 2010; ST-1028, 2010; SU-195, 2012, SU-132, 2013.

⁵³⁷ QUIROGA NATALE, E. A., *Tutela contra providencias judiciales*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2014, p. 151.

⁵³⁸ IBÁÑEZ NAJAR, J. E., *La acción de tutela contra laudos arbitrales*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009, p. 143.

por su carácter subsidiario, la acción de tutela solo procede cuando se agotaron los recursos contra la decisión.

Igual a como se señaló en el acápite sobre control de convencionalidad, se presenta vía de hecho por defecto sustantivo o violación directa de la Constitución, según se quiera hacer uso de la causal genérica o la causal específica, cuando la norma utilizada por los árbitros era inaplicable por inconstitucional y como consecuencia de ello se vulnera de manera directa un derecho fundamental. Así, además de que la ley o la cláusula del contrato debe ser contraria a la Constitución Política, también se presenta defecto sustantivo por errónea interpretación, de la ley o del contrato.

Sin embargo, en este último supuesto, no basta con la existencia de una interpretación contraria al querer del juez de tutela, sino que se requiere que aquella sea arbitraria. Es decir, es el árbitro y no el juez de tutela quien interpreta la ley y el contrato, y solo en aquellos eventos en los que la interpretación careza de razonabilidad se admitirá la intervención constitucional⁵³⁹.

En conclusión, cuando se dan las condiciones para la excepción de inconstitucionalidad y el árbitro no hace uso de ella, se configura una causal de procedibilidad de la acción de tutela frente al laudo arbitral, de suerte que, si bien el arbitraje se fundamenta en el principio de la autonomía del árbitro en la escogencia del derecho aplicable, en el caso colombiano dicho alcance está limitado por la supremacía de la Constitución Política y por la obligación de hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad si se dan las condiciones para ella.

2.3.6 La cuestión de inconstitucionalidad en los arbitrajes de Derecho administrativo en el sistema jurídico español.

En el caso español, no tiene cabida la excepción de inconstitucionalidad, tal y como se le conoce en el caso colombiano, es decir, como una potestad de cualquier autoridad,

⁵³⁹ HERRERA MERCADO, H., La impugnación de los laudos arbitrales. Análisis legal y jurisprudencial, Bogotá, Legis, 2014, p. 180.

judicial o no, y de cualquier particular, para inaplicar, en virtud del artículo 4 de la CP, la ley -o norma con fuerza material de ley-, que resulte contraria a la Constitución Política, por vicios de fondo, bien sea en el caso concreto o en la generalidad de los casos.

Sin embargo, en virtud de la disposición contenida en el artículo 9-1 de la CE, según el cual, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, se abre la posibilidad para otras formas de control constitucional que surjan de los casos concretos, como la prevista en el artículo 163 de la CE, donde se prevé que, si en el curso de un proceso, se advierte por el órgano judicial, que una *norma con rango de ley*, aplicable al caso y fundamento directo de la decisión, pueda ser contraria a la Constitución, se planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, de allí la denominación de *cuestión de inconstitucionalidad*.

Del contenido del artículo 9-1, se desprende la doble sujeción del juez a la Constitución -principio de supremacía constitucional- y a la ley -principio de legalidad previsto en el artículo 117-1 CE-, de donde surge, primero, la obligación de no ignorar la posible inconstitucionalidad de la ley y, segundo, la imposibilidad para el juez ordinario de inaplicar la ley por estar ante un control constitucional concentrado⁵⁴⁰.

Así, conforme lo señaló el Tribunal Constitucional español⁵⁴¹, el juez no puede ignorar la posible inconstitucionalidad de la ley, pero la dignidad de la ley impide su inaplicación de donde surge la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la única facultad del juez ordinario es la de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sobre la base de un aspecto constitucional relacionado con el proceso judicial, para que el Tribunal haga el

⁵⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 4 del 2 de febrero de 1981. AA.VV. *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, 1997, p. 5-50.

⁵⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 17 del 1 de junio de 1981.

examen de fondo, haciendo abstracción del caso concreto y sin revisar la legalidad del proceso⁵⁴².

La cuestión de inconstitucionalidad, se enmarca en una variable del control concentrado, propio del sistema europeo de control de constitucionalidad, donde se encarga a un único órgano, especializado, la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. En el control concentrado, existe un proceso autónomo de constitucionalidad, adelantado por un órgano especializado, a instancia de quien haya sido legitimado para promover el control, que termina con una declaración general sobre la validez de la norma⁵⁴³.

En el caso español, el control es concentrado porque está en cabeza de un órgano especializado, denominado Tribunal Constitucional, pero, para un sector de la doctrina⁵⁴⁴, tiene elementos de carácter difuso, en tanto los jueces y los tribunales participan cuando inaplican, con efecto *inter partes*, por derogatoria tácita, en virtud del numeral tercero de la disposición derogatoria de la CE, las leyes preconstitucionales que resulten abiertamente contrarias a la Constitución.

En el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, se trata de un control concentrado, porque nace de un proceso concreto, aunque el examen se haga en abstracto⁵⁴⁵. Según Cruz Villalón⁵⁴⁶, se trata de un control concentrado impropio, en tanto se asemeja al control concreto norteamericano, pero, impropio porque sólo se autoriza al funcionario judicial a iniciar el proceso ante el Tribunal Constitucional, que lo realiza en abstracto y con los mismos efectos del recurso de inconstitucionalidad.

⁵⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 6 del 24 de enero de 1984.

⁵⁴³ GARCÍA COUSO, S. *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 21.

⁵⁴⁴ *Ibidem.* p. 24.

⁵⁴⁵ *Idem.* p. 32.

⁵⁴⁶ CRUZ VILLALÓN, P. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918 – 1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 43.

Aún más, para el Tribunal Constitucional español⁵⁴⁷, en la medida en que la Constitución es una norma superior y posterior - criterios jerárquico y temporal, respectivamente-, se presenta una inconstitucionalidad y una pérdida de vigencia, y el juez puede inaplicar la ley al entender que ha quedado derogada en virtud de su contrariedad con la Constitución. En otras palabras, dijo el Tribunal Constitucional⁵⁴⁸, con la declaratoria de derogatoria tácita no se enjuicia la ley.

Solo en el evento de que no sea posible tal derogatoria, se viene a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, de suerte que, diríamos nosotros, no sólo es un control de vigencia sino también un control de constitucionalidad, una especie de control constitucional difuso que abre la vía para la aplicación, en el caso español, de la excepción de inconstitucionalidad, pero no por los hechos particulares sino por la invalidez absoluta.

2.3.6.1 Fundamento normativo.

La cuestión de inconstitucionalidad encuentra su fundamento normativo en el artículo 163 de la CE, el cual expresa que, cuando en el curso de un proceso judicial, se considere que una norma con rango de ley, que sirva de fundamento a la decisión, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, conforme lo regule la ley.

La Ley Orgánica 2 de 1979, del Tribunal Constitucional, regula a partir del artículo 35 la cuestión de inconstitucionalidad. Frente a la legitimación, señala el artículo 35-1 que, los jueces y los tribunales, de oficio o a petición de parte, si consideran que la norma de cuya validez depende el fallo puede ser contraria a la Constitución, plantearán la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

En punto de los requisitos de forma y del procedimiento, precisa el artículo 35 de la LOTC que se deben cumplir las siguientes

⁵⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 4 del 2 de febrero de 1981.

⁵⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 105 del 2 de febrero de 1988.

exigencias procedimentales, las cuales son de naturaleza concurrente y secuencial:

Primero, conforme al numeral 2, la cuestión de inconstitucionalidad no se puede plantear en cualquier momento, sino que ella procede una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar la sentencia o la resolución que corresponda;

Segundo, se oirá a las partes y al Ministerio Fiscal sobre su pertinencia por un plazo común e improrrogable de diez días. Esto resulta conducente para disipar dudas sobre la constitucionalidad de la norma⁵⁴⁹ y para delimitar aún más la cuestión de inconstitucionalidad que se planteará ante el Tribunal Constitucional⁵⁵⁰. De este modo, se colabora en la formación de la decisión del juez sin que los argumentos de las partes y del Ministerio Fiscal resulten vinculantes⁵⁵¹.

Tercero, el juez o tribunal resolverá por auto no susceptible de recurso. La negativa del juez a dar curso a la cuestión de inconstitucionalidad, inclusive cuando ella se origina a petición de parte, tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional⁵⁵², no constituye violación del derecho a la tutela judicial efectiva, en los términos previstos en el artículo 117 de la CE⁵⁵³ de donde se concluye que es una potestad exclusiva del juez determinar su procedencia⁵⁵⁴.

Cuarto, el auto debe contener ciertos requisitos formales, los cuales viene a constituir los requisitos de procedibilidad y que tienen tal trascendencia, que resulta necesario detenerse un momento para su explicación.

⁵⁴⁹ Auto del Tribunal Constitucional. No. 185 del 24 de abril de 1990.

⁵⁵⁰ Auto del Tribunal Constitucional. No. 875 del 5 de diciembre de 1985. AA.VV. *Jurisdicción y procesos constitucionales*, op. cit., p. 5-57.

⁵⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 67 del 24 de mayo de 1985.

⁵⁵² Auto del Tribunal Constitucional. No. 10 del 12 de enero de 1983.

⁵⁵³ En el mismo sentido, GARCÍA COUSO, S. op. cit., p. 28.

⁵⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 119 del 5 de junio de 1981.

a) La concreción de la norma objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. Según el artículo 35-2 de la LOTC, le corresponde al órgano judicial, juez o tribunal, “concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona”, de suerte que, una vez esto queda delimitado, el Tribunal Constitucional se condiciona, en virtud del principio de congruencia propio de la justicia rogada y del principio de igualdad, predicable de quienes son parte en el proceso así como del Ministerio Fiscal y que presentan sus alegaciones respecto de la norma enunciada por el juez, a realizar un examen exclusivamente frente a la norma cuestionada, sin que pueda extender de oficio su examen a otras disposiciones⁵⁵⁵.

Es de tal importancia la identificación clara y precisa de la norma que, no hacerlo, se reitera, impide a las partes y al Ministerio Fiscal pronunciarse sobre ellas y ello, en sí mismo, constituye un límite objetivo del trámite de cuestión de inconstitucionalidad⁵⁵⁶.

b) El señalamiento del precepto constitucional presuntamente infringido. Enseguida el juez debe hacer el señalamiento del precepto constitucional supuestamente infringido. Conforme lo señala el Tribunal Constitucional español, no basta la cita del precepto constitucional, sino que es necesario que se expliciten las razones que llevaron al juzgador a concluir que la norma está siendo quebrantada. No basta, agrega el Tribunal Constitucional, que se haga una referencia a las dudas del juez o a los alegatos de las partes o del Ministerio Fiscal. Es necesario, que se haga un juicio, siquiera sumario, sobre la ausencia de simetría entre la norma enjuiciada y el precepto constitucional⁵⁵⁷.

Es de tal magnitud la importancia de este requisito que, cuando no se cumple, no está obligado el Tribunal Constitucional a dar curso a la solicitud, en razón a que no le corresponde adivinar las razones de la inconstitucionalidad, y si hiciera tales cábalas,

⁵⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 114 del 14 de abril de 1994. En el mismo sentido, AA.VV. *Jurisdicción y procesos constitucionales*, op. cit., p. 5-60.

⁵⁵⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 83 del 8 de marzo de 1993.

⁵⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 17 del 1 de junio de 1981.

afectaría el principio de igualdad de las partes al aceptar razones que no pudieron controvertir⁵⁵⁸.

c) El juicio de relevancia. Finalmente, está el juicio de relevancia. Según García Couso⁵⁵⁹, la expresión juicio de relevancia, no aparece ni en la CE ni en la LOTC, sino que se trata de un término de origen jurisprudencial y que viene a constituir un requisito fundamental para el trámite de la cuestión de inconstitucionalidad. Tanta es su importancia que el juez está en la obligación de exteriorizarlo⁵⁶⁰ y si éste no es efectivo no se da curso a la cuestión⁵⁶¹.

Para el Tribunal Constitucional español, el juicio de relevancia es el “*esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada*”⁵⁶². En otras palabras, la relevancia gira en punto de un criterio de necesidad, que obliga a que quede demostrado que la norma es absolutamente necesaria para proferir la decisión⁵⁶³.

Finalmente, en el numeral tercero se precisa que, el proceso se suspenderá provisionalmente hasta tanto el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Si fuere admitida, permanecerá suspendido hasta tanto haya una decisión de fondo por el Tribunal Constitucional.

Un dato relevante en punto de la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad, es el que ella procede en cualquier momento, a diferencia del recurso de inconstitucionalidad que tiene un tiempo preciso para su ejercicio; procede frente a normas derogadas; e, incluso, respecto de normas respecto de las cuales se adelantó control constitucional mediante el recurso de inconstitucionalidad y éste fue descartado, de suerte que se abre

⁵⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 4 del 2 de febrero de 1988.

⁵⁵⁹ GARCÍA COUSO, S. *op. cit.*, p. 31.

⁵⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 14 del 29 de abril de 1981.

⁵⁶¹ GARCÍA COUSO, S. *op. cit.*, p. 32.

⁵⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 76 del 26 de abril de 1990.

⁵⁶³ Auto del Tribunal Constitucional. No. 107 del 30 de enero de 1986.

la puerta a una *ductilidad constitucional*, que permite revisar y corregir estándares de interpretación⁵⁶⁴.

2.3.6.2 Naturaleza.

La naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad, viene marcada por su finalidad. De este modo, se le considera como un instrumento de control concreto de constitucionalidad⁵⁶⁵. Se dice que es concreto por el origen, por cuanto necesita de un proceso ordinario, pero en todo caso es un control abstracto de validez de la ley⁵⁶⁶.

Para el Tribunal Constitucional español⁵⁶⁷, la cuestión de inconstitucionalidad no es un instrumento de depuración general del ordenamiento jurídico, ni una acción para impugnar en directo y abstracto la ley, sino un mecanismo judicial para conciliar la doble sujeción del juez a la Constitución y a la ley. Tampoco es un instrumento para refrendar la constitucionalidad de la ley, sino únicamente para declarar su inconstitucionalidad cuando haya lugar a ello⁵⁶⁸.

Por el trámite que le corresponde, hay quienes afirman que se trata de una *cuestión prejudicial de inconstitucionalidad*, en tanto suspende el proceso una vez el juez advierte que la norma de que depende el fallo puede ser inconstitucional, hasta tanto se pronuncie de fondo el Tribunal Constitucional⁵⁶⁹.

De la misma opinión es el Tribunal Constitucional español⁵⁷⁰, que afirma que la cuestión de inconstitucionalidad es una “vía de prejudicialidad constitucional”, en tanto se requiere de la

⁵⁶⁴ GARCÍA COUSO, S. *op. cit.*, p. 34.

⁵⁶⁵ AA.VV. Jurisdicción y procesos constitucionales, *op. cit.*, p. 5-49.

⁵⁶⁶ AA.VV. Jurisdicción y procesos constitucionales. *op. cit.* p. 5-50.

⁵⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 17 del 1 de junio de 1981. Auto del Tribunal Constitucional. No. 296 del 14 de octubre de 1992.

⁵⁶⁸ AA.VV. Jurisdicción y procesos constitucionales. *op. cit.* p. 5-61.

⁵⁶⁹ GARCÍA COUSO, S. *op. cit.*, p. 25.

⁵⁷⁰ Auto del Tribunal Constitucional. No. 69 del 17 de febrero de 1983.

existencia de un proceso ordinario en curso, el cual se suspende hasta tanto haya pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de la disposición.

También se afirma que es prejudicial evolutiva y prejudicial absoluta. Lo primero, por cuanto, al ser un antecedente lógico para la solución del caso, se debe reenviar al órgano competente - Tribunal Constitucional-, para que decida de fondo. Lo segundo, porque el proceso constitucional es independiente y nace con el auto de planteamiento⁵⁷¹.

Entre la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso de inconstitucionalidad, conforme lo señala el Tribunal Constitucional español⁵⁷², existe una identidad de orden teleológico, que se concreta en dos aspectos esenciales: no tiene en consideración aspectos subjetivos y, en consecuencia, es puro control abstracto de constitucionalidad.

En otras palabras, la cuestión de inconstitucionalidad, aunque tiene elementos o sustantividad propia, no es del todo distinta frente al recurso de inconstitucionalidad, más bien le complementa. Ella es consecuencia de que no se haya hecho cuestionamiento a la ley dentro del plazo previsto para ello, de donde se habilita a los jueces para que, sin límite temporal, puedan activar el control constitucional⁵⁷³.

2.3.6.3 Objeto.

De conformidad con el artículo 163 de la CE, la cuestión de inconstitucionalidad procede frente a normas *con rango de ley*. Se excluyen, en consecuencia, todas las normas infralegales, incluyendo aquellas que reglamentan la ley, las cuales ni siquiera

⁵⁷¹ CORZO SOSA, E. *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 538.

⁵⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 238 del 17 de diciembre de 1992.

⁵⁷³ GARCÍA COUSO, S. *op. cit.*, p. 27.

pueden ser utilizados como fundamento del control, tal y como lo sentenció el Tribunal Constitucional⁵⁷⁴.

Para evitar confusiones frente a qué normas caben dentro de la definición “*con rango de ley*”, el Legislador español, en uso de su libertad de configuración, precisó en el artículo 27-2 de la LOTC, las normas susceptibles de ser enjuiciadas: “*a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas. b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. (...). c) Los Tratados Internacionales. d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales. e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, (...) f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas*”.

Según un sector de la doctrina⁵⁷⁵, se trata de normas y de actos que se pueden denominar primarios, en tanto guardan una relación directa con la CE en el caso de las normas y actos estatales, o entre la Constitución y el respectivo estatuto de autonomía, en el caso de las normas y actos autonómicos. Agrega Fernández de Frutos, que se descartan aquellas normas que no están enlistadas en el artículo 27-2 de la LOTC⁵⁷⁶.

En consecuencia, conforme a los artículos 163 de la CE, 27-2 y 35-1 de la LOTC, están excluidas del ámbito de la cuestión de inconstitucionalidad, todas las demás disposiciones no enunciadas o cuya naturaleza no corresponda a alguna de ellas, en tanto no tienen rango de ley.

2.3.6.4 Competencia.

La cuestión de inconstitucionalidad, de conformidad con el artículo 163 de la CE, es competencia exclusiva del *órgano judicial* que se encuentre tramitando un proceso en el que una norma, con rango de ley, directamente aplicable al caso, y de

⁵⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 169 del 21 de junio de 1993.

⁵⁷⁵ FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M. *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2003, p. 42.

⁵⁷⁶ *Ibidem*. p. 43.

cuya validez dependa la decisión, sea aparentemente contraria a la Constitución.

Dicha norma nos remite, inmediatamente, al artículo 117-1 de la CE, contenido de la regulación general sobre el poder judicial, el que señala que la justicia emana del pueblo y que se ejerce por *jueces y magistrados*, sometidos al imperio de la ley. Agrega el numeral 3 de la norma en cita que, la potestad jurisdiccional, corresponde en forma exclusiva a los jueces y tribunales determinados por la ley.

En razón a lo anterior, un sector de la doctrina⁵⁷⁷, para no restringir el ámbito subjetivo de la cuestión de inconstitucionalidad, sugiere no hacer referencia a *órganos judiciales* sino a *potestad jurisdiccional*, concepto que considera comprensivo de órganos que, de no ser así, quedarían por fuera injustificadamente, como es el caso de la justicia militar, del Tribunal de Cuentas, del Tribunal Constitucional, del Único Tribunal Consuetudinario y del Tribunal de Aguas de Valencia⁵⁷⁸.

2.3.7 Los árbitros frente a la cuestión de inconstitucionalidad.

Conviene preguntarse en este momento, si en el sistema jurídico español, los árbitros son titulares de la competencia para hacer uso de la cuestión de inconstitucionalidad, habida cuenta que, en el sistema jurídico colombiano, están habilitados para hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad que, si bien no son figuras idénticas, en tanto la excepción es más invasiva de la función legislativa, y guardadas las justas proporciones, tendrían la misma finalidad, que no es otra que la de salvaguardar el principio de supremacía constitucional, ante la existencia de normas de rango legal que, siendo fundamento directo de la decisión a adoptar, resultan contrarias a la Constitución.

⁵⁷⁷ CORZO SOSA, E. *op. cit.*, pp. 174-175.

⁵⁷⁸ *Ibidem.* p. 175.

Conforme se precisó en el capítulo I, el arbitraje no es función judicial, sino *cuasi-jurisdiccional* o *para-jurisdiccional*, en tanto no figura dentro de la regulación del artículo 117-1 de la CE, que habla únicamente de jueces y tribunales como integrantes del poder judicial, pero es compatible constitucionalmente con dicha función, a partir de los elementos comunes que existen entre uno y otra.

En efecto, como lo señala el Tribunal Constitucional español⁵⁷⁹ y un sector de la doctrina⁵⁸⁰, los árbitros no son jueces, toda vez que no figuran en el artículo 117 de la CE, ni pueden ejecutar lo juzgado⁵⁸¹, para lo cual necesitan del “*brazo secular del Juez*” para dotar de fuerza al laudo⁵⁸².

Si bien es cierto, mediante el arbitraje se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24 de la CE, en casi los mismos términos en que lo harían los jueces y tribunales -se descartan las materias no disponibles y la ejecución del laudo-, en este (i) se garantizan principios del debido proceso como los de audiencia, contradicción e igualdad, (ii) se crea un título -laudo- de ejecución forzosa y, (iii) existen vías judiciales de anulación del laudo, conforme lo afirman la doctrina⁵⁸³ y el Tribunal Constitucional⁵⁸⁴.

En consecuencia, si la cuestión de inconstitucionalidad se restringe, subjetivamente, a quienes ejercen *potestad jurisdiccional*, sentido amplio de la expresión *jueces y tribunales*, y si los árbitros no son jueces, en tanto no ejercen función jurisdiccional, sino *cuasi-jurisdiccional*, mal se haría en concebir la posibilidad, desde esta perspectiva teórica y normativa, de

⁵⁷⁹ Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 del 20 de julio de 1993.

⁵⁸⁰ GARCÍA PÉREZ, M., *op. cit.*, p. 28.

⁵⁸¹ BALLESTEROS PANIZO, *op. cit.* p. 35.

⁵⁸² Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 del 20 de julio de 1993.

⁵⁸³ BALLESTEROS PANIZO, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 174 del 23 de noviembre de 1995.

adscribir a los árbitros la competencia para hacer uso de la cuestión de inconstitucionalidad.

A dicha conclusión ha llegado la doctrina⁵⁸⁵ cuando afirma que, los únicos espacios de intersección entre el arbitraje y la función judicial, están dados por (i) la posibilidad de renunciar al arbitraje y acudir a la esfera jurisdiccional, (ii) el efecto de cosa juzgada del laudo, (iii) la existencia de un recurso judicial de anulación y (iv) agregaríamos, la posibilidad de una ejecución judicial forzada del laudo, sin que en momento alguno se habilite, en razón de la inexistencia de una naturaleza judicial del arbitraje, al ejercicio de potestades reservadas para quienes, en estricto sentido y desde su propia naturaleza, ejercen potestad jurisdiccional, como en el caso de los jueces y tribunales.

A lo anterior se suma que, si los árbitros no pueden plantear la cuestión de inconstitucionalidad, y si los espacios de ejecución forzosa del laudo y de recurso de anulación, no permiten discutir la constitucionalidad de las normas que sirvieron de fundamento directo a la decisión, en tanto no es eso lo que se discute en cada escenario, no queda espacio alguno para ejercer o promover el control de constitucionalidad de la legislación en el arbitraje⁵⁸⁶.

A igual conclusión arriba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español⁵⁸⁷, que ha afirmado que el árbitro no puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, por la sencilla razón de que no ejerce función jurisdiccional, por estar ella reservada, en los términos del artículo 163 CE, a los órganos judiciales y porque su competencia se reserva a materias disponibles para las partes⁵⁸⁸.

En conclusión, a diferencia del arbitraje colombiano, en el que se puede hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, de

⁵⁸⁵ FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M. *op. cit.*, p. 230.

⁵⁸⁶ *Ibidem.* p. 235.

⁵⁸⁷ Auto del Tribunal Constitucional español. No. 259 del 20 de julio de 1993. Auto del Tribunal Constitucional. No. 326 del 28 de octubre de 1993.

⁵⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español. No. 174 del 23 de noviembre de 1995.

cualquier norma jurídica, legal o infralegal, en el caso español no están habilitados los árbitros para hacer uso de la cuestión de inconstitucionalidad -la excepción de inconstitucionalidad ni siquiera está prevista en el caso español-, por ser una figura reservada a quienes ejercen potestad jurisdiccional, jueces y tribunales, y los árbitros no ejercen función judicial sino *cuasi-jurisdiccional*.

2.3.8 El concepto de ley.

El concepto de Ley reviste de la mayor importancia para el Derecho administrativo. Desde los tiempos de la Grecia antigua, la ley se concibió como “*la salvación de la ciudad*”⁵⁸⁹ frente a la ruina que significaba dejarla a merced de los gobernantes. Tanta fue su importancia que a partir de la *petition of rights* se convirtió en uno de los pilares del Estado moderno, de donde surge como un *Estado de derecho*, aquel en el que todos están sometidos al imperio de la Ley y que la convierte en una de las más caras expresiones del principio de separación de funciones.

Con el final de la edad media y el comienzo de la modernidad, algunos de los más importantes documentos de naturaleza constitucional, fruto de las revoluciones burguesas que proliferaron en aquella época, fundaron sus postulados en la idea de la ley como noma jurídica suprema de la organización estatal.

En tal sentido, la Petición de derechos del 7 de junio de 1628, en su parte final solicita de su majestad el Rey que, “*vuestros agentes y ministros os sirvan con sujeción a las leyes (...)*”. Por su parte, el Artículo 6º de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), manifiesta que “*La ley es la expresión de la voluntad general*”. Finalmente, en el Artículo 30 de la Constitución estatal de Massachusetts (1780) se decía que “*to the end it may be a government of laws, and not of men*”⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ Platón, Las leyes. 715d.

⁵⁹⁰ “hasta el final puede ser un gobierno de leyes, y no de hombres”.

En punto del concepto de ley se presentan dos grandes teorías: la teoría del monismo francés y la teoría del dualismo alemán. Por guardar relevancia frente al control de excepción en el *arbitraje de Derecho administrativo*, se hará una breve referencia a ambas teorías.

La teoría monista de la ley surge en la Francia postrevolucionaria, sustentada en la premisa de la superioridad política del Parlamento. En este sentido, si la ley es la expresión de voluntad del Soberano, expresada en los términos del Legislador, no importaba su contenido, la ley era el acto supremo en el sistema de fuentes.

De este modo, la superioridad política del Parlamento se aparejaba con la superioridad normativa de la ley⁵⁹¹, lo cual, además, encontraba fundamento en el numeral 1º del artículo 100 de la Constitución francesa de 1791, el cual expresaba que, en el cuerpo legislativo estaba delegada en forma única y exclusiva la facultad de “*Proponer y decretar las Leyes*”.

Respecto a la jerarquía de las normas, a pesar de que en la Constitución se regulaban las instituciones básicas de Estado y se consagraban derechos ciudadanos, esto no necesariamente conducía a una superioridad respecto de la ley, muy por el contrario, mediante la ley se podía abordar cualquier tema, no existiendo límites derivados de instituciones superiores⁵⁹².

En conclusión, para la teoría monista francesa el concepto *ley* respondía a dos criterios: el origen y la forma. En este sentido, es *ley* la norma que emana del parlamento y recibe dicha denominación sin importar su contenido⁵⁹³.

⁵⁹¹ DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 29.

⁵⁹² SIERRA PORTO, H. A., *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 95.

⁵⁹³ DE CABO MARTÍN, C., *op. cit.*, p. 31. SIERRA PORTO, H. A., *op. cit.*, p. 97.

Por su parte, la teoría dualista surge en Alemania. En esta nueva concepción, se introduce el concepto de *ley en sentido material*, y alcanza el contenido de la ley una importancia superlativa de modo que, solo alcanzan esta condición, las normas que regulan ciertas materias⁵⁹⁴.

La tesis de la ley en sentido material, que no excluye una noción de ley en sentido formal, surge con el periodo de la Restauración, donde se afirma que el principio monárquico viene a coexistir con el principio democrático⁵⁹⁵. Más concretamente, se dirá que fue el conflicto en Prusia entre el rey y el Parlamento tras la negativa de este último de aprobar el proyecto de presupuesto presentado por aquel, en razón al fuerte incremento del gasto militar, el que dio lugar a la concepción dualista de la ley⁵⁹⁶. Esta situación supuso que el ejecutivo aprobara normas con el rango y la naturaleza de la ley, pero por fuera de la órbita del Parlamento, es decir, una dualidad en la fuente de la ley.

Como elemento central de la teoría dualista, se afirmó que eran leyes en sentido material, aquellas que provenían de Parlamento y su contenido se refería a libertades y a la propiedad de los súbditos. Por el contrario, todas las demás normas, con o sin intervención del Parlamento, eran leyes en sentido formal, de modo que, si eran expedidas por el Parlamento o, incluso, por el ejecutivo, serían leyes en esta última categoría⁵⁹⁷.

En el tema preciso del control de excepción por violación de la ley, se hace referencia de manera exclusiva el concepto monista de ley, es decir, la norma que proviene del Parlamento o Congreso, de suerte que, la misma se limita a la posibilidad de la excepción de ilegalidad del acto administrativo y no a la eventual contradicción entre dos actos administrativos de diferente

⁵⁹⁴ DE CABO MARTÍN, C., *op. cit.*, p. 35.

⁵⁹⁵ *Ibidem.* p. 36.

⁵⁹⁶ SIERRA PORTO, H. A., *op. cit.*, p. 98.

⁵⁹⁷ DE CABO MARTÍN, C., *op. cit.*, p. 40. SIERRA PORTO, H. A., *op. cit.*, p. 101.

jerarquía, lo cual ya no es un problema de legalidad sino de antinomia o de derogatoria tácita de las normas.

2.3.9 El concepto de excepción de excepción de ilegalidad del acto administrativo como expresión del control de excepción.

La excepción de ilegalidad del acto administrativo es una herramienta que, al igual que la excepción de inconstitucionalidad, parte del concepto de validez material de las normas, propio de los sistemas estáticos. Así, mientras que, la regla es que los actos administrativos se ajusten a la ley, existen situaciones en las que, para el caso concreto o incluso de manera general la norma es contraria a la ley de la cual deriva.

Para llegar a un concepto de excepción de ilegalidad es necesario hacer una alusión a sus elementos definitorios, de suerte que sea a partir de estos que se formula una definición. Esa definición deberá dar cuenta de sus elementos y de su alcance, tanto desde el punto de vista de los efectos que genera en el proceso donde se aplica como en el sistema jurídico mismo y, por supuesto, dar cuenta de las hipótesis de aplicación.

Un primer elemento es la existencia de una contradicción normativa entre un acto determinante, que en este caso será la ley, y un acto determinado, que viene a ser un acto administrativo⁵⁹⁸. Segundo, una contradicción superlativa, tan evidente que no quepa discusión alguna sobre la existencia de la contradicción⁵⁹⁹. Tercero, la existencia de un proceso de

⁵⁹⁸ Así lo señaló el Consejo de Estado de Colombia, que además afirmó que la excepción de ilegalidad procede, tanto con actos administrativos de contenido general, como con actos administrativos de contenido particular. Véase Consejo de Estado. Sección Cuarta. 31 de mayo de 2018. Radicación número.: 08001-23-31-000-2006-00871-01 (21911). En el mismo sentido, Consejo de Estado. Sección Cuarta. 15 de abril de 2015. Radicación: 76001-23-31-000-2009-00555-01 (19483)

⁵⁹⁹ En este sentido, señaló el Consejo de Estado que, lo que se pretende con la excepción de ilegalidad, es el mantenimiento del ordenamiento jurídico, y procede cuando un juez advierta que un acto administrativo es contrario a la ley. Cf. Consejo de Estado. Sección Quinta. 28 de febrero de 2019. Radicación número: 73001-23-33-000-000-2018-00383-01.

naturaleza judicial en el que se debe aplicar el acto determinado que resulta contrario a la ley. Cuarto, por razones de seguridad jurídica⁶⁰⁰ la obligación de argumentar la decisión. Quinto, que la contradicción surja de las circunstancias particulares del caso. Esto no quiere decir que, si la norma N_I es contraria, *Per se*, a N , no se pueda hacer uso de la excepción de ilegalidad⁶⁰¹. Muy por el contrario, lo que se afirma es que basta con una contradicción relativa. Sexto, el carácter puramente declarativo de la decisión⁶⁰². Séptimo y último, el efecto *inter partes* de la decisión⁶⁰³.

En virtud de lo anterior, se puede definir a la excepción de ilegalidad como la posibilidad de inaplicar un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior, representado en la ley en sentido formal⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ Entendida la seguridad jurídica, no como la aplicación de un Derecho justo, sino como la aplicación permanente de un derecho cierto. Es decir, la seguridad jurídica como sinónimo de previsibilidad de las decisiones judiciales. Véase H. Ávila, H., *Teoría de la seguridad jurídica* (Traducción Laura Criado Sánchez), Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 94. G. Radbruch, *Relativismo y derecho* (Traducción Luis Villar Borda). Bogotá: Temis, 1999, p. 73. A. Kaufmann, *Filosofía del derecho* (Traducción Luis Villar Borda y Ana María Montoya), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 349, 351.

⁶⁰¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. 1 de marzo de 2018. Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00841-01(21087).

⁶⁰² Rodríguez, L. *Derecho Administrativo. General y colombiano*, 18 Ed., Bogotá, Temis, 2013, p. 346.

⁶⁰³ En este sentido, inciso 2 del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011.

⁶⁰⁴ El Consejo de Estado, definió la excepción de ilegalidad en los siguientes términos: "...posibilidad que tiene el juez de lo contencioso administrativo de inaplicar, de oficio o a solicitud de parte, dentro del trámite de una acción o medio de control sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior". Cf. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18. En el mismo sentido, Consejo de Estado. Sección Cuarta. 31 de mayo de 2018. Radicación número: 08001-23-33-004-2014-00278-01(22323).

Queda por determinar la posibilidad de que, en el *arbitraje de Derecho administrativo*, colombiano y español, los árbitros hagan uso de esta figura de la excepción de ilegalidad del acto administrativo, particular en todo caso, por cuanto los actos generales involucran el orden público y, están excluidos de la jurisdicción arbitral.

2.3.10 La excepción de ilegalidad en los arbitrajes de Derecho administrativo en el sistema jurídico colombiano.

En el sistema jurídico colombiano, la excepción de ilegalidad aparece con los artículos 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 de la Ley 4 de 1913, disposiciones en las que se previó un sistema de jerarquía normativa donde los actos administrativos quedaban subordinados a la ley y, a diferencia de la excepción de inconstitucionalidad, no tiene fundamento directo en la Constitución Política.

Hoy día, el fundamento normativo de la excepción de ilegalidad de los actos administrativos, se encuentra en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, donde se dice que, en los procesos contencioso-administrativos, los jueces pueden hacer uso de esta figura, tanto de oficio como a petición de parte⁶⁰⁵.

Según la Corte Constitucional⁶⁰⁶ y el Consejo de Estado⁶⁰⁷, la excepción de ilegalidad del acto administrativo, puede tener origen en las potestades oficiosas del juez o en una petición de

⁶⁰⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. 12 de julio de 2018 Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00001-00. Consejo de Estado. Sección Primera. 28 de septiembre de 2017. Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00506-01.

⁶⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia. SC-037, 2000.

⁶⁰⁷ Consejo de Estado. Sección Primera. 2 de mayo de 2013. Radicación número: 68001-23-31-000-2002-00279-01. Lo mismo señaló en otra oportunidad cuando afirmó que: “[L]a llamada *excepción de ilegalidad* se circunscribe a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior”. Cf. Consejo de Estado. Sección Primera. 12 de julio de 2018 Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00001-00.

parte, pero, en todo caso, solo puede ser aplicada en procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, estando excluida la posibilidad de que se haga uso de ella por otros jueces, por particulares y por autoridades administrativas⁶⁰⁸.

Inclusive, si el proceso se adelanta ante la ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, pero es de naturaleza constitucional, como el proceso de acción de tutela, de acción popular, de grupo o de cumplimiento, que son procesos que se adelantan ante esta jurisdicción pero que no tienen la naturaleza de procesos contencioso-administrativo, tampoco se puede hacer uso de ella.

Los requisitos para la aplicación de la excepción de ilegalidad de los actos administrativos en el sistema jurídico colombiano, son los mismos que se presuponen de manera general: (i) una contradicción normativa. (ii) un nivel superlativo de la contradicción. (iii) un proceso contencioso-administrativo (iv) una argumentación de la decisión. (v) que la contradicción surja de las circunstancias particulares del caso. (vi) un carácter puramente declarativo de la decisión. (vii) un efecto *inter partes* a la decisión.

Cuando en un arbitraje se presente una contradicción entre un acto administrativo, fundamento del laudo arbitral y una norma superior, ley en sentido formal, conforme lo señaló la Corte Constitucional de Colombia⁶⁰⁹, el árbitro está excluido de la potestad de hacer uso de la excepción de ilegalidad. Siendo el proceso arbitral un proceso especial, no se puede asimilar ni el árbitro ni el proceso con los que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

Si, precisamente, el proceso arbitral reivindica su autonomía, equipararlo al proceso contencioso-administrativo, para los solos efectos de hacer uso de la excepción de ilegalidad, constituye una

⁶⁰⁸ En este sentido, Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. 25 de mayo de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650). Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. 19 de diciembre de 2017. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-01096-01(49194).

⁶⁰⁹ Ibid.

declinatoria de su naturaleza. Y si, la Corte Constitucional, por razones que no son de cuestionar en este momento, afirma que la excepción de ilegalidad de los actos administrativos es una competencia exclusiva de los jueces de lo contencioso-administrativo, es claro que no está dentro de las potestades de los árbitros en el Derecho administrativo hacer uso de ella. Tal potestad, se reitera, no está al alcance de la jurisdicción arbitral en el Derecho administrativo colombiano.

Esta posición, sin embargo, sería válida en un contexto donde se admita la tesis autonomista del arbitraje. En el caso colombiano, como ya se dijo, el arbitraje es una función jurisdiccional transitoria, el árbitro es un particular investido de la potestad de administrar justicia, es decir, un juez; el laudo es una providencia, que hace tránsito a cosa juzgada, susceptible de un recurso judicial extraordinario; el laudo goza del carácter vinculante de toda providencia judicial, pudiéndose ejecutar ante la jurisdicción permanente.

Se podría objetar, en todo caso, que, a pesar de ser función jurisdiccional, el árbitro no es juez de lo contencioso-administrativo y el proceso arbitral es eso, arbitral, no contencioso-administrativo. En esa medida, no tendría la potestad de inaplicar un acto administrativo por no ser un juez natural de la Administración.

Dicha objeción olvida que, cuando en un arbitraje es parte la Administración Pública, esta se somete a la jurisdicción arbitral como lo haría ante la jurisdicción natural. Precisamente, los asuntos que se plantean en el arbitraje, son los mismos que se llevarían ante la jurisdicción contenciosa administrativa de suerte que, no hay razón para desconocer que, transitoriamente, el árbitro es el juez de la Administración, por expresa autorización constitucional y previa habilitación de las partes.

Si, conforme a la legislación colombiana, los árbitros están habilitados para declarar la nulidad absoluta de un contrato, de la cláusula compromisoria⁶¹⁰, de los actos administrativos⁶¹¹, se

⁶¹⁰ Artículos 29 y 30 de la Ley 1563 de 2012.

reitera, con excepción de los actos que contienen cláusulas exorbitantes⁶¹², nada impediría que, en lugar de declarar la nulidad de un acto administrativo ordenara simplemente su inaplicación.

En conclusión, siendo el arbitraje, en general, y de Derecho administrativo, en particular, de naturaleza jurisdiccional, goza el árbitro de las mismas potestades declarativas que el juez contencioso-administrativo, incluyendo la excepción de ilegalidad del acto administrativo.

2.3.11 El control indirecto y la cuestión de ilegalidad en el arbitraje de Derecho administrativo en el sistema jurídico español.

En el sistema jurídico español, no se reconoce abiertamente la existencia de la *excepción de ilegalidad de los actos administrativos*, como herramienta del control difuso o control de excepción a cargo de los jueces, por lo menos no con esa denominación, como en el caso colombiano donde opera como una figura exclusiva de los jueces de lo contencioso-administrativo en procesos de la misma naturaleza, pero sí existen dos figuras, estrechamente relacionadas, sucesivas cronológica y procesalmente, que cumplen el mismo rol, aunque con una regulación diferente, a las que se denomina *control indirecto* y *cuestión de ilegalidad*.

La cuestión de ilegalidad, consecuencia de la impugnación indirecta, tiene sus antecedentes de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 de la CE y en el recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas⁶¹³, de donde obtuvo algunas de sus características.

⁶¹¹ Artículo 1º de la Ley 1563 de 2012.

⁶¹² Corte Constitucional de Colombia. SC-1436, 2000. Literal c) del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”.

⁶¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. No. 1823. Sección 7. 14 de marzo de 2002. AA.VV. Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Navarra, Thomson – Aranzadi, 3ª ed., 2002, p. 1041.

Esta figura, a pesar de lo dicho en el sentido de que España adoptó un sistema de control constitucional concentrado, evidencia una especie de control difuso de legalidad, un control de excepción en cabeza de todos los jueces, quienes quedan habilitados para inaplicar el reglamento que se considere contrario a la ley, si ello es necesario para declarar la nulidad del acto particular recurrido⁶¹⁴.

2.3.11.1 Fundamento normativo.

La figura del control o impugnación indirecta, como más comúnmente se le llama, así como la cuestión de ilegalidad, tienen su fundamento axiológico y normativo, primero, en la CE, y luego, en la LOPJ y en la LJCA.

Respecto del fundamento constitucional, señala el artículo 9-3 de la CE que, se garantizan los principios de legalidad y jerarquía normativa, así como la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Luego, en el artículo 24, se garantiza el principio de tutela judicial efectiva. Finalmente, en el artículo 25-1, aunque no se hace mención expresa ni se deriva una relación directa o inmediata con la figura de la impugnación indirecta, se prevé el principio de favorabilidad en materia punitiva y sancionatoria, algo que, se verá más adelante, se llega a proteger con esta figura y con la cuestión de ilegalidad.

En el caso de la LOPJ, el artículo 1 señala que, la justicia emana del pueblo, se ejerce en nombre del Rey, por jueces y magistrados, sometidos al imperio de la ley. A renglón seguido, el artículo 6 expresa que, los jueces y tribunales, inaplicarán los reglamentos y cualquiera otra disposición cuando fueren contrarios, en su orden, a la Constitución, la ley o al principio de jerarquía normativa.

Finalmente, la regulación, tanto de la impugnación por vía indirecta como de la cuestión de ilegalidad, se encuentra en la LJCA, donde se prevé no solo la posibilidad de acudir a cualquiera de estas dos figuras, sino que, en el caso de la cuestión

⁶¹⁴ AA.VV. Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, op. cit., p. 362.

de ilegalidad, trae la regulación de su trámite y algunas normas a las que por reenvío se les integra en su tramitación.

Así, en el artículo 26-1, se prevé la posibilidad de la impugnación directa de los actos administrativos de carácter general, así como de los actos administrativos particulares que se emitan en aplicación de estos. Se diría, en términos procesales, siguiendo la postura de Carlón Ruiz⁶¹⁵, que se habilita la acumulación subjetiva de pretensiones, en tanto un mismo sujeto pueden demandar, simultáneamente, dos normas inescindiblemente ligadas, siempre y cuando, el juez o tribunal sea competente para conocer, tanto del recurso contra el acto como contra el reglamento.

A renglón seguido, en el artículo 26-2, se abre la posibilidad de una impugnación del acto particular dictado a su amparo, como un proceso autónomo, a pesar de que, para su declaratoria de ilegalidad, se requiera de la impugnación del acto general que le sirve de fundamento. La razón para tal permisión: la posibilidad de hacer uso de una ficción llamada impugnación indirecta⁶¹⁶.

La estimación indirecta, no está sujeta a un plazo frente al acto reglamentario, pero sí debe respetar el término para cuestionar judicialmente el acto dictado a su amparo. La razón de esta regla, es que la impugnación indirecta se limita al caso de reglamentos que no se agotan con la publicación y cuya materialización de efectos se puede dar en diferentes momentos, a veces de forma indefinida. En consecuencia, no procede la impugnación indirecta frente a actos concretos que no se cuestionaron en su momento⁶¹⁷.

La cuestión de ilegalidad, se encuentra líneas más adelante. Según el artículo 27-1 de la LJCA, los jueces y los tribunales

⁶¹⁵ CARLÓN RUIZ, M. La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos, Navarra, Thomson-Civitas, 2005, p. 111.

⁶¹⁶ En este sentido, AA.VV. Análisis teórico y jurisprudencial de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Ley 29/1988, de 13 de julio, Navarra, Aranzadi, 2ª ed., 2002, p. 167.

⁶¹⁷ AA.VV. Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, op. cit., p. 358.

pueden declarar la nulidad del acto particular impugnado, cuando ello sea consecuencia de la ilegalidad del acto general que le sirve de fundamento, así respecto de este no se hubiere formulado ninguna pretensión.

En tal caso, prosigue la norma, deberá el funcionario plantear la cuestión de ilegalidad ante el tribunal que sea competente para conocer de la impugnación directa contra dicha disposición. Dicho de otra manera: únicamente el juez o tribunal que conoció del recurso directo y que profirió estimatoria fundada en la ilegalidad del reglamento puede plantear la cuestión de ilegalidad⁶¹⁸.

Frente a los vicios que se pueden predicar del reglamento, existen dos posiciones. Una primera posición, poco aceptada, reconoce que procede por vicios de forma y de fondo. Otra posición, a la que nos adherimos, y apoyada en la literalidad del artículo 27-1 que habla de declaración de ilegalidad del *contenido*, afirma que sólo es posible el recurso indirecto y plantear la cuestión de ilegalidad por vicios de fondo⁶¹⁹.

Se podría decir que, en tal caso, lo que hace el juez o tribunal, es admitir que el acto general o reglamentario, en todo caso superior, es ilegal, y sin hacer pronunciamiento formal en ese sentido por la falta de competencia, desconociendo la presunción de legalidad y el carácter ejecutorio como atributos del acto administrativo, inaplicarlo conforme lo ordena el artículo 6 de la LOPJ, para así proceder a declarar la nulidad del acto particular impugnado.

Sin embargo, trae el numeral 2 de la norma la posibilidad de que, si el tribunal que conoce de la impugnación directa contra el acto particular, es competente para conocer del recurso contra el acto general, declare su nulidad o invalidez. En el evento de que el proceso se tramite ante el Tribunal Supremo, en cualquier grado, en el numeral 3 se reconoce la competencia para que, cuando conozca de un recurso, declare la nulidad del acto general.

⁶¹⁸ CARLÓN RUIZ, M. *op. cit.*, p. 100.

⁶¹⁹ *Ibidem*. pp. 169 y ss.

En uno y otro caso, si la sentencia declara la invalidez o nulidad del acto general, tendrá efectos *erga omnes*. En caso contrario, si la decisión es desestimatoria y el recurso era indirecto, la decisión tendrá efectos *inter partes* y se podrá cuestionar posteriormente la legalidad del acto general⁶²⁰.

Esa excepción al carácter rogado de la jurisdicción, al principio de presunción de legalidad y al carácter ejecutorio del acto administrativo, es, indiscutiblemente, una *excepción ilegalidad*, como la que se permite en el sistema jurídico colombiano, aun cuando no reciba dicha denominación.

Finalmente, hay que señalar que la cuestión de ilegalidad tiene una regulación detallada en los artículos 123 y siguientes de la LJCA, en concordancia con otros artículos del mismo estatuto, como por ejemplo el artículo 33-3 que permite la unidad de materia, o el artículo 73 que garantiza el principio de favorabilidad en materia sancionatoria, pero de ello se hablará más adelante.

2.3.11.2 Finalidad.

La posibilidad de *impugnación indirecta* de los actos administrativos de carácter general en el caso español, que se asimila a la *excepción de ilegalidad* en el caso colombiano, y la cuestión de ilegalidad que le surge como consecuencia lógica e inmediata, tienen una finalidad múltiple, una axiología desde la cual se le puede comprender teórica y dogmáticamente. Según un sector de la doctrina y una línea jurisprudencial más o menos consolidada del Tribunal Supremo español, estas figuras persiguen los siguientes principios:

En primer lugar, garantiza el principio de legalidad y de respeto por la jerarquía normativa. Conforme se señaló anteriormente, los artículos 1 y 6 de la LOPJ, ordenan a los jueces y magistrados que, en el curso del proceso, respeten la Constitución y la ley. Asimismo, conforme lo señala la doctrina, de estas dos normas

⁶²⁰ CARLÓN RUIZ, M. *op. cit.*, p. 105.

surge la obligación de inaplicar los reglamentos que resulten ilegales⁶²¹.

En segundo lugar, el principio de seguridad jurídica⁶²². Si por tal ha de entenderse, la previsibilidad de las decisiones jurídicas, la aplicación cierta de un derecho permanente, es claro que, la mera posibilidad de que se llegue a decisiones diferentes entre los jueces y los tribunales a quienes corresponde decidir con fundamento en un acto general, respecto del cual no se ha emitido una decisión de fondo y frente al cual opera el principio de presunción de legalidad, afecta el núcleo esencial de este principio.

En tercer lugar, el principio de igualdad ante las decisiones judiciales⁶²³. Como quiera que es posible que, y directamente relacionado con la seguridad jurídica, a dos casos idénticos se pueden ofrecer soluciones diferentes, quienes asistan a estos procesos van a ver conculcado su derecho a recibir el mismo trato y protección de la autoridad judicial, es decir, se pretende decisiones unitarias frente a pronunciamiento indirectos de validez.

En cuarto lugar, la tutela judicial efectiva⁶²⁴. Consignada en el artículo 24 de la CE, garantiza la protección de los derechos de las personas y la exclusión de cualquier situación de indefensión, lo que no puede lograrse cuando, precisamente, los actos generales, que sirven de soporte al restante ordenamiento inferior, constituyen una burla al sistema jurídico.

En quinto lugar, tiene una finalidad nomofiláctica. Así, con ella se busca la depuración del sistema jurídico, a través de la posibilidad de declarar, simultáneamente, la nulidad del acto

⁶²¹ AA.VV. Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, op. cit., p. 357.

⁶²² Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. No. 1823. Sección 7. 14 de marzo de 2002.

⁶²³ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. No. 1823. Sección 7. 14 de marzo de 2002.

⁶²⁴ AA.VV. Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, op. cit., p. 358.

recurrido y del acto reglamentario⁶²⁵. Según afirma la doctrina, se busca que haya una decisión judicial, con efectos *erga omnes*, sobre la validez del reglamento⁶²⁶. O, como lo señala el Tribunal Supremo, se persigue la depuración en torno a disposiciones generales, del nivel reglamentario, contrarias a la ley⁶²⁷.

2.3.11.3 Objeto.

La impugnación indirecta y la cuestión de ilegalidad, recaen sobre normas, de carácter general o reglamentario y de rango inferior a la ley y, excepcionalmente, los decretos legislativos, en este caso, siempre y cuando se trate de exceso en los límites de la delegación⁶²⁸.

Un elemento de suma importancia clarificado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶²⁹, tiene que ver con el hecho de que, si se busca la depuración del sistema jurídico infralegal, garantizar la seguridad jurídica y el principio de igualdad de partes ante la ley, a través de este control difuso de legalidad, la impugnación indirecta y, en consecuencia, la cuestión de ilegalidad, no procede frente a normas que están derogadas, por cuanto opera el fenómeno de la sustracción de materia por carencia de objeto.

En todo caso, la cuestión de ilegalidad se contraerá a los preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad guarde una conexión lógica con el resuelve del proceso. Así lo señaló el Tribunal Supremo cuando expresó que, el Auto de Planteamiento de la cuestión de ilegalidad, se debe ceñir, estrictamente, al acto reglamentario que sirvió de fundamento para la toma de la

⁶²⁵ AA.VV. Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, op. cit., p. 1044.

⁶²⁶ CARLÓN RUIZ, M. *op. cit.*, p. 99.

⁶²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. No. 1823. Sección 7. 14 de marzo de 2002.

⁶²⁸ AA.VV. Análisis teórico y jurisprudencial de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Ley 29/1988, de 13 de julio, op. cit., p. 473.

⁶²⁹ Auto del Tribunal Supremo de Justicia. No. 5052. Sección 1. 24 de abril de 2000.

decisión, lo cual obliga a motivar debidamente el Auto⁶³⁰. Dicho en otras palabras, la declaratoria de nulidad del acto, sea consecuencia lógica e ineludible de la declaratoria de ilegalidad del reglamento⁶³¹.

Sin embargo, la sentencia donde se hace uso de la impugnación indirecta tiene carácter puramente declarativo. Ella se limita, en la parte motiva, a realizar la fundamentación de la decisión, pero, en la parte resolutive, únicamente dispondrá sobre la validez del acto particular y, respecto del acto general, ordenará adelantar la cuestión de ilegalidad⁶³².

Una vez se resuelva sobre la validez del acto general, como consecuencia de la cuestión de ilegalidad, esta decisión no afectará la decisión en la que esta se planteó. Esto, en virtud de que, de conformidad con el artículo 73 de la LJCA precisa que, la declaratoria de nulidad de un acto general, no afecta situaciones consolidadas, salvo que la anulación supusiera la exclusión o reducción de sanciones no ejecutadas completamente.

Se requiere, además, que se trate de una sentencia estimatoria, en tanto no tendría sentido cuestionar, por vía de la cuestión, la legalidad de un reglamento que se ha puesto en entredicho. Asimismo, que la sentencia se encuentre en firme, ya que, si está pendiente de recurso, existe la posibilidad de que en el trámite de éste varíe la decisión y no quede duda judicial, por lo menos en dicho proceso, sobre la legalidad del reglamento⁶³³.

Finalmente, hay que precisar que, la cuestión de ilegalidad, recaerá sobre la norma expresamente señalada en el Auto de Planteamiento y, en virtud de lo previsto en el artículo 33-3 de la LJCA, frente a aquellas que son conexas o consecuencia de los

⁶³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. No. 6140. Sección 7. 21 de julio de 2000.

⁶³¹ CARLÓN RUIZ, M. *op. cit.*, p. 140.

⁶³² AA.VV. Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, *op. cit.*, p. 358.

⁶³³ CARLÓN RUIZ, M. *op. cit.*, p. 139.

preceptos cuestionados⁶³⁴, lo que comúnmente se denomina unidad de materia.

2.3.11.4 Competencia.

Los artículos de la LJCA son específicos cuando señalan la competencia para hacer uso de la impugnación indirecta y de la cuestión de ilegalidad. Así, el artículo 27-1 habla de “*Juez o Tribunal de lo Contencioso administrativo*”. A renglón seguido, el artículo 27-2 dispone que, “el *Juez o Tribunal competente*” podrá hacer uso de ellas. Finalmente, el artículo 27-3 adscribe una competencia general en cabeza del “Tribunal Supremo”.

Se podría decir que, esto es una consecuencia directa de lo previsto en el artículo 117 de la CE sobre composición del poder judicial, así como de lo expresado en los artículos 1 y 6b de la LOPJ, que reserva la potestad jurisdiccional a los jueces y tribunales. Adicionalmente, es competencia exclusiva de los jueces de lo contencioso-administrativo, no solo por expresa disposición del artículo 27-2 sino porque, como jueces naturales de la Administración, son los únicos habilitados para revisar la legalidad de los actos de la Administración y declarar su nulidad⁶³⁵.

2.3.12 El caso de los árbitros.

Por las mismas consideraciones vertidas frente a la imposibilidad de que los árbitros hagan uso de la cuestión de inconstitucionalidad, se concluye que, tampoco tienen competencia para hacer uso de la cuestión de ilegalidad. Con menor razón para recurrir a la impugnación indirecta, toda vez que, el cuestionamiento de la legalidad de los actos generales, no es una materia de la que puedan disponer las partes, esto es, ni siquiera es una competencia arbitral.

En el sistema jurídico colombiano, no existe una posición sólida frente a la posibilidad de que en el *arbitraje de Derecho*

⁶³⁴ AA.VV. Análisis teórico y jurisprudencial de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Ley 29/1988, de 13 de julio, op. cit., p. 477.

⁶³⁵ CARLÓN RUIZ, M. op. cit., p. 101.

administrativo se haga uso de la excepción de ilegalidad, habida cuenta de que la posición de la Corte Constitucional de Colombia la restringe a los jueces de lo contencioso-administrativo, en procesos de lo contencioso-administrativo, y, precisamente, en este trabajo de investigación se sostiene la tesis de que sí tienen competencia, sobre la premisa de que los árbitros ejercen una función judicial.

Por el contrario, en el caso español, está perfectamente claro que los árbitros no ejercen una función judicial sino *cuasi-jurisdiccional*, es decir, no están dotados de las competencias que el artículo 117 de la CE otorgó a quienes hacen parte del poder judicial, a quienes ejercen *potestad jurisdiccional*, sin importar si la cuestión es en Derecho administrativo.

Por esta razón, al no ser considerados como jueces, al no ejercer función jurisdiccional, ante el expreso mandato de la LJCA, en el sentido de que es una competencia exclusiva de los jueces, tribunales y del Tribunal Supremo, en el área de lo contencioso-administrativo, se concluye que no se puede, en el *arbitraje de Derecho administrativo* español, hacer uso de la impugnación indirecta, equivalente de la excepción de ilegalidad en el caso colombiano, ni de la cuestión de ilegalidad, consecuencia lógica de la anterior.

2.4 EL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO FRENTE A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR DAÑO ANTIJURÍDICO.

En este acápite, se abordará la cuestión relativa a si los conflictos con la Administración Pública, derivados de la causación de daño antijurídico, por uno de sus agentes, o por un particular en ejercicio de funciones públicas, se puede llevar a la jurisdicción arbitral, o si se trata de un asunto sobre el cual la jurisdicción contencioso-administrativa tiene competencia exclusiva.

Se trata de un análisis de dogmática jurídica, para lo cual se tendrá en cuenta diversos elementos teóricos relativos a la responsabilidad, en general, y a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daño antijurídico, en particular,

para lo cual se partirá de la regulación normativa y constitucional, de la posición de la jurisprudencia, donde ello fuere posible y de la perspectiva de la doctrina sobre el tema.

2.4.1 El concepto general de responsabilidad.

Lo primero que se debe realizar, a efectos de abordar los alcances del *arbitraje de Derecho administrativo* en Colombia y España frente a las cuestiones derivadas de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y, a la posibilidad de que esta sea susceptible de ser declarada en el proceso arbitral, es un acercamiento general al concepto mismo de responsabilidad, general y particular, a sus fundamentos, teóricos y normativos, y a los elementos que la configuran.

Así, para la Real Academia Española de la Lengua, el vocablo *responsabilidad*, proviene del latín *responsum* y tiene, entre otros, los siguientes significados, directamente relacionados con la cuestión que aquí se plantea: “2. *Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.* 3. *Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado*”.

La doctrina colombiana⁶³⁶, define la responsabilidad civil, en términos generales, como aquella que surge del incumplimiento de obligaciones contractuales, cuasicontractuales, legales, de la comisión de un delito, un cuasidelito o la violación del deber general de prudencia, comportamiento ilícito en todo caso, generadoras de daño a terceros y que tiene como consecuencia jurídica que, quien los causó, se obligue a indemnizar. En el mismo sentido, un sector de la doctrina⁶³⁷ argentina señala que, la responsabilidad civil comporta siempre un deber de dar cuenta al otro del daño que se le ha causado.

⁶³⁶ TAMAYO JARAMILLO, J. *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo I. Legis. Bogotá 2013. Pág. 8. En igual sentido Bustamante cuando nos dice que: “de lo dicho resulta que la responsabilidad civil comporta siempre un deber de dar cuenta al otro del daño que se le ha causado”.

⁶³⁷ BUSTAMANTE ALSINA, J. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 6ª edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1989. Pág. 59.

En el caso de la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, por su parte, la entiende como la causación de un daño que se debe reparar a través de una indemnización⁶³⁸. En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia manifestó que, una vez determinado el *causante* del daño, y establecido el nexo de causalidad, surge la obligación de indemnizar⁶³⁹.

En el caso español, el instituto de la responsabilidad gira en torno al concepto de lesión patrimonial indemnizable, en el cual se distingue la definición vulgar de perjuicio, como mero concepto económico, frente a la noción de lesión resarcible, la que exige de la demostración de que la persona no tenía la obligación de soportarla⁶⁴⁰. En este sentido, la antijuridicidad se predica del efecto de la acción administrativa -criterio objetivo-, y no tanto de la actuación del agente -criterio subjetivo-, lo que lleva a que la responsabilidad opere en tanto no exista causal de justificación.

2.4.2 Fundamento de la responsabilidad.

La responsabilidad civil, es una de las cuestiones de más vieja data en el derecho privado, hoy extrapolada al Derecho administrativo, que tiene su fundamento axiológico en el principio según el cual, todo el que causa un daño está obligado a repararlo, el cual se ha incorporado en todas las legislaciones del mundo occidental sin mayores variaciones. Se diría que, el paso del Estado de naturaleza

⁶³⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. Bogotá D. C., catorce de diciembre de dos mil doce. Ref. Exp. 11001-31-03-028-2002-00188-01.

⁶³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-118A de 2013 en la cual dijo lo siguiente: “Esto, sin perjuicio de que se pueda individualizar al causante del daño y que, posteriormente, la persona jurídica demanda en un proceso de responsabilidad civil pueda repetir contra quien lo ocasionó, una vez se demuestre la relación de causalidad entre el hecho culposo ocasionado de forma subjetiva por el médico, quien generó un perjuicio y sea el llamado a indemnizar”.

⁶⁴⁰ DE AHUMADA RAMOS, F. J. La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos Estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos, 2ª ed., Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, p. 57-58. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, op. cit., p. 404.

a un Estado de civilidad, en virtud del *Contrato social*, partió de una renuncia al uso de la fuerza, un compromiso de no dañar al otro y una obligación de reparar el daño causado sin justificación legal.

Como señalan García de Enterría y Fernández⁶⁴¹, parafraseando a Hauriou, existen dos correctivos a las prerrogativas de la Administración: la primera, que actúe dentro del marco de la ley. La segunda, que actúe por fuera pero que pague por el perjuicio que cause.

En el caso colombiano, la responsabilidad civil, en general, y de la Administración Pública, en particular, tiene amplio fundamento normativo y jurisprudencial. Una nota característica del subsistema jurídico colombiano de la responsabilidad, será la falta de un estatuto, más allá de las previsiones del Código Civil, que regule la responsabilidad de la Administración Pública, tema que se ha dejado a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En el caso de la CP, la responsabilidad civil y patrimonial de la Administración Pública, tiene fundamento axiológico constitucional en el Preámbulo⁶⁴²; en el artículo 1 sobre principios fundamentales del Estado⁶⁴³; en el artículo 2 sobre fines esenciales del Estado⁶⁴⁴; y, muy especialmente, en el

⁶⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, *op. cit.*, p. 386.

⁶⁴² Señala el Preámbulo que, “El pueblo de Colombia, (...) y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo,...”.

⁶⁴³ Señala el artículo 1 que: “Colombia es un Estado social de derecho, (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

⁶⁴⁴ Señala el artículo 2 que: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; (...) asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

artículo 90, donde se incorporó la cláusula general de responsabilidad patrimonial de la Administración, la cual dice que, “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”. Se agrega que, si la Administración fuera condenada a la reparación patrimonial del daño, y este fuera consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, se deberá repetir contra éste.

El Código Civil colombiano, aplicable a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, a su vez, señala en el Artículo 2341 que, quien ha causado un daño a otro, a partir de delito o de culpa, tiene el deber de repararlo, sin perjuicio de la pena principal por su conducta. Luego, viene otras previsiones, como la legitimación para reclamar la indemnización o legitimación por activa (Art. 2342), el señalamiento de las personas obligadas a indemnizar o legitimación por pasiva (Art. 2343), la responsabilidad solidaria (Art. 2344), la responsabilidad por el hecho propio y de las personas cargo (Art. 2347), entre otros, todos aplicables al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en Colombia.

Ya en el ámbito de la responsabilidad de la Administración Pública, únicamente la LEAJ trae una regulación, muy general por lo demás, sobre la responsabilidad de sus agentes judiciales por error jurisdiccional⁶⁴⁵. Así, primero, y desde una perspectiva general, el artículo 65 consagra la responsabilidad patrimonial general del Estado con ocasión de los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de sus agentes judiciales. A renglón seguido, precisa los títulos de imputación: (i) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, (ii) error jurisdiccional y (iii) privación injusta de la libertad.

En punto del error jurisdiccional, lo define como aquel que comete una autoridad investida de jurisdicción, con ocasión de

⁶⁴⁵ Para el caso colombiano, se recomienda estudiar SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. *Responsabilidad del Estado por la actividad judicial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

dicha función, en el curso de un proceso, y que se materializa a través de una providencia contraria a la ley (Art. 66, LEAJ). Seguidamente, exige, para su configuración, que el afectado haya hecho uso de los recursos previstos en la ley contra la providencia, so pena de que se configure una culpa exclusiva de la víctima, salvo que se trate del supuesto de privación de la libertad de imputado, si esta se produce en virtud de providencia judicial, y la providencia contentiva del error debe estar en firme al momento de hacer la reclamación judicial del daño, tal y como lo exige el artículo 69 de la LEAJ.

Frente a la segunda hipótesis, se dice simplemente que la reparación patrimonial procederá cuando la privación de la libertad se catalogue como injusta, es decir, cuando la persona haya recobrado definitivamente su libertad.

Hoy día, en el caso colombiano, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por privación injusta de la libertad, tiene grandes avances frente a los parámetros indemnizatorios, pero mucha complejidad frente a lo que se considera como *injusta*⁶⁴⁶, es decir, frente a la consideración de si es un régimen objetivo, subjetivo o mixto, razón por la cual no se dirá nada más a respecto.

Finalmente, está la hipótesis del defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, prevista en el artículo 69 de la LEAJ. En este caso, opera la responsabilidad de la Administración de Justicia opera en forma subsidiaria, en tanto se aplica a los daños antijurídicos causados en ejercicio de la función jurisdiccional, y que no correspondan ni a error jurisdiccional ni a privación

⁶⁴⁶ Por ejemplo, lo relativo a que la privación de la libertad sea causa de una conducta del procesado. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá D.C., tres (03) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02611-01(44520) Actor: MARIO ERNESTO VACCA GÁMEZ Y OTROS Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Acción: REPARACIÓN DIRECTA.

injusta de la libertad y demostrando, en todo caso, la configuración de un daño antijurídico⁶⁴⁷.

No existe, por fuera de este marco jurídico, ninguna otra regulación legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en Colombia, salvo las normas procesales que regulan los medios judiciales para reclamar la indemnización por el daño antijurídico causado, y de lo cual se hablará más adelante.

Frente a los regímenes de responsabilidad en el caso colombiano, los elementos para que proceda su declaratoria y los títulos de imputación, habría que hacer algunas breves precisiones, sin perjuicio de la existencia de otras que tengan relevancia en el juicio de responsabilidad y que no se citan por no ser necesarias para resolver la cuestión de si, en el derecho colombiano, es procedente llevar los conflictos por responsabilidad patrimonial de la Administración a la justicia arbitral.

Frente a lo primero, sea señalar que, de conformidad con el artículo 90 de la CP, no se previó que la responsabilidad patrimonial de la Administración, se limite a un régimen objetivo o a uno subjetivo. Al contrario, del enunciado de la cláusula general de responsabilidad, se desprende que, en el sistema jurídico colombiano, se admite la responsabilidad con culpa o subjetiva y la responsabilidad sin culpa u objetiva. Inclusive, frente a algunos títulos de imputación, como el de la responsabilidad por privación injusta de la libertad, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶⁴⁸ y de la Corte

⁶⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 250002326000201000160 01 (46590) Actor: SOCIEDAD CJP ENTERPRICE S. EN C. Y OTROS Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y OTROS Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

⁶⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00133-01(47254). Actor: CÉSAR AUGUSTO BRITO

Constitucional de Colombia⁶⁴⁹, han tenido posiciones diversas y se han enfrentado, en punto de si la responsabilidad es subjetiva u objetiva, lo cual, para los efectos de la presente investigación, deja probada la concurrencia de ambos regímenes.

Frente a lo segundo, en punto de los elementos para su declaratoria, de manera pacífica la doctrina⁶⁵⁰ y la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶⁵¹ y de la Corte Constitucional de Colombia⁶⁵², señalan, en primer lugar, un elemento fáctico u objetivo dado por el supuesto de hecho que, para ser reparado deberá tener la connotación de ilícito, es decir, no amparado por la ley; en segundo lugar, un elemento subjetivo constituido por el daño con su correspondiente perjuicio y, en tercer lugar, un elemento lógico constituido por el nexo causal entre la conducta y el perjuicio.

JIMÉNEZ Y OTROS. Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

⁶⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia. SU-072, 2018.

⁶⁵⁰ BUSTAMANTE LEDESMA, Á. *La responsabilidad extracontractual del Estado*, 2 ed., Bogotá, Leyer, 2003. HENAO, J. C. *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998. HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, A. E. FRANCO GÓMEZ, C. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2007. MARTÍNEZ RAVE, G. MARTÍNEZ TAMAYO, C. *Responsabilidad civil extracontractual*, 11ª ed., Bogotá, Temis, 2013.

⁶⁵¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C. Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ Bogotá D.C. quince (15) de noviembre de dos mil once (2011) Radicación: 23001233100019970893401 Actor: Petrona Sierra de Fuentes y otros Demandado: La Nación - Inpec Referencia: Acción de reparación directa.

⁶⁵² Corte Constitucional. Sentencia T-118A de 2013 en la cual dijo lo siguiente: “Esto, sin perjuicio de que se pueda individualizar al causante del daño y que, posteriormente, la persona jurídica demanda en un proceso de responsabilidad civil pueda repetir contra quien lo ocasionó, una vez se demuestre la relación de causalidad entre el hecho culposo ocasionado de forma subjetiva por el médico, quien generó un perjuicio y sea el llamado a indemnizar”.

Quizá el elemento de mayor complejidad y relevancia sea la exigencia del daño. En el caso colombiano, además de la exigencia de que el daño sea antijurídico, es decir, no amparado en la ley, que el sujeto no está legalmente obligado a soportar, tiene plena acogida la distinción entre daño y perjuicio. Mientras el daño es la circunstancia objetiva de afectación de un bien, el perjuicio es la merma en el patrimonio económico a consecuencia de dicho daño. Si se demuestra el daño, pero no se demuestra el perjuicio, no habrá lugar a ordenar la reparación patrimonial⁶⁵³.

Frente a lo tercero, habría que señalar que, en punto de los títulos de imputación o regímenes de responsabilidad, como se le conoce en Colombia, la CP acepta la coexistencia de un régimen de responsabilidad objetiva basado únicamente en el daño antijurídico y de un régimen de responsabilidad subjetiva, en el que además del daño antijurídico se exige la culpa de la Administración.

En el primero, no se determina la culpa del agente sino simplemente la existencia del hecho y la generación del perjuicio a consecuencia de aquel. En este evento, el Estado debe demostrar la existencia de una causal eximente de la responsabilidad como la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero cuando la misma sea procedente.

Para el caso colombiano, la responsabilidad objetiva se aplica en títulos de imputación como el riesgo excepcional, el daño especial, la responsabilidad por trabajos u obras públicas, la expropiación y ocupación permanente o temporal de inmuebles, el acto administrativo ilegal, la responsabilidad por error judicial y la responsabilidad por función legislativa.

En el segundo caso, en el de responsabilidad subjetiva, es necesario demostrar, además del daño antijurídico, la falla del servicio. Hablamos de falla del servicio, también denominada falta o culpa, cuando existe una actuación irregular, tardía,

⁶⁵³ Sobre la distinción entre daño y perjuicio véase HENAO, Juan Carlos. *El daño*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1998. Págs. 76 ys.s. LE TOURNEAU, P. *La responsabilidad civil*, Traducción de Javier Tamayo Jaramillo, 1ª reimpresión, Bogotá, Legis, 2004, p. 60.

deficiente de la Administración Pública frente a un deber o cuando simplemente omitió el cumplimiento de dicho deber⁶⁵⁴.

El régimen de la falla del servicio puede ser con culpa probada o con culpa presunta. En la culpa probada, y en atención al principio según el cual quien demanda tiene la carga de probar lo que alega, el que además constituye el fundamento legal de la carga de la prueba en Colombia. Por su parte, cercano al régimen objetivo de responsabilidad, es la entidad demandada la que debe probar *“que su conducta estuvo ajustada a la ley o que se está ante una situación que rompe con el nexo de causalidad para exonerarse de responsabilidad”*⁶⁵⁵.

La reclamación judicial del daño antijurídico, causado por la Administración Pública o por un particular en ejercicio de funciones públicas, se hace en Colombia de tres maneras: primero, a través de una acción judicial, hoy llamada medio de control de reparación directa, prevista en el artículo 140 del CPACA; segundo, a través de un medio de control llamado de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el daño se causa con ocasión de un acto administrativo de carácter particular y, excepcionalmente, por un acto administrativo de carácter general; tercero, mediante la acción de grupo, similar al medio de control de reparación directa, pero donde el daño es de carácter colectivo.

En el caso del medio de control de reparación directa, el cual se tramita ante la jurisdicción contencioso-administrativo, bajo las reglas de la cuantía y el factor territorial, el afectado podrá demandar la *“reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado”*. Agrega la norma que, se responderá, entre otras situaciones, *“cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma”*.

⁶⁵⁴ En este sentido, BUSTAMANTE LEDESMA A., *op. cit.*, p. 9 y 28.

⁶⁵⁵ BUSTAMANTE LEDESMA, AL., *op. cit.* p. 83.

El término para el ejercicio de este medio de control, es de dos años contados desde la ocurrencia del daño, o desde que se tuvo o se debió tener conocimiento del mismo. En el caso de daños originados en delitos de lesa humanidad, no opera la caducidad.

En el caso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme lo señala el artículo 138 del CPACA, cualquier persona que se sienta lesionada en un derecho subjetivo, amparado en una norma jurídica, puede pedir, conjuntamente, la declaratoria de nulidad del acto particular, expreso o presunto, y el restablecimiento del derecho, así como la reparación del daño. Lo mismo se podrá hacer con respecto a los actos administrativos de carácter general, siempre que se haga cumpliendo las reglas de demanda del acto particular. Este medio de control, en cualquier caso, caduca -vence- a los cuatro (4) contados desde su notificación, comunicación o publicación, según el caso.

En el caso de la acción de grupo, regulada en la Ley 472 de 1998 y, conforme a su artículo 3, es una acción interpuesta por un número plural de personas -no menos de veinte-, que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa y que originó perjuicios individuales para dichas personas. A renglón seguido aclara que, esta acción procederá *“exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios”*.

En el artículo 145 del CPACA, además de reiterarse lo anterior, se prevé la posibilidad de ejercer la acción de grupo, cuando el daño provenga de un acto administrativo de carácter particular, que afecta a más de veinte (20) personas, individualmente determinadas, caso en el cual, además de la reparación, se podrá pedir la nulidad del acto administrativo. El término para el ejercicio de esta acción es de dos (2) años, contados desde la ocurrencia del hecho o desde la cesación de la acción vulnerante, si se trata de un daño continuado, conforme lo señala el artículo 47 de la Ley 472 de 1998.

En los dos primeros casos, la legislación colombiana exige -Art. 161- del, CPACA-, el agotamiento de la conciliación prejudicial para poder presentar la correspondiente demanda. Dicha

exigencia, incorporada por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se adicionó un artículo 42A a la LEAJ, constituye un requisito de procedibilidad, tendente a descongestionar el aparato de justicia y a lograr una pronta garantía de los derechos de los ciudadanos.

Por tratarse de una ley estatutaria, la Ley 1285 de 2009, tuvo revisión previa, oficiosa e integral por parte de la Corte Constitucional de Colombia. En su pronunciamiento⁶⁵⁶, la Corte Constitucional, además de reiterar una amplia jurisprudencia sobre la constitucionalidad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, incluyendo la conciliación en temas de Derecho administrativo, concluyó que *“la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no contraría la Constitución siempre y cuando en su configuración concreta se garantice el derecho de acceso a la administración de justicia”*.

En el caso de la conciliación frente a los medios de control de controversias contractuales y de reparación directa, no le encontró la Corte Constitucional reparo alguno. En el caso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, habida cuenta que, la conciliación lleva implícita el desconocimiento del principio de presunción de legalidad del acto administrativo, así como su carácter ejecutivo y ejecutorio, afirmó que, la conciliación es procedente, sometida a que no se concilie la legalidad del acto sino sus efectos económicos, pues lo que se discute en la conciliación son intereses de contenido patrimonial y no la legalidad en sí misma.

Más allá de que esto sea un mero eufemismo, en tanto, para poder conciliar, la entidad pública hace la oferta de revocar el acto, de restablecer el derecho y de pagar una indemnización, no siendo claro el escenario planteado por la Corte Constitucional, al distinguir entre la reparación patrimonial y el cuestionamiento de la legalidad del acto, lo relevante es que se permite que, mediante este mecanismo alternativo de solución de conflictos se concilie,

⁶⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia. SC-713, 2008.

inclusive, cuando existe un acto administrativo de carácter particular de por medio.

En el caso español, la responsabilidad patrimonial de la Administración es más bien reciente. Según García de Enterría y Fernández⁶⁵⁷, el régimen de responsabilidad de la Administración Pública se produjo un poco tarde, debido al dogma *The King can do not wrong* -El Rey no puede hacer ilícito-, que tuvo mucha acogida debido a la falta de vigor de una sociedad que recién empezaba su despegue económico. Este régimen data de 1950, porque antes, el artículo 41 de la CE de 1938, la catalogó como subsidiaria y la remitió a su regulación en la ley. Así, su primer desarrollo legal fue el artículo 209 de la Ley Municipal del 31 de octubre de 1935, que según García de Enterría y Fernández⁶⁵⁸ no tuvo aplicación práctica porque la responsabilidad se predicaba de los funcionarios y no de la Administración.

Luego, los artículos 405 y siguientes de la Ley de Régimen Local, previeron la responsabilidad extracontractual de las entidades locales y del Gobierno, funcionarios o agentes, pero limitado al ámbito local. Vendría luego la Ley de Expropiación Forzosa, que en su artículo 121-1 y 122-1, extendió la responsabilidad a todas las administraciones públicas y construyó un sistema de responsabilidad que para algunos se mantiene vigente⁶⁵⁹.

Más tarde, la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, mantuvo el sistema de responsabilidad, el que fue consagrado como de naturaleza objetiva. Finalmente, con la CE de 1978, y con la LRJAP, de la cual se hablará más adelante, se establecieron las bases del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, vigentes hoy en España.

⁶⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, *op. cit.*, p. 396.

⁶⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, *op. cit.*, p. 367-368.

⁶⁵⁹ PUIGPELAT, O. M. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema, Madrid, Edisoter S.L., 2012, p. 11-12.

El artículo 1902 del Código Civil español, frente al régimen general de responsabilidad, prevé que, si por acción o por omisión se causare daño a otro, en presencia de culpa o negligencia, se está obligado a reparar el daño causado. Cuando se trata de daño causado por un tercero, agrega el artículo 1903 que, la misma obligación reparatoria, se predica, no sólo de los actos y omisiones propios, sino de aquellos realizados por las personas por las que se debe responder. Para el caso que se analiza, este viene a ser le fundamento general de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños antijurídicos que causan sus agentes.

Ya en punto de la actualidad, la Constitución española, trae diversas normas que aluden, de manera un poco más directa, al deber que tiene el Estado de reparar patrimonialmente los daños antijurídicos, es decir, aquellos que la persona no está legalmente obligada a soportar, causados por sus agentes, por acción o por omisión, salvo fuerza mayor, y que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Como reconoce González Pérez⁶⁶⁰, el sistema jurídico español constitucionalizó el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y del Estado, razón por la cual su análisis es ineludible.

En tal sentido, señala el artículo 9-3 de la CE que, la Constitución garantiza la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. De manera mas precisa, el artículo 106-2 señala que, los particulares, en los términos previstos por la ley, tienen derecho a una indemnización por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo casos de fuerza mayor, siempre y cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Por su parte, el artículo 121 precisa que, los daños causados por error judicial, como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán lugar a indemnización por parte del Estado. Finalmente, el artículo 149-1-18, corresponde al Estado regular sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, incluyendo el sistema de responsabilidad.

⁶⁶⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 4ª ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006, p. 52.

Varios elementos se desprenden de esta regulación, necesarios para *comprender* el régimen de responsabilidad de la Administración Pública en España y la posibilidad de que ella sea declarada en un juicio arbitral de Derecho administrativo. Una breve mirada desde la doctrina y la jurisprudencia dará los elementos de juicio para acercarse a tal examen.

Primero, según afirma De Ahumada Ramos⁶⁶¹, el Constituyente recogió las principales características del régimen jurídico de responsabilidad de las administraciones públicas y consagró un sistema de responsabilidad directo y objetivo, sin consideración, en principio, a la idea de culpa en la conducta de los funcionarios públicos y las autoridades, como presupuesto lógico de su declaratoria

Segundo, salvo lo relativo a la responsabilidad judicial, en los términos previstos en el artículo 121 de la CE, no se hace distinción en punto de si el funcionamiento de los servicios públicos es normal o anormal, como sí lo hicieron algunas normas en el pasado, de lo cual se desprende que, se reitera, en principio, el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en el caso español es puramente objetivo. En consecuencia, se incluyen daños involuntarios o con voluntad incidental, es decir, no dirigidos a producirlos o creados por la sola existencia de un riesgo generado por el mismo servicio⁶⁶².

Desde esta perspectiva, se incluyen los daños causados por una actividad con culpa de la Administración -daño ilegítimo o funcionamiento anormal de los servicios públicos- y los daños producidos por una actividad lícita -funcionamiento normal de los servicios públicos-, siempre que haya un nexo causal que permita su imputación a la Administración⁶⁶³.

Lo anterior no significa, en todo caso, que desaparezca la idea de la culpa como fundamento de la responsabilidad, sino que ésta funciona sobre la base de que haya una lesión o menoscabo como

⁶⁶¹ DE AHUMADA RAMOS, F. J. *op. cit.*, p. 46.

⁶⁶² DE AHUMADA RAMOS, F. J. *op. cit.*, p. 55.

⁶⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, *op. cit.*, p. 405.

consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en tanto se trata de un mecanismo objetivo de protección de la esfera jurídica de los ciudadanos⁶⁶⁴. En palabras de García de Enterría y Fernández⁶⁶⁵, la responsabilidad patrimonial de la Administración, está asentada sobre la idea de protección y garantía del patrimonio de la víctima, frente a daños no buscados, es decir, que no tiene la obligación de soportar.

Al respecto, ha señalado el Tribunal Supremo que, (a) la CE, no estableció un régimen específico de responsabilidad, siendo competencia del Legislador, atendiendo a las circunstancias históricas de cada momento, al conflicto de intereses que ello genera y a su libertad de configuración, regular dicha cuestión⁶⁶⁶; y (b) dicha regulación legislativa previa debe contener, entre otras, un decálogo de hipótesis en las que proceda la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y los requisitos que dicha declaratoria exige⁶⁶⁷. En conclusión, (c) el artículo 9-3 de la CE, no determina la exigencia de una responsabilidad del Estado legislador, sin un previo desarrollo a través de norma con rango de ley, como sí lo hacen los artículos 106-2 y 121 de la CE, frente al funcionamiento de los servicios públicos que dependen de la Administración y las actuaciones derivada del poder judicial.

Tercero, frente al concepto “funcionamiento de los servicios públicos” previsto en el 106-2 de la CE, según Puigpelat, este se relaciona con toda actividad de la Administración Pública, con la única exclusión de aquellas que se desarrollan en relaciones de derecho privado⁶⁶⁸. Sin embargo, aclaran García de Enterría y Fernández⁶⁶⁹ que la responsabilidad puede surgir de una actividad

⁶⁶⁴ DE AHUMADA RAMOS, F. J. *op. cit.*, p. 56.

⁶⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, *op. cit.*, p. 404.

⁶⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Sección Tercera. 30 de noviembre de 1992. No. 8776.

⁶⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Sección Tercera. 16 de enero de 1996. No. 262.

⁶⁶⁸ PUIGPELAT, O. M. *op. cit.*, p. 19.

⁶⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, *op. cit.*, p. 402.

jurídica -acto administrativo o reglamento-, de una actividad puramente material o de una omisión.

Cuarto, además de un elemento orgánico, según el cual, la responsabilidad patrimonial se predica por todas las administraciones públicas, por actividades de derecho privado y de derecho público⁶⁷⁰, que se puede reclamar por un particular y por otra entidad pública, hay un elemento subjetivo de la reclamación, y es la existencia de una lesión resarcible. Se dice, en este sentido, que, sin eliminar el requisito de la imputación causal, el fundamento de la responsabilidad se trasladó del sujeto que la causa al patrimonio de la víctima que la soporta⁶⁷¹.

Esto quiere decir, según la doctrina española⁶⁷², que la responsabilidad gira en torno al concepto de lesión patrimonial indemnizable, la cual se diferencia del mero perjuicio, entendido éste como detrimento patrimonial cualquiera, para hacer referencia a que al daño es antijurídico, no porque sea contrario a Derecho, sino porque la persona no tenía la obligación legal de soportarlo.

En palabras de García de Enterría y Fernández⁶⁷³, el concepto de lesión resarcible, hace referencia a un perjuicio patrimonial y evaluable; una ausencia de causales de justificación, no frente a su comisión sino frente al deber de la persona de soportarlo; y una posibilidad de imputación a una tercera persona, en este caso la Administración, ya que el daño propio no es resarcible, como tampoco la causa extraña y la fuerza mayor.

Frente al mecanismo judicial de reclamación de la reparación patrimonial del daño antijurídico en el caso español, el artículo 67 de la LPACAP vigente, señala el procedimiento del que denomina solicitud de iniciación en los procedimientos de

⁶⁷⁰ PUIGPELAT, O. M. *op. cit.*, p. 19. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, *op. cit.*, p. 420.

⁶⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, *op. cit.*, p. 406.

⁶⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, *op. cit.*, p. 407. DE AHUMADA RAMOS, F. J. *op. cit.*, p. 58.

⁶⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, *op. cit.*, p. 410.

responsabilidad patrimonial, es decir que, a diferencia del caso colombiano, cuyo procedimiento es estrictamente jurisdiccional, previo cumplimiento del requisito de la conciliación prejudicial, en el caso español se exige adelantar un trámite administrativo previo.

En esta norma, los interesados podrán solicitar el inicio del procedimiento administrativo, dentro del año siguiente a producido el hecho o acto que motive la indemnización. Si se trata de daños de carácter físico o psíquico, el plazo se contará desde la curación o desde la determinación del alcance de las secuelas.

Si la reparación tuviera como causa un acto administrativo, agrega la norma, la reclamación exigirá que, previamente, se haya acudido a la vía contencioso-administrativa a pedir la nulidad del acto particular o reglamento. El término del año para iniciar el procedimiento, se contará a partir de la notificación de la respectiva sentencia. Adicionalmente, agrega el artículo 81-1 de la de la LPACAP vigente, cuando se requiera informes o dictámenes, será obligatorio que ellos se alleguen al procedimiento administrativo.

Como explican García de Enterría y Fernández⁶⁷⁴, del régimen común se excluye la reparación cuando ella proviene como consecuencia de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, general o particular, no siendo posible la reclamación paralela con la solicitud de anulación del acto administrativo. Asimismo, tampoco la mera anulación del acto administrativo dará lugar a la indemnización de los daños antijurídicos supuestamente causados. Será necesario que de dicho acto administrativo se derive una lesión económica de aquellas que dan lugar a reparación⁶⁷⁵.

En este último evento, el artículo 31-2 de la LJCA, habilita al demandante para que, en virtud del principio de economía procesal, pida la acumulación de pretensiones para que, en el

⁶⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, *op. cit.*, p. 463.

⁶⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T-R, II, *op. cit.*, p. 464.

mismo proceso, se le resuelva sobre la nulidad del acto y la reparación patrimonial del daño antijurídico causado con éste, o esperar la sentencia de fondo y, dentro del año siguiente, iniciar la reclamación administrativa.

2.4.3 Procedencia del arbitraje de Derecho administrativo, para solucionar conflictos derivados de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Una vez analizadas las cuestiones dogmáticas relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, por daño antijurídico, tanto en el sistema jurídico colombiano como español, y vistas las opciones legales -administrativas y judiciales- para su reclamación, queda por definir si, las controversias derivadas de la responsabilidad patrimonial, incluyendo aquella que deriva de la anulación previa de un acto administrativo, se pueden llevar, tanto en el caso colombiano como en el español a la jurisdicción arbitral, o si se trata de un materia no disponible.

2.4.3.1 El arbitraje de Derecho administrativo frente a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. El caso colombiano.

Se va a sostener la tesis, que en el sistema jurídico colombiano, está constitucional y legalmente permitido, llevar a la jurisdicción arbitral, controversias derivadas de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, a pesar que, se anticipa, no se tenga conocimiento de que se haya llevado a cabo tribunales de arbitramento con este objeto y de que, pareciera, que las normas sobre arbitraje prevén este mecanismo exclusivamente en controversias derivadas de la contratación estatal.

Para sostener esta tesis, se van a ir señalando, uno a uno, los argumentos en los que ella se sustenta, muchos de los cuales ya se expusieron a lo largo de esta investigación, razón por la cual, salvo que sea argumentos nuevos, no requerirán de una segunda explicación, bastará con remitir a ellos y señalar la razón por la cual se aplican a la presente discusión.

Primero, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es, desde el punto de vista del sistema jurídico colombiano, una materia transigible, en tanto versa sobre intereses patrimoniales del afectado, de los cuales puede disponer libremente por hacer parte de su patrimonio, no vinculada al orden público. Se incluye, en consecuencia, su declaratoria y la condena respectiva.

Según el artículo 90 de la CP, contenido de la cláusula general de responsabilidad en el caso colombiano -las otras normas de la CP harán alusión a la protección de la persona, pero no a la obligación de reparar-, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o por la omisión de las autoridades o por particulares en ejercicio de funciones públicas.

No hace el artículo, como sí sucede en el caso español, aunque eso será materia de crítica en su momento, alusión alguna a que sea una competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, o de los jueces estatales, la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Administración y el establecimiento de la respectiva condena. Así, conforme a un principio hermenéutico de *No distinción*, donde no distingue el Constituyente no lo puede hacer el intérprete.

Segundo, al no prever la CP que la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sea una competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, o de los jueces estatales, es una tarea que fue deferida al Legislador, en virtud a los principios democrático - Art. 1, CP- y de libertad configurativa del Legislador -Art. 150, CP-.

En consecuencia, se aplica el artículo 150 de la CP, según el cual corresponde al Congreso expedir las leyes, incluyendo los códigos en todos los ramos de la legislación -Núm. 2-, en concordancia con el artículo 152, el cual señala que, mediante las leyes estatutarias, se regulará, entre otras materias, la Administración de justicia.

En concordancia con lo anterior, y con el artículo 116 de la CP, la Ley 1285 de 2009, en su artículo 6, previó una modificación al artículo 13 de la LEAJ y reiteró que, los particulares, habilitados por las partes, en los términos que señale la ley, pueden actuar como árbitros. La única limitación que previó el Legislador al *arbitraje de Derecho administrativo* en dicha norma, es la de que, si en el proceso arbitral es parte una entidad del Estado, se respeten las reglas del arbitraje previstas en el EANI.

Tercero, la declaratoria de responsabilidad de la Administración Pública y los parámetros de la indemnización, son una materia transigible, es decir, por la cual pueden acordar directamente la Administración y los particulares, claro, siempre y cuando el acuerdo no resulte lesivo para la Administración.

El sustento de tal afirmación es el siguiente: El sistema jurídico colombiano, no solo permite, sino que exige llevar a cabo una conciliación prejudicial, antes de que se inicie el proceso judicial de reparación directa. Esta conciliación prejudicial que se lleva a cabo ante la Procuraduría General de la Nación, y cuyo acuerdo conciliatorio, si lo hubiere, será aprobado por la jurisdicción contencioso-administrativa, es un espacio en el que, las partes, no sólo reconocen la existencia de un daño antijurídico imputable a la Administración Pública, sino que acuerdan los parámetros de indemnización y los términos para su pago.

Frente a la labor de la Procuraduría General de la Nación, hay que señalar que actúa como tercero imparcial, con la competencia para proponer fórmulas de arreglo y para expresar su inconformidad con un eventual acuerdo conciliatorio. En todo caso, de conformidad o inconformidad del Procurador del caso, será el juez de lo contencioso-administrativo, al que por competencia le corresponda conocer de la propuesta conciliatoria presentada por la entidad estatal y aceptada por el convocante, quien apruebe o no dicha fórmula de conciliación.

Para la aprobación judicial del acuerdo, el juez de lo contencioso-administrativo, verificará que no se vulnere el patrimonio público, que exista una alta probabilidad de condena de la Administración, que existan los medios probatorios que soporten la reclamación y que no se excedan los parámetros de reparación

de daño, establecidos jurisprudencialmente por el Consejo de Estado. Por fuera de eso, son las partes las que deciden si concilian o no.

Adicionalmente, las partes pueden celebrar un contrato de transacción, antes o después de iniciado el proceso judicial, el cual ni siquiera va a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo para su aprobación, es decir, un acuerdo en el que sólo interviene la Administración Pública y el particular afectado.

En consecuencia, si las partes, particular afectado -u otra entidad pública, ello también es posible- y Administración Pública responsable, pueden llegar a un acuerdo privado mediante transacción; a un acuerdo mixto de conciliación -se dice mixto porque requiere de la aprobación judicial, sea previo o dentro del proceso judicial-; si los términos del acuerdo, de transacción o de conciliación, son los establecidos por las partes; no queda duda alguna que, los árbitros, que ejercen función judicial transitoria, pueden actuar en casos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Cuarto, y aunque esto será materia de análisis cuando se analice el arbitraje frente a la contratación estatal, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con ocasión del daño antijurídico causado en el desarrollo de un contrato estatal, constituye una pretensión válida en el *arbitraje de Derecho administrativo*, y en eso existe una larga tradición, a condición de que el convocante del arbitraje sea una de las partes del contrato, en razón a que éste es el único legitimado para iniciar litigios con ocasión del contrato.

Quinto, desde el punto de vista de asignación de competencias, se podría objetar que, el numeral 7 del artículo 104 del CPACA, en punto de las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa, señala que a esta le corresponde conocer de “*Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado*”.

Se podría decir, *Contrario sensu*, que, si se adscribe la competencia para conocer del recurso de anulación contra laudos

arbitrales, con ocasión de conflictos relativos a contratos estatales, es porque, implícitamente o en sentido contrario, no está habilitada la opción para laudos arbitrales -procesos arbitrales-, cuando no sea un conflicto de esta naturaleza la causa de la controversia. Dicha conclusión es errónea por dos razones.

Primero, porque la interpretación *Contrario sensu*, se aplica en aquellos casos en los cuales la otra opción contraria o diversa es excluyente, no cuando puede ser concurrente, en razón a la naturaleza misma de la cuestión. Por ejemplo, cuando norma señala que, para acceder a un derecho político es necesario ser mayor de edad, *Contrario sensu*, no puede alegar su titularidad un menor de edad, son situaciones que, respecto de la condición exigida por la norma se excluyen.

No sucede esto en el *arbitraje de Derecho administrativo*, porque la posibilidad de adelantar un arbitraje por cuestiones relativas a contratos estatales, no excluye la posibilidad de un arbitraje para cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración. Más aún, como se dijo en el punto anterior, en ocasiones la responsabilidad de la Administración no deriva de una acción, de una omisión o de una operación administrativa, sino de un contrato estatal. En dicho supuesto, la pretensión principal del proceso arbitral, será la declaratoria de responsabilidad y la cuantificación de la indemnización. No existe razón, entonces, para que se excluya la posibilidad de arbitraje por cuestiones relativas a la responsabilidad, con el mero argumento de que no figura esta cuestión en la norma que adscribe la competencia para conocer del recurso de anulación frente al laudo arbitral.

Segundo, porque si bien, la función pública es reglada, y la administración de justicia es función pública; y porque si bien, las normas procesales, en especial las de asignación de competencia, son de orden público y de estricto cumplimiento, existe, (a) un criterio de plenitud hermenéutica del derecho⁶⁷⁶, según el cual, la ley tiene lagunas, pero el Derecho no las tiene.

⁶⁷⁶ COSSIO, C. *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2ª ed.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

Así las cosas, no puede ser que, por un lado, se permita el *arbitraje de Derecho administrativo* para cuestiones relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, pero, a renglón seguido, se diga que no existe regla de competencia para conocer del recurso de anulación contra el laudo arbitral que en dicho arbitraje se emita. Conforme al principio aristotélico de *No contradicción*, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, en consecuencia, no puede el arbitraje en esta materia estar prohibido y permitido a la vez. (b) las normas jurídicas, en ocasiones, en atención a su carácter canónico, no señalan cada supuesto fáctico en el que se ha de aplicar; en ocasiones, el Legislador, por un olvido involuntario, omite dejar sentada una premisa, sin que ello signifique, necesariamente, que está excluida.

En tal sentido, si en el caso colombiano, conforme al artículo 230 de la CP, los jueces, y los árbitros son jueces, están sometidos al imperio de la ley; y si la analogía, es la *aplicación de la ley a casos no expresamente previstos en ella*, se puede, por analogía, aplicar la regla del numeral 7 del artículo 104 del CPACA a los arbitrajes de Derecho administrativo donde se discutan asuntos relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. No se hace nada distinto a la aplicación del numeral 7 del artículo 104 del CPACA, si se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, el conocimiento del recurso de anulación del laudo arbitral en este caso.

Quedan así sentadas, desde un análisis puramente dogmático, las bases que sustentan la tesis de la procedencia del *arbitraje de Derecho administrativo* en el caso colombiano, a los conflictos derivados de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Como se dijo al comienzo, no se tiene conocimiento de un arbitraje en este sentido, sin embargo, el no uso de la herramienta jurídica o, en términos de la filosofía del derecho, la falta de eficacia de una disposición jurídica, no enerva ni su validez ni su vigencia⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷ SERRANO, J. L. (1999). *Validez y vigencia*, Madrid, Trotta, 1999.

2.4.3.2 El arbitraje de Derecho administrativo frente a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. El caso español.

Finalmente, para el caso español, se va a sostener la tesis, a pesar de que no se comparta, que hoy día, en el *arbitraje de Derecho administrativo*, no se puede ventilar litigios derivados de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, por motivos relacionados con la competencia exclusiva de la jurisdicción para cuestionar la mayoría de sus actos, acciones u omisiones, y por la existencia de una interpretación excesivamente del concepto interés general.

Para fundamentar esta afirmación, se van a señalar las razones normativas, constitucionales y legales, por las que no se admite la procedencia del *arbitraje de Derecho administrativo* en esta clase de controversias. Dichas razones, sin embargo, se acompañarán de otras que, desde una perspectiva diferente, permitirían abordar en sede arbitral, la posibilidad de ventilar litigios sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Primero, la perspectiva desde la regulación constitucional de la función judicial en España. Sobre esto, hay que recordar que, conforme al artículo 9-3 de la CE, se garantiza la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Seguidamente, el artículo 106-2 prevé que, los particulares tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Finalmente, el artículo 121 de la CE señala que, habrá lugar a indemnización por el daño antijurídico causado con ocasión del error judicial. Sin embargo, no prevé la CE, en estos artículos, la competencia para conocer de tales cuestiones, razón por la cual se debe buscar en otros espacios lo relativo a dicha competencia.

Poco más adelante, en el artículo 24, la CE consagra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que en el caso colombiano sería el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 229 de la CP. En esta norma, numeral 1, se dice que, tal derecho, se puede obtener “de los jueces y tribunales”. Enseguida, numeral 2, en la misma línea, se expresa

que, todas las personas “*tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*”.

Siendo que, se trata de una norma en blanco, en tanto señala la competencia para la garantía de la tutela judicial efectiva en los “*jueces y tribunales*” y en el “*juez ordinario predeterminado por la ley*”, queda por resolver, a la luz de la propia CE, quiénes son los jueces y tribunales a los que corresponde la garantía de la tutela judicial efectiva y, por esta vía, el control de la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad.

Un primer artículo resuelve el tema de la competencia para conocer de las controversias surgidas con la Administración Pública, con ocasión del daño antijurídico proveniente del funcionamiento de los servicios públicos y del error judicial. Se trata del artículo 106-1 de la CE, el cual restringe - aparentemente- la posibilidad del *arbitraje de Derecho administrativo* para este tipo de cuestiones, y en el cual se dice que, corresponde a “Los Tribunales”, el control de la potestad reglamentaria y, esto llama poderosamente la atención, “la legalidad de la actuación administrativa”.

Dicho precepto, en principio, sería suficiente para señalar que, no se puede llevar a sede arbitral, los conflictos que se relacionan con la responsabilidad patrimonial de la Administración por daño antijurídico. Sin embargo, existe otro, de mayor relevancia, que gravita en la misma dirección. Se trata del artículo 117 de la CE, ubicado en el Título VI, sobre Poder Judicial, el cual regula, en términos generales, la estructura del poder judicial en España.

Así, en el artículo 117-1, se dice que, la justicia, que emana del pueblo y se administra en nombre del Rey, se ejercer por “*Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial*”. Como si tal restricción no fuera poco, en el artículo 117-3, aclarando quiénes hacen parte del *poder judicial*, señala que, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, corresponde, exclusivamente, a “*los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes*”.

Pese a la remisión que se hace al Legislador para que regule la materia, no queda duda que se trata de una restricción del orden constitucional, de tipo exegético, para que la revisión de las

actuaciones de la Administración Pública quede, exclusivamente, en cabeza del Poder Judicial. La referencia a la ley, por otro lado, está dirigida a la organización de la Judicatura y a la asignación de competencias, más que a la atribución propiamente de jurisdicción.

Segundo, la perspectiva desde la regulación legal de la función judicial en España. Una vez revisada la cuestión de la posibilidad de llevar a sede arbitral, los conflictos originados con ocasión de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daño antijurídico desde la perspectiva de la CE, queda por revisar, en atención a los principios democrático y de libertad configurativa del Legislador, así como por la expresa remisión que se hace en el artículo 117-3, lo señalado por la LOPJ en punto de quiénes conforman el Poder Judicial, es decir, quiénes tienen la competencia para juzgar las actuaciones de la Administración.

La LOPJ, dedica su Título Preliminar, a señalar quiénes componen el Poder Judicial. Así, en el artículo 1, se dice, en igual sentido que el artículo 117-1 de la CE, que la justicia emana del pueblo, se administra en nombre del Rey, por “*Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial*”. A renglón seguido, artículo 2-1, en idéntico sentido al artículo 117-1 de la CE, se reitera que, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, “*corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes*”. Luego, en el artículo 3, igual que en el artículo 117-5 de la CE, se reitera el principio de unidad de la jurisdicción, en cabeza de los “Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley” y se establece un lineamiento general sobre la jurisdicción penal militar. Para finalizar la referencia al Título Preliminar, en el artículo 8 se dice, en el mismo sentido que el artículo 106-1 de la CE, que el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, corresponde a los Tribunales. En otros términos, existe una reiteración, casi literal, de los preceptos constitucionales.

Luego, en el artículo 24 de la LOPJ, sobre organización del Poder Judicial, se dice que, el ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a los juzgados y tribunales y empieza a hacer una extensa asignación de competencias. Es decir, que se atribuye el

ejercicio exclusivo de la jurisdicción a quienes ostenten la condición de jueces y magistrados, miembros del poder judicial, y se excluye la posibilidad de asimilar la función arbitral como jurisdiccional.

A partir de las premisas anteriores, se concluye que, en el caso español, desde un criterio normativo, exegético, las cuestiones que involucren la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con ocasión del daño antijurídico causado por el funcionamiento de los servicios públicos y por error judicial, no se puede llevar a sede arbitral, en tanto la jurisdicción es la que tiene la competencia exclusiva para conocer de tales cuestiones, según lo señala la CE y lo reitera la LOPJ.

Tercero, dicha conclusión, pese al soporte normativo, admite ciertas observaciones. La primera de ellas, relacionada con las características de la interpretación de la Constitución y, seguidamente de la interpretación constitucional del ordenamiento jurídico⁶⁷⁸, lo cual va ligado, pero exige, a efectos del principio de interpretación conforme, de la aplicación de criterios de interpretación que vayan más allá del método exegético.

Un primer elemento de juicio, es la posibilidad de acudir a una *interpretación evolutiva de la Constitución*. Este criterio, aceptado por el Tribunal Constitucional español⁶⁷⁹, señala que la Constitución, es un texto dirigido a perdurar largos periodos de tiempo, y que se debe aplicar a supuestos que sus redactores no imaginaron, lo que obliga a los tribunales constitucionales a actualizar el sentido y alcance de los principios constitucionales para que ellos se puedan leer a la luz de los nuevos paradigmas y de las exigencias de una sociedad cambiante, a riesgo que se conviertan en letra muerta y pierdan legitimidad. Concluye el Tribunal Constitucional señalando que, la interpretación de la Constitución, escapa al ámbito de la interpretación literal, sistemática u originalista, para fusionarse con la realidad social,

⁶⁷⁸ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 111-112-

⁶⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional español. No. 198 de 2012.

jurídicamente relevante, para la construcción de una nueva cultura jurídica, sin que ello signifique, en todo caso, superponer la realidad fáctica sobre el propio texto⁶⁸⁰.

Un segundo elemento, es el principio de *igualdad jurídica ante la jurisdicción*. Se dirá al respecto que, si los litigios por la responsabilidad patrimonial por daño antijurídico causado entre particulares, en los cuales, igualmente, la pretensión es netamente de carácter patrimonial, se pueden ventilar ante la jurisdicción arbitral, no existe razón válida para negar esa posibilidad cuando la cuestión involucre a una entidad pública.

Se podría objetar, sin embargo, que, en virtud del principio de igualdad material, las situaciones diferentes, deben recibir un trato diferente. En este sentido, no es igual la situación de la parte demandada *sujeto particular*, que la situación de la parte demandada *entidad pública*.

Dicha distinción, además de superficial es improcedente por la siguiente razón. Para distinguir si dos casos son iguales, se recurre a un *tertium comparationis*. En este caso, esa comparación, donde se confrontan punto de partida con relación a punto de llegada, es decir, qué se pretende y de dónde parte con relación a dicha pretensión, llevan a la consideración según la cual, el punto de comparación no es la naturaleza de la parte demandada, sino la naturaleza de la pretensión.

En este caso, no tendría por qué establecerse un trato diferenciado, frente a la reclamación de una pretensión de naturaleza estrictamente patrimonial, renunciable o transigible para quienes intervienen, regida en su contenido por normas de derecho privado, civil para ser más preciso, en las que no interviene ninguna exorbitancia pública, y que se presenta u ocurre en las mismas dimensiones y circunstancias tanto para los particulares como para la Administración Pública. No existe, en consecuencia, imitación cierta para no llevar este conflicto a la

⁶⁸⁰ Una explicación de esta sentencia en MATIA PORTILLA, F. J. “INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y LEGITIMIDAD DEL MATRIMONIO FORMADO POR PERSONAS DEL MISMO SEXO”, En: Teoría y Realidad Constitucional, núm. 31, 2013, pp. 535-554.

sede arbitral, cuando se demande la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es decir, para considerar que es un asunto propio del arbitraje de Derecho administrativo.

2.5 EL ARBITRAJE DE DERECHO ADMINISTRATIVO RESPECTO DE LOS CONFLICTOS ORIGINADOS EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Corresponde en este último acápite, abordar la cuestión relativa a la naturaleza arbitrable de los conflictos derivados de la suscripción, ejecución y liquidación de los contratos donde es parte la Administración Pública y que se encuentran sometidos al Derecho administrativo. Se deja por fuera de la discusión, los conflictos que se originen durante la etapa previa al contrato, antes de su celebración, por dos razones específicas: La primera, porque durante esta etapa, no existe contrato y, en consecuencia, mal haría en hablarse de un *arbitraje contractual* durante una fase administrativa en la que, precisamente, no existe contrato. La segunda, porque el arbitraje parte de una presunción de titularidad de un derecho o interés legítimo en cabeza de quien recurre, y lo cierto es que, en la fase previa a la celebración del contrato, existen meras expectativas.

Como estructura metodológica, se revisará la cuestión relativa a la noción de *contrato* como especie de un género denominado *negocio jurídico*; sus elementos; algunos aspectos propios del derecho privado, y que le son enteramente aplicables, bajo la premisa de que el contrato de la Administración Pública no ostenta una naturaleza diferente al contrato de derecho privado; la regulación general en el Derecho administrativo colombiano y español y, finalmente, la posibilidad de que los conflictos que se deriven de la suscripción, ejecución y liquidación se puedan ventilar en una sede arbitral. En este último punto, se discutirá la posibilidad de llevar al arbitraje la controversia generada por un acto administrativo de carácter particular emitido en desarrollo de contrato.

2.5.1 La noción de contrato en el derecho privado.

La noción de *contrato*, tan antigua como la humanidad misma, es una especie perteneciente a un género al que se denomina

negocio jurídico. El *negocio jurídico*, en términos resumidos, es una declaración o acuerdo de voluntades, en el que sus intervinientes se comprometen con un resultado, protegido por el Derecho⁶⁸¹. Ese acuerdo de voluntades, explícito o implícito⁶⁸², lleva consigo la autorregulación de los intereses vinculados⁶⁸³. Por su parte, un contrato es, en un sentido no muy diferente, un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, en el que se generan obligaciones, por lo general recíprocas, de dar, hacer o no hacer⁶⁸⁴.

El *negocio jurídico*, como género, y el *contrato*, como especie, requieren para su existencia de unos elementos, que a veces la legislación, como en el caso del artículo 1502 del CC colombiano, señala como fuentes de las obligaciones mientras que, el artículo 1261 del CC español los ubica como requisitos de la esencia de contrato. Se trata de la capacidad, el consentimiento exento de vicios, la causa y el objeto lícitos.

La capacidad, es la aptitud para suscribir negocios jurídicos⁶⁸⁵. Según el inciso final del artículo 1502 del CC colombiano, la capacidad, a la que agrega el adjetivo de legal, para diferenciarla de la mera capacidad de goce que no es otra cosa que la habilitación para ser titular de un derecho, es la posibilidad que tiene una persona para obligarse por sí misma, sin el permiso de otra.

⁶⁸¹ DE CASTRO Y BRAVO, F. *El Negocio Jurídico*, Madrid, Civitas, 1995, p. 34.

⁶⁸² GALGANO, F. *El Negocio Jurídico*, Traducción Francesco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Valencia, Tirant lo blanch, 1992, p. 27.

⁶⁸³ DORAL, J. A., DEL ARCO, M. A. *El Negocio Jurídico*, Madrid, Trivium, 1982, p. 35.

⁶⁸⁴ Esas partes o extremos del contrato, pueden ser dos o más, según la perspectiva teórica desde la cual se le mire. Por ejemplo, en el caso del artículo 1495 del Código Civil colombiano, se dice que, contrato o convención -no hace diferencia-, es un acuerdo de dos partes, y cada parte se puede componer de una o más personas. Por su parte, el artículo 864 del Código de Comercio colombiano, define el contrato de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial.

⁶⁸⁵ BETTI, E. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Granada, Editorial Comares, S.L., 2000, p. 193.

El consentimiento debe estar exento de vicios⁶⁸⁶. Señala el artículo 1508 del CC colombiano como vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo. Por su parte, el artículo 1265 del CC español, habla del error, la violencia, la intimidación o el dolo. Ambas legislaciones traen una explicación y una delimitación de cada uno de los supuestos antes referidos, los que pueden tener lugar, en mayor o menor medida, en la contratación de la Administración Pública.

La causa o finalidad es la razón de ser del negocio jurídico, que no es otra cosa que la satisfacción de un interés⁶⁸⁷. Señala el artículo 1524 del CC colombiano, que la causa es el motivo que induce al contrato y debe ser real -existe- y lícita -no prohibida por la ley ni contraria a las buenas costumbres o al orden público-. Por su parte, el artículo 1274 del CC español, define la causa como la prestación o la promesa de una cosa o servicio y, agrega en el artículo 1275 que, la ausencia de causa y la causa ilícita -opuesta a la ley o a la moral-, no produce efecto alguno.

El objeto es la cosa o derecho que el contrato transfiere de una parte a otra, así como la prestación que una parte se obliga a prestar en favor de la otra⁶⁸⁸. Según el artículo 1517 del CC colombiano, el objeto puede ser dar, hacer o no hacer, una o más cosas. Agrega el artículo 1519 que existe objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación. Por su parte, el artículo 1271 del CC español, señala que no pueden ser objeto de contrato, las cosas que están fuera del comercio, a lo que agrega el artículo 1271 que tampoco las cosas o servicios imposibles.

Estas consideraciones resultaban necesarias, por una razón elemental, denunciada por la doctrina española⁶⁸⁹: En el contrato administrativo, se aplican, con algunas variaciones en cada

⁶⁸⁶ Una explicación sobre los vicios del consentimiento en DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, p. 101 y s.s.

⁶⁸⁷ BETTI, E., *op. cit.*, p. 153. GALGANO, F., *op. cit.*, p. 44. DE CASTRO Y BRAVO, F., *op. cit.*, p. 163 y s.s.

⁶⁸⁸ GALGANO, F., *op. cit.*, p. 23.

⁶⁸⁹ PARADA, R. Derecho Administrativo. I. Parte General. *op. cit.*, p. 276.

sistema jurídico, los mismos requisitos de la existencia del contrato en el derecho privado -capacidad, consentimiento, objeto y causa-, de suerte que, una explicación del contrato administrativo al margen de ellos es carente de fundamento.

2.5.2 La regulación del contrato de la Administración Pública en la legislación colombiana.

En el caso colombiano, el régimen general de contratación de la Administración Pública, se encuentra hoy en la Ley 80 de 1993, que unificó la antigua clasificación entre contratos de derecho administrativo y contratos de derecho privado, prevista en el Decreto Ley 222 de 1983, en una sola categoría a la que denominó *contrato estatal*. En tal sentido, señala el artículo 32 del ECE que, “Con contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales a que se refiere el presente estatuto...”.

Conforme lo señaló en su momento Expósito Vélez⁶⁹⁰, no era una idea que expresara con claridad la conjunción entre lo administrativo y lo privado del contrato, pero sí genera un punto de intersección cuando señala que, contrato, es todo acto jurídico generador de obligaciones. Sin embargo, la inexistencia de una referencia al acuerdo de voluntades como elemento axial de la definición de contrato, o la alusión a actos y no simplemente a acto, no deja de generar confusiones⁶⁹¹.

De la misma opinión es partidario Dussán Hitscherich⁶⁹² cuando afirma que, el ECE confunde la noción de contrato estatal con la de acto generador de obligaciones. Así, mientras la primera exige de la existencia de un acuerdo de voluntades, el segundo alude a cualquier manifestación de voluntad, incluyendo los negocios

⁶⁹⁰ EXPÓSITO VÉLEZ, J. C., *La configuración del contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 253.

⁶⁹¹ *Ibidem*.

⁶⁹² DUSSÁN HITSCHERICH, J., *Elementos del contrato estatal*, Bogotá, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005, p. 37.

jurídicos unilaterales. En últimas, el *contrato* es una de las manifestaciones de un género más amplio denominado *acto jurídico*.

Este régimen, tiene varias características que merecen resaltarse y que, de alguna manera guardan relación con la posibilidad de llevar a sede arbitral las controversias que surjan en el desarrollo de los contratos, mediante un *arbitraje de Derecho administrativo*, en el cual se sustituya a la jurisdicción estatal como escenario natural de solución de los conflictos con la Administración Pública.

2.5.2.1 La categoría única de contrato estatal.

Hasta hace poco más de tres décadas, el Decreto Ley 222 de 1983, por el cual se expidieron normas sobre los contratos de la Nación y de sus entidades descentralizadas, previó una clasificación entre contratos administrativos o de derecho público y contratos de derecho privado de la Administración. Así, en el artículo 16⁶⁹³, se previó un listado de contratos que se habrían de considerar como de Derecho administrativo, regulados por la norma especial de contratación y cuyas controversias serían dirimidas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Al final del mismo precepto, se dijo que, salvo disposición legal expresa en contrario, todos los demás contratos serían de derecho privado, se regirían por las reglas del derecho privado y serían de conocimiento de la jurisdicción ordinaria civil, salvo que en ellos se hubiere incorporado la cláusula exorbitante de la caducidad.

⁶⁹³ Artículo 16. De la clasificación y de la naturaleza de los contratos. Son contratos administrativos: 1. Los de concesión de servicios públicos. 2. Los de obras públicas. 3. Los de prestación de servicios. 4. Los de suministros. 5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos. 6. Los de explotación de bienes del Estado. 7. Los de empréstito. 8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento cinematográfico -FOCINE-. 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.

En el año de 1993, se expide la Ley 80, “*Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, que deroga el Decreto Ley 222 de 1983 y unifica la actividad contractual de la Administración en una sola categoría a la que denomina *Contrato estatal* y que se aplicaría, en principio sin distinción alguna, como lo señaló el artículo 1, a los *contratos de todas las entidades estatales*⁶⁹⁴.

Como explica Escobar Gil⁶⁹⁵, el Legislador colombiano, a partir del fracaso de la falsa clasificación entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, acoge la teoría de la unidad de los contratos de la Administración Pública, a los que denomina genéricamente como contratos estatales.

Frente a la competencia para celebrar contratos estatales, se conjugó el criterio de la personería jurídica con el de la importancia de la función, y se otorgó, en el artículo 2-1-a-b⁶⁹⁶, la

⁶⁹⁴ Se dirá que, en principio, porque hoy día existe un sinnúmero de regímenes especiales, no privados, de contratación, creados en función casi siempre de la actividad que desarrollan diversas entidades estatales, sin perjuicio de que, para ciertos contratos, que se consideran típicos contratos estatales, todas las entidades, sin distinción alguna, se rijan por los parámetros de la Ley 80 de 1993.

⁶⁹⁵ ESCOBAR GIL, R., *Teoría General de los contratos de la Administración Pública*, Bogotá, Legis, 2003, p. 53.

⁶⁹⁶ Señala la norma lo siguiente: “Artículo 2. De la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: 1o. Se denominan entidades estatales: a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles. b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades

facultad de comprometer la voluntad de la Administración, tanto a entidades con personería jurídica como a otras que no la tienen.

Una diferencia conceptual significativa con el caso español, es que en Colombia no se habla de las *administraciones públicas*, como criterio orientador de la asignación de competencias en materia de contratación, sino que la Administración Pública, una sola, sin importar si es nivel central o descentralizado, se denomina *entidad estatal* a los efectos del régimen de la contratación pública.

En consecuencia, siendo entidades estatales, las que tienen personería, del sector central y descentralizado, en este último supuesto, descentralizado por territorio y por servicios, y las que no tienen personería pero están enlistadas en el artículo 2 del ECE, la noción de *entidad estatal* y de *contrato estatal* se funden en un solo supuesto y sirven para el propósito de la unificación del régimen de contratación.

2.5.2.2 Surgimiento del contrato estatal y normatividad aplicable.

Dos elementos de juicio son necesarios e importantes en este momento para comprender la regulación legal de la contratación pública en Colombia: El momento del surgimiento del contrato y la normatividad que le resulta aplicable. Lo primero es importante porque, es a partir de ese momento que se habla de contrato del Estado o contrato estatal, y resulta procedente el arbitraje. Lo segundo, porque siendo una categoría única, se debe precisar si se someten al derecho público o al derecho privado y en qué medida.

Primero, frente al perfeccionamiento del contrato o momento de surgimiento, señala el artículo 41 del ECE, que los contratos del Estado se perfeccionan cuando existe un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleva a escrito⁶⁹⁷. Es a partir de ese

administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.

⁶⁹⁷ Salvo los casos de urgencia manifiesta, donde se puede celebrar el contrato con el mero acuerdo de voluntades, incluso parcial, y luego elevarlo a escrito.

momento que se puede hablar de la existencia de un contrato estatal.

Siguiendo a Pino Ricci⁶⁹⁸, hay que señalar que, los contratos del Estado son, por antonomasia, solmenes. Esas solemnidades que constituyen requisitos de la esencia del contrato estatal, son adicionales a los requisitos que algunos actos jurídicos podrían requerir, por ejemplo, la escritura pública en la transferencia de la propiedad de bienes inmuebles sometidos a registro.

En el mismo sentido, Dávila Vinuesa⁶⁹⁹, señala que, a diferencia de los contratos en el derecho privado, donde muchas veces basta la consensualidad, en el Derecho administrativo colombiano, no basta la existencia de un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, sino que se requiere la formalidad de que el acuerdo se eleve a escrito. Sin dicho escrito, agrega, el acuerdo, no es nada, no existe nada para el mundo jurídico, no admitiendo se ningún medio de prueba que pueda sustituir esta solemnidad.

Según precisa Escobar Gil⁷⁰⁰, son dos las razones de la exigencia de que los contratos de la Administración Pública sean por escrito: por un lado, en virtud de la transparencia de la gestión contractual, en razón a que no de otra manera podrían los ciudadanos conocer las condiciones de la gestión contractual y ejercer el control respectivo. Por el otro, razones de claridad, orientada a que las partes puedan manifestar, expresamente y sin equívocos, los términos de su compromiso, y evitar de esta forma equívocos relativos a las condiciones del contrato.

Seguido, el inciso 2 prevé una diferencia entre existencia y ejecutabilidad del contrato y precisa que, para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía, si ella hubiere sido exigida, de la existencia de la disponibilidad presupuestal correspondiente y de la comprobación de que el proponente y

⁶⁹⁸ PINO RICCI, J., *El régimen jurídico de los contratos estatales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 333.

⁶⁹⁹ DÁVILA VINUEZA, L. G., *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá, Legis, 3ª ed., 2016, p. 539.

⁷⁰⁰ ESCOBAR GIL, R., *op. cit.*, p. 220.

contratista se encuentra al día con las obligaciones de seguridad social integral⁷⁰¹.

Esta posición cuenta con un sólido respaldo en la doctrina. Así, Dávila Vinueza⁷⁰², quien hizo parte de la comisión redactora de la Ley 80 de 1993, señala que, el contrato se perfecciona, nace a la vida jurídica, con el escrito que contiene el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y se ejecuta luego de la aprobación de la garantía única de cumplimiento, cuando esta proceda, y de la existencia de la disponibilidad presupuestal correspondiente. Lo mismo señala Pino Ricci cuando afirma que, una vez se perfecciona el contrato estatal, es decir, se cumple con el requisito de la existencia, el contrato no se puede ejecutar hasta tanto no se aprueba la garantía única y se expida el certificado de

701 En algún momento, el Consejo de Estado señaló que la aprobación de la póliza y la expedición del documento que acredita la existencia de la disponibilidad presupuestal, eran requisito de la existencia del contrato. CF. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR. Santa Fe de Bogotá, D.C., Veintisiete (27) de enero de dos mil (2000). Radicación número: 14935. Actor: CONSTRUCTORA BAFER LTDA. Demandado: DISTRITO DE BARRANQUILLA. Referencia: Apelación auto ejecutivo. Señaló en aquel momento que, “En consecuencia, a términos de las normas antes transcritas, se deduce, que el perfeccionamiento de los contratos estatales se produce con el registro presupuestal de los mismos, luego de que las partes hayan expresado, por escrito, su consentimiento acerca del objeto y las respectivas contraprestaciones”. Luego, corrigió y señaló que estos dos últimos son requisitos para la ejecución y no para la existencia. CF. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009). Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01686-01(29699). Actor: EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA. Demandado: COMERCIALIZADORA DE LICORES DEL PUTUMAYO. En el mismo sentido, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación número: 66001-23-31-000-2002-01171-01(29121). Actor: DEPARTAMENTO DE RISARALDA. Demandado: MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS. Referencia: ACCION PUBLICA DE NULIDAD.

⁷⁰² DÁVILA VINUEZA, L. G., op. cit., p. 541.

disponibilidad presupuestal correspondiente⁷⁰³. Igualmente, Escobar Gil, señala que, no basta la existencia del acuerdo, sino que es necesario la existencia de la forma escrita como requisito de la existencia del contrato⁷⁰⁴.

Segundo, frente a la normatividad aplicable, la legislación colombiana reconoce que los contratos de la Administración Pública son, en su naturaleza, como lo expresa Ramón Parada⁷⁰⁵, los mismos contratos ya previstos en el derecho privado. En este sentido, el artículo 13 del ECE señala que, los contratos estatales, se rigen (i) por el derecho comercial y (ii) por el derecho civil, salvo las materias especiales que se prevean en el mismo estatuto.

Frente al caso de los contratos internacionales, existen dos reglas. La primera, que, si el contrato se suscribe en el exterior, se regirá por las reglas de dicho Estado, salvo que se deba cumplir en Colombia⁷⁰⁶. La segunda, que, si el contrato se celebra en Colombia, pero se debe ejecutar en el extranjero, se puede someter a la ley extranjera. A esto, agregó la Corte Constitucional⁷⁰⁷ que, la regla opera, siempre y cuando, a pesar de suscribirse en Colombia, la etapa precontractual se haya realizado en el otro Estado. Si dicha etapa se llevó a cabo en Colombia, el contrato se regirá por la ley nacional.

Tercero, frente a la confluencia de normas de derecho público y normas de derecho privado en la contratación estatal, que es una sola, señala el artículo 40 del ECE que, los contratos se regirán, en sus estipulaciones particulares, por las normas civiles y comerciales que regulan la materia, así como por las previstas en el mismo estatuto. Para tal fin, se habilita a las entidades estatales a celebrar todo tipo de contratos en esta categoría: contratos típicos,

⁷⁰³ PINO RICCI, J., op. cit., p. 337.

⁷⁰⁴ ESCOBAR GIL, R., op. cit., p. 221.

⁷⁰⁵ PARADA, R., Derecho Administrativo. I. Parte General. op. cit., p. 276.

⁷⁰⁶ La Corte Constitucional de Colombia, en la SC-294 de 2004 declaró la constitucionalidad de esta regla.

⁷⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia, SC-294 de 2004.

contratos atípicos y todos aquellos que surjan de la autonomía de la voluntad siempre y cuando se persigan los fines estatales.

2.5.2.3 La categoría contrato estatal en sentido estricto.

El ECE, permite que se celebren todo tipo de contratos estatales, típicos, atípicos y los que surjan de la autonomía de la voluntad, siempre que respeten los elementos propios de todo negocio jurídico -capacidad, consentimiento, causa y objeto lícito- y cuya finalidad esté en consonancia con los fines esenciales del Estado, de allí que, señale el artículo 32 del ECE que, “*Son contratos estatales todos los actos jurídicos*” celebrados por las entidades estatales, los previstos en dicho estatuto, en el derecho privado, en disposiciones especiales y los que deriven del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que se enuncian en el mismo artículo.

Sin embargo, esta cláusula, del tipo *Numerus apertus*, permite la inclusión, dentro de la categoría de contrato estatal, es decir, regido por el ECE, de una cantidad infinita de posibilidades. En cada caso, se regirá por las normas básicas del derecho privado, civil y comercial, frente a los elementos del contrato, y en lo no previsto por dichos estatutos por lo previsto en el ECE.

A lo anterior se suma que, aunque el Legislador del año 1993 quiso eliminar la clasificación entre contratos de Derecho administrativo y de derecho privado, permitió la coexistencia de regímenes particulares de contratación, un eufemismo con el cual se permite que ciertas actividades o que ciertas entidades del Estado, se rijan por normas diferentes al ECE.

Para evitar que perezca la noble intención del Legislador, en el artículo 32 se previó, o por lo menos así lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado⁷⁰⁸, un listado de contratos

⁷⁰⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683). Actor: LUIS ANTONIO RODRIGUEZ MELO. Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA-ESP-. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO

que, sin importar qué entidad pública lo celebre, se denominará contrato estatal y se regirá por las normas del ECE. Es decir, así se trate de entidades que se rigen por una normatividad particular -derecho privado para abandonar los eufemismos-, estos contratos en particular se celebrarán como contratos de Derecho administrativo, regidos por el ECE. Se trata de los siguientes contratos: Contrato de Obra, Contrato de Consultoría, Contrato de Prestación de Servicios, Contrato de Concesión, Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública.

Sobra hacer una explicación sobre las características, los requisitos y los alcances de cada uno de estos contratos. Ello corresponde a otro escenario, no necesario para los efectos de la presente investigación. Simplemente, cuando el contrato, por las obligaciones que de él emanan, se ubique dentro de cada una de estas categorías, será un contrato estatal y se regirá por el ECE sin importar el régimen de contratación que tenga la entidad, público o privado.

2.5.3 Solución de controversias. Posibilidad de acudir al arbitraje para solucionar conflictos originados en la actividad contractual de la Administración en Pública.

Los conflictos derivados de la actividad contractual de la Administración en Pública en Colombia, se pueden solucionar mediante todos los mecanismos institucionales y alternativos de solución de conflictos que prevé el sistema jurídico. En tal sentido, se admiten los mecanismos autocompositivos o de arreglo directo como la conciliación⁷⁰⁹, la amigable composición

ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E). Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015). Rad. No.: 50001-23-31-000-2008-00031-01(38600). Actor: SOCIEDAD CONSTRUF YA LTDA. Demandado: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO Y VILLAVIVIENDA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO. Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. En el mismo sentido, PINO RICCI, J., op. cit., p. 411 y s.s.

⁷⁰⁹ En el sistema jurídico colombiano, no sólo está permitida la conciliación para la solución directa de conflictos derivados de la actividad contractual de

y la transacción⁷¹⁰; y los mecanismos heterocompositivos como el proceso judicial y el arbitraje.

En el caso de la transacción, ella está regulada en el artículo 2469 del CC colombiano, donde señala que, la transacción es un contrato, en que las partes terminan de forma extrajudicial un litigio o precaven uno eventual, no siendo y transacción el mero acto de renuncia el ejercicio de un derecho. Se agrega en el artículo 2470 que, la transacción la capacidad de disponer sobre los objetos comprendidos en la misma.

En el caso de los litigios con la Administración Pública, si la transacción se lleva a cabo antes de incoar el proceso judicial, será un mero acuerdo de voluntades entre las partes que no requerirá de aprobación adicional. Si la transacción se lleva a cabo en el curso del proceso, luego de suscrito el acuerdo, se solicitará la terminación del proceso, el cual, por supuesto, requerirá de auto que la apruebe.

En el caso colombiano, el Consejo de Estado⁷¹¹ ha señalado que la transacción es válida en los litigios donde sea parte la Administración Pública, incluyendo aquellos que versen sobre controversias contractuales, siempre que cumplan ciertos requisitos, a saber: (a) que se observen los requisitos legales para existencia y validez de todo contrato -la transacción es un contrato-. (b) que recaiga sobre derechos respecto de los cuales

la Administración Pública, sino que ella resulta obligatoria como requisitos para acceder a la Administración de Justicia. Así lo estableció

⁷¹⁰ El inciso 2 del artículo 29 del EANI, señala que, la controversia contractual puede terminar por transacción o conciliación.

⁷¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO Bogotá D. C., veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04681-01(26137) Actor: COMUNIDAD DEL BUEN PASTOR Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (AUTO APRUEBA O ACCEDE SOLICITUD DE TERMINACION DE PROCESO POR TRANSACCION).

las partes puedan disponer. (c) que se tenga capacidad para la suscripción del contrato.

En el caso de la conciliación, el asunto es igualmente claro. El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se adicionó un artículo 42A la LEAJ, estableció que la conciliación constituye un requisito de procedibilidad, tendente a descongestionar el aparato de justicia y a lograr una pronta garantía de los derechos de los ciudadanos. Frente a esta exigencia -no posibilidad-, señaló la Corte Constitucional⁷¹² que, la exigencia del agotamiento de la conciliación para acceder a la Administración de Justicia, en tratándose de conflictos con la Administración Pública, incluyendo las controversias de naturaleza contractual, no contraría la Constitución.

En el caso de la conciliación frente al medio de control de controversias contractuales, no le encontró la Corte Constitucional reparo alguno. Sin embargo, en el caso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, habida cuenta que, la conciliación lleva implícita el desconocimiento del principio de presunción de legalidad del acto administrativo, así como su carácter ejecutivo y ejecutorio, afirmó que, la conciliación es procedente, sometida a que no se concilie la legalidad del acto sino sus efectos económicos, pues lo que se discute en la conciliación son intereses de contenido patrimonial y no el principio de legalidad en sí mismo.

Se podría decir que, la misma consideración está implícita en la conciliación que se lleve a cabo de un medio de control de controversia contractual, cuando la discusión gire en torno al desconocimiento del principio de presunción de legalidad de un acto administrativo contractual. En tal caso, se conciliará sobre los efectos económicos del acto y no sobre su legalidad.

La exigencia de la conciliación prejudicial, hoy está contemplada en el artículo 161-1 del CPACA. Adicionalmente, se contempla que, en la primera audiencia del proceso judicial, prevista en el artículo 180 del CPACA, denominada audiencia inicial, se lleve a cabo una etapa de conciliación judicial entre las partes. Es decir,

⁷¹² Corte Constitucional de Colombia. SC-713, 2008.

en el caso colombiano, la conciliación es un mecanismo válido de solución de conflictos de naturaleza contractual.

En punto del arbitraje, y aquí hay que hacer un señalamiento, y es que, en el caso colombiano, el *arbitraje de Derecho administrativo* se ha limitado, en toda su historia, a resolver conflictos derivados de la actividad de contratación de la Administración Pública. No se conoce otro escenario de conflicto con la Administración Pública, salvo los asuntos laborales de los trabajadores oficiales, pero eso un asunto sometido al *Derecho laboral ordinario*, en el que se haya acudido al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos.

Por ejemplo, no hay antecedentes de que conflictos derivados de la responsabilidad patrimonial de la Administración, o de que asuntos laborales entre la Administración Pública y los empleados públicos, es decir, los que rigen su vínculo por una relación legal y reglamentaria -acto administrativo-, se hayan llevado a la jurisdicción arbitral.

Es de tal magnitud la aceptación de la posibilidad de llevar a la jurisdicción arbitral los conflictos que se deriven de la actividad contractual de la Administración Pública -controversias contractuales como se le conoce-, que las normas sobre arbitraje -EANI- y las normas procesales -CPACA-, aluden únicamente al escenario de la controversia contractual como hipótesis del arbitraje.

En el caso de las normas procesales, el CPACA, cuando señala las materias que son de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa -artículo 104-7-, dice que, le corresponde, conoce de “*Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado*”.

No se limitó el artículo a señalar que, se conocería de los recursos extraordinarios contra los laudos que definan los conflictos generados con las entidades estatales, regulación más acorde con la naturaleza y amplitud del arbitraje en Colombia, sino que hizo alusión expresa a los conflictos relativos a contratos estatales,

como si fuera la única hipótesis posible, lo cual, por supuesto, no es cierto, según se demostrará más adelante.

Luego, en el artículo 149-7 del CPACA, señala que, es competencia del Consejo de Estado⁷¹³, en única instancia, en sala plena o en sus secciones según lo prevea su reglamento, conocer del “*recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia*”. Se agrega que, respecto de esta sentencia, únicamente procede el recurso extraordinario de revisión.

Nuevamente, acepta la procedencia del *arbitraje de Derecho administrativo*, cuando acepta su competencia para conocer del recurso de anulación contra el laudo arbitral proveniente de un conflicto de naturaleza contractual, con lo cual, se reafirma la procedencia del arbitraje para este tipo de conflictos y se mantiene la confusión frente a la procedencia del arbitraje para otro tipo de controversias, por ejemplo, las derivadas de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En el caso de las normas sobre arbitraje, el inciso final del artículo 1 del EANI, admite la posibilidad de acudir al arbitraje, cuando la controversia involucra a una entidad pública o a un particular en ejercicio de funciones administrativas, si la controversia surge con ocasión de la (i) celebración, (ii) desarrollo, (iii) ejecución, (iv) interpretación, (v) terminación y (vi) liquidación de los contratos estatales.

Cuando la controversia contractual tenga su origen en el contenido de un acto administrativo, emitido en el desarrollo del contrato, agrega la disposición dos reglas, una explícita sobre la hipótesis de que se trata de un acto administrativo de naturaleza particular que incorpora una cláusula exorbitante y otra implícita,

⁷¹³ Según el numeral 9 del Artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019, Reglamento Interno del Consejo de Estado, en el acápite dedicado a las funciones de la Sección Tercera, es competencia de esta sección conocer de “*Los procesos de nulidad de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales*”.

en el supuesto de que se trate de un acto administrativo, igualmente de naturaleza particular, pero de otro contenido, y que delimitan el ámbito de la jurisdicción arbitral.

La primera regla, explícita en el precepto, es que, si la controversia surge con ocasión de un acto administrativo, particular y concreto, en el que se hizo una de una cláusula exorbitante, los árbitros se podrán pronunciar sobre sus efectos económicos, pero no sobre su legalidad. Esto, como se dijo cuando se abordó la cuestión de la procedencia del *arbitraje de Derecho administrativo* en el caso de los actos administrativos, tiene sustento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Para la Corte Constitucional, SC-1436 de 2000, (i) en virtud del principio de presunción de legalidad de los actos administrativos, su juzgamiento compete, exclusivamente, a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y (ii) los particulares no pueden, en virtud de la cláusula compromisoria, derogar dicha competencia. En conclusión, señaló expresamente la Corte Constitucional que, “*el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros*”.

Pareciera, cuando dice que, “*el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros*”, que la restricción a la jurisdicción arbitral se extiende a todos los actos administrativos particulares emitidos en el desarrollo del contrato. Sin embargo, ello no pasa de ser una *obiter dicta*, toda que, en la parte resolutive, condicionó la constitucionalidad de la disposición⁷¹⁴, en el entendido de que,

⁷¹⁴ En el derecho colombiano, igual que en el español, se admite la distinción entre disposición o texto legal y norma, donde disposición es el enunciado gramatical, las palabras de la ley y norma es la interpretación que surge de la disposición. En consecuencia, cuando la relación disposición/norma es compleja, la Corte Constitucional puede recurrir a una sentencia integradora y expulsar del sistema jurídico la interpretación que contraría la Constitución Política. Cf. MORENO MILLÁN, F., *op. cit.*, 2002. MORENO MILLÁN, F., *op. cit.*, 2007. En España véase DE LA VEGA, A. M., *op. cit.*, 2003. DÍAZ REVORIO, F. J., *op. cit.*, 2001. LÓPEZ BOFILL, H., *op. cit.*, 2004. AA.VV. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *op. cit.*, 1984.

los árbitros carecen de competencia para juzgar los actos administrativos que se dicten en virtud “... *de sus poderes excepcionales*”.

El Consejo de Estado⁷¹⁵, por su parte, en sentencia de unificación, señaló que, “los particulares investidos de funciones jurisdiccionales transitorias no pueden pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales que comportan el ejercicio de cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común por parte del Estado”, posición que viene siendo reiterada sin discusión alguna.

En punto de las cláusulas exorbitantes, la Ley 80 de 1993 tiene un catálogo cerrado. Precisamente, en el numeral 2° del artículo 14° se señala que, la administración podrá, en los casos en que ello esté permitido, hacer uso de las cláusulas 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*”.

La segunda regla prevista en el inciso final del artículo 1 del EANI, es que, en el *arbitraje de Derecho administrativo* en Colombia, los árbitros se pueden pronunciar sobre los efectos económicos y sobre la legalidad de los actos administrativos de carácter particular, que no incorporen cláusulas exorbitantes, si ello es necesario para el restablecimiento de un derecho del contratista. Es decir, no existe un arbitraje de mera legalidad contractual, sino que dicha declaratoria, será pedida como un presupuesto lógico para cualquier medida reparatoria pretendida por la parte convocante. Precisamente, eso es lo que señala tanto

⁷¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). Radicación: 17.859 (R-0035). Actor: Julio César García Jiménez. Demandado: Departamento de Casanare.

la Corte Constitucional como el Consejo de Estado en la jurisprudencia a la que se acaba de hacer alusión.

Fuera de lo anterior, sobre lo cual giró la controversia jurisprudencia en Colombia, en el *arbitraje de Derecho administrativo*, los árbitros son jueces que, se pueden pronunciar sobre cualquier pretensión de naturaleza económica que surja en el desarrollo de una controversia contractual.

Retomando lo que se dijo líneas atrás sobre el momento en que, para el artículo 41 del ECE existe contrato, y lo señalado en el inciso final del artículo 1 del EANI, la controversia debe surgir cuando ya exista contrato, de allí que el arbitraje se restringe a las controversias que deriven de la (i) celebración, (ii) desarrollo, (iii) ejecución, (iv) interpretación, (v) terminación y (vi) liquidación de los contratos estatales.

2.5.4 La regulación del contrato de la Administración Pública en la legislación española.

En la legislación española, la regulación de los contratos de las administraciones públicas se encuentra hoy, principalmente, en la Ley 9 de 9 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y que surge, afirma un sector de la doctrina⁷¹⁶ y la misma ley, como consecuencia de la Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.

Esta ley, contrario a la experiencia francesa de la cual se nutre en buena medida el derecho español, mantuvo la clasificación entre contrato de Derecho administrativo y contratos de derecho privado de la Administración Pública, clasificación que, carece de relevancia práctica ya que lo importante es definir qué normas los regulan, y que en últimas, atiende más a un criterio con efectos jurisdiccionales que sustantivo propiamente dicho, posición

⁷¹⁶ ESPLUGUES BARONA, C. Arbitraje y derecho administrativo. Teoría y realidad. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 193.

acogida por Bustillo Bolado ⁷¹⁷ quien señala que, la clasificación entre contratos de derecho público y de derecho privado, es la “*suma divisio*” de los contratos de la Administración, la cual atiende estrictamente a un criterio jurisdiccional, así como por Parada ⁷¹⁸ para quien, en el contrato administrativo, se aplican las mismas exigencias que en el contrato de derecho privado con el mismo objeto.

2.5.4.1 Una categoría dual de contratos de la Administración Pública: Los contratos de Derecho administrativo y los contratos de derecho privado de la Administración.

De conformidad con lo previsto en la LCSP, son dos las cuestiones que resultan relevantes a efectos de entender el concepto de contrato de la Administración Pública y el ámbito de aplicación de la ley: Por un lado, el concepto de sector público y, por el otro, la clasificación de los contratos entre contratos de Derecho administrativo, sujetos a dicho estatuto, y contratos de derecho privado, regidos por el derecho privado, civil o comercial.

Sea lo primero señalar que, la actual LCSP, igual a la anterior, no define, en términos precisos, lo que se entiende por sector público ⁷¹⁹. Si bien, en el artículo 1'-1 se dice que la presente ley “*tiene por objeto regular la contratación del sector público*”, con el fin de garantizar los principios de publicidad, transparencia e igualdad en los procesos de contratación, ni en ese artículo ni en los que siguen, se restringe, conceptualmente, dicha institución. De manera particular, y ello resulta relevante, señala en el

⁷¹⁷ BUSTILLO BOLADO, R. O. op. cit., p. 349, 357.

⁷¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ, T-R., op. cit., II, p. 712. BACA ONETO, V. S. *La invalidez de los contratos públicos*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 99. PARADA, R. *Derecho administrativo. I. Parte General.*, op. cit., p. 276.

⁷¹⁹ En este sentido, ROMERO ALCÁNTARA, F. “El ámbito de aplicación subjetiva y objetiva de la LCSP Las normas específicas de contratación en las entidades locales”, en: AA.VV. *Contratos del Sector Público, Ley 30 de 2007, de octubre. Su aplicación en las entidades locales. Análisis jurídico y económico presupuestario*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 27.

artículo 1-2 que, uno de los propósitos de la ley, es la regulación del régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos.

En lugar de una definición de la noción *sector público*, útil para delimitar, desde un punto de vista ontológico, el alcance de la figura *contrato de Derecho administrativo*, el artículo 2-1 de la LCSP hace un reenvío al artículo 3 del mismo estatuto, para señalar, con un carácter puramente enunciativo, las entidades que caben dentro de tal noción y, a partir de allí, por analogía, construir una dogmática sobre el ámbito de la aplicación de la misma.

Señala el artículo 2-1 que, son contratos del sector público, sometidos a dicha ley, los contratos onerosos, cualquiera sea su naturaleza, que celebren los organismos y entidades previstas en el extenso catálogo previsto en el artículo 3⁷²⁰ ib. Se agrega en el

⁷²⁰ Señala la norma lo siguiente: “Artículo 3. Ámbito subjetivo. 1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades: a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local. b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social. c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes. d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera. e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos (...). f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo. h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre. i) Los fondos sin personalidad jurídica. j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno

o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. k) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores. l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación. 2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas las siguientes entidades: a) Las mencionadas en las letras a), b), c), y l) del apartado primero del presente artículo. b) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas. 3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades: a) Las Administraciones Públicas. b) Las fundaciones públicas. c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores. 4. Los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales a las que se refiere la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del apartado 3 del presente artículo, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente. Los sujetos obligados deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que se adecuarán a lo previsto en el párrafo anterior y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico. Estas instrucciones deberán publicarse en sus respectivas páginas web. 5. Asimismo, quedarán sujetos a esta Ley las Corporaciones de derecho público cuando cumplan los

artículo 2-2 que, se incluyen dentro de dicha definición, “*los contratos subvencionados por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 23 relativo a los contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada*”.

Por su parte, en el artículo 4 de la LCSP, igual que la norma anterior, se dice que los contratos enlistados en dicha sección, serán excluidos de ámbito de la ley. Estos contratos, negocios y relaciones jurídicas, se regularán, primero, por sus normas especiales y, segundo, que las dudas y lagunas que se pudieran presentar, se resolverán conforme lo previsto en esta ley⁷²¹.

A renglón seguido, artículo 5 de la LCSP, se hace una enunciación de los contratos que se consideran como de Derecho privado, a pesar de que una de las partes sea la Administración Pública y que, en consecuencia, están excluidos de su ámbito de aplicación. En dicho, listado, figuran (i) los convenios incluidos en el ámbito del artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa y la seguridad, (ii) los contratos de obras, suministros y servicios que se celebren en el ámbito de la seguridad o de la defensa que estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 24/2011, (iii) los contratos a los que no resulte de aplicación la Ley 24/2011, (iv) los contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios, que se celebren en el ámbito de la seguridad y de la defensa, y (v) los contratos y convenios que se celebren en los ámbitos de la defensa o de la seguridad y que deban adjudicarse de conformidad con un procedimiento de contratación específico.

Señala el artículo 25 de la LCSP⁷²², un listado de contratos que se denominan contratos administrativos. Por su parte, señala el

requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el apartado tercero, letra d) del presente artículo”.

⁷²¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Los contratos del sector público (Comentario)*, Madrid, Edisofer, 2010, p. 181.

⁷²² Artículo 25. Contratos administrativos. 1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: a)

artículo 26⁷²³, unos criterios para determinar que se está ante contratos de naturaleza privada. Sin embargo, la mayor dificultad para distinguir un contrato de derecho público de un contrato de derecho privado, radica en el hecho de que el artículo 24 de la LCSP, señaló que, “*Los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado*”.

El mayor obstáculo para un *arbitraje de Derecho administrativo* en materia de controversias derivadas de los contratos celebrados por la Administración Pública, como lo denuncia Esplugues Barona⁷²⁴, es el hecho de que la LCSP eliminó cualquier referencia a la posibilidad de acudir a los tribunales arbitrales en materia de contratos de derecho privado, lo que estaba expresamente permitido en el estatuto anterior.

Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos: 1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6. 2.º Aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos. b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella. 2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

⁷²³ 1. Tendrán la consideración de contratos privados: a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior. b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas. c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

⁷²⁴ ESPLUGUES BARONA, C. op. cit., p. 194.

Dicho en otras palabras: En vigencia de la Ley 30 de 2007, no se admitía expresamente la posibilidad de *arbitraje de Derecho administrativo* para solucionar las controversias derivadas de los contratos administrativos, y en la nueva ley, tampoco se admite expresamente -de lo cual algunos⁷²⁵ concluyen que se impide tácitamente-, frente a los contratos de derecho privado de la Administración.

2.5.5 Solución de controversias. Posibilidad de acudir al arbitraje para solucionar conflictos originados en la actividad contractual de la Administración en Pública.

En vigencia de la Ley 30 de 2007, el artículo 39 permitió que, los entes, organismos y entidades del sector público que no tuvieran el carácter de Administraciones Públicas, podrían someter a un arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren, conforme las disposiciones de la LEA.

Hoy día, en la Ley 9 de 2017, Disposición Adicional Primera-3, se prevé la posibilidad de incorporar la cláusula arbitral, únicamente en los contratos extranjeras, a condición de que no se haya podido incluir una cláusula de sumisión a los tribunales españoles, de donde sigue, y así también lo afirma la doctrina⁷²⁶, que se excluyó la posibilidad de acudir al arbitraje para resolver los conflictos derivados de la contratación de la Administración Pública, tanto los de Derecho administrativo como los de derecho privado, lo cual significa, a todas luces, un retroceso en esta materia.

En conclusión, a diferencia del Derecho administrativo colombiano, que viene ampliando los horizontes del arbitraje, admitiendo la posibilidad de que se enjuicio la legalidad de los actos administrativos particulares que no involucren cláusulas exorbitantes, así como toda clase de conflictos económicos, inclusive, las disputas relacionadas con los efectos económicos de

⁷²⁵ Ibidem p. 194.

⁷²⁶ Ídem.

los actos administrativos que incorporan cláusulas exorbitantes, en el derecho español, estaría cerrada la posibilidad de llevar a sede arbitral, cualquier disputa relacionada con la contratación de la Administración Pública, salvo que involucre a una empresa extranjera, caso en el cual, no solo se está ante un contrato de derecho privado, sino que, muy probablemente, se regirá por disposiciones internacionales armonizadas.

Esta conclusión, expuesta y defendida por Esplugues Barona, nos parece errónea, en tanto la inexistencia de mención expresa a una situación, en modo alguno significa que, dicha situación esté tácitamente prohibida, es decir, que el criterio de interpretación *Contrario sensu*, no aplica automáticamente ante el silencio de la norma.

Para sostener esta tesis, y decir que, en la actual LCSP, se permite el arbitraje de Derecho administrativo para solucionar los conflictos derivados de los contratos de derecho administrativo contratos de la Administración Pública, se va a acudir, brevemente, a la filosofía del derecho, de lejos el mejor escenario para analizar la interpretación de las normas y del sistema jurídico, para decir que, la inexistencia de mención expresa a la posibilidad de acudir al arbitraje, no significa, *Contrario sensu*, que dicha posibilidad esté excluida.

En efecto, García Amado, filósofo español, en un estudio sobre el criterio *Contrario sensu*, señala que, existen equívocos frente a su alcance y significado. Así, por un lado, afirma que, silencio puede ser equivalente a falta de mención expresa o a falta de regulación. La falta de mención expresa, añade, no es equivalente a laguna, a lo cual agregaríamos que, en virtud del principio de completitud hermenéutica del derecho, la norma puede tener lagunas, pero no así el sistema jurídico. Frente a lo segundo, es decir, si se aceptara la existencia de una laguna, ello no necesariamente es equivalente a prohibición⁷²⁷.

⁷²⁷ GARCÍA AMADO, J. A., Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho, en: p. 91.

Precisamente, sobre el significado del argumento *Contrario sensu*, expresa que, éste resulta válido (i) cuando su funda en una norma de tipo bicondicional -sí y sólo si-, y (ii) cuando dicho argumento es tributario de la previa interpretación, pero no es interpretativo en sí mismo.

En otras palabras, para satisfacer la primera condición, se requiere que la norma asocie una consecuencia con un supuesto, de lo cual deriva que, únicamente ante la veracidad o falsedad de ambas premisas, el argumento es válido. Frente a la segunda, resulta que, no se puede utilizar el argumento *Contrario sensu* para descartar la procedencia de una hipótesis, cuando previamente la norma que regula dicha hipótesis no se ha interpretado y dicha interpretación arroja como conclusión la existencia de una situación opuesta o tan siquiera diferente a la ya regulada.

En el caso del *arbitraje de Derecho administrativo* y la ausencia de aceptación -silencio- por parte de la LCSP en el caso de los contratos de Derecho administrativo, no se puede concluir, *Contrario sensu*, que la posibilidad de acudir al arbitraje quedó prohibida, en tanto no fue incluida dentro de su regulación.

Dicha conclusión sería lógicamente válida, en concurrencia de las dos nociones señaladas por García Amado que el argumento *Contrario sensu* sería válido: la existencia de una norma de estructura bicondicional y la existencia de una previa interpretación en punto de una hipótesis excluyente o siquiera diversa.

Frente a lo primero, en la Disposición Adicional 1 de la LCSP, numeral 2, se dice que, “*En los contratos con empresas españolas se incluirán cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles*”. Se podría decir, *Contrario sensu*, que está prohibida la incorporación de una cláusula de sometimiento al arbitraje de Derecho administrativo.

Sin embargo, la norma no tiene estructura condicional, es decir, no se acudió a la fórmula: “*En todo caso de conflictos, éste se someterá a los Tribunales españoles, sí, y sólo si, se trata de contrato con empresa española*”. Dicho en otras palabras, no

limitó los escenarios de solución de controversias con empresas españolas a los tribunales españoles, sino que, en los contratos que se *celebren en el extranjero* -a ello alude la disposición adicional primera-, el conflicto se resolverá en la jurisdicción española.

En el caso de los conflictos celebrados en España, entre la Administración Pública y un particular, o entre dos entidades de la Administración, no se descarta la posibilidad de acudir al arbitraje por dos razones. La primera, porque la regulación -supuesta prohibición- versa sobre contratos celebrados en el extranjero, no sobre contratos celebrados en el interior. La segunda, porque la inexistencia de una estructura bicondicional, descarta la procedencia del argumento *Contrario sensu*.

Frente a lo segundo, el argumento *Contrario sensu*, parte de la existencia de una situación o regulación, excluyente o diversa de la prevista en la norma para la cual se acoge este argumento. De modo que, no es el argumento *Contrario sensu* el que da sentido a la otra situación o disposición, sino que, a partir de este argumento, que se excluye la otra interpretación.

En el presente caso, en España, la LEA, ley de carácter monista, regula la procedencia del arbitraje, nacional e internacional, de derecho público o administrativo y de derecho privado. Dicha norma, inclusive, salvo cuestiones normativas expresas como el orden público, o connaturales como la de disponibilidad de la materia, no excluye tema o sujeto alguno de este mecanismo alternativo de solución de conflictos de naturaleza cuasi-jurisdiccional. Cualquier exclusión adicional, por lo demás, o surge del reenvío a otras normas o constituye un elemento introducido por la jurisprudencia en virtud del carácter constitutivo del precedente.

En consecuencia, para aplicar el argumento *Contrario sensu* a partir del numeral 2 de la Disposición Adicional primera, se requiere una previa interpretación de la LEA, en la cual se concluya que, regula una hipótesis opuesta o tan siquiera diferente de la regulada en dicha disposición. Sin embargo, ello no sucede así, ya que la Disposición Adicional primera, no regula la procedencia del arbitraje de Derecho administrativo, es decir,

la posibilidad de acudir a este mecanismo cuando surja un conflicto entre la Administración Pública y un particular, en el caso de contratos de Derecho administrativo, sino la obligación de acudir a los tribunales españoles en un solo supuesto, referido a los contratos que celebren en el extranjero las empresas españolas.

Para aplicar el argumento *Contrario sensu*, se necesita que, la disposición tenga una significación X, y la opción diversa, la que se pretende excluir a partir del silencio, tenga una significación *NO X*, es decir, excluyente, lo cual, por supuesto, no sucede en este caso, ya que la LEA regula la generalidad de los casos y la LCSP regula un solo caso, el de los contratos celebrados en el extranjero por empresas españolas.

Se puede admitir, y eso también podría ser objeto de discusión, que en el caso de contratos celebrados en el extranjero por empresas españolas, no está permitido el arbitraje, ya que, al ser el arbitraje de naturaleza *cuasi-jurisdiccional*, no se puede equiparar el tribunal arbitral con el tribunal judicial, pero descartar, Per se, la procedencia del *arbitraje de Derecho administrativo*, cuando se trata de contratos celebrados en el interior del Estado, o entre empresas extranjeras y la Administración Pública española, es extender los efectos de una norma a supuestos no previstos en ella.

La ausencia de regulación, o de mención expresa para ser más precisos en la LCSP a la posibilidad de acudir al *arbitraje de Derecho administrativo*, no se puede tomar como la negación de dicha posibilidad. El argumento *Contrario sensu*, en este caso, no tiene aplicabilidad conforme se acaba de señalar. El hecho de regular una hipótesis -el contrato celebrado en el extranjero por empresa española-, no se traduce automáticamente en la prohibición de otros supuestos, diferentes, pero no excluyentes.

Aún más, se puede decir que, en materia de arbitraje, la LEA es norma especial, frente a la LCSP que es norma general, en el punto preciso de la procedencia del arbitraje como mecanismo válido para solucionar en materia de contratos de Derecho administrativo.

En consecuencia, mientras la LEA no excluya dicha posibilidad, en forma general, no se puede sino concluir que la LCSP únicamente excluyó esa vía en el caso de los contratos celebrados en el extranjero por empresas españolas, única hipótesis a la que hace referencia la Disposición Adicional primera. Los demás casos, siguen estando regulados en la LEA bajo las reglas que otras normas como la CE y la propia jurisprudencia han establecido.

3. CAPÍTULO III. ALCANCES PROCESALES DEL ARBITRAJE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En este capítulo, nos proponemos abordar los objetivos segundo y tercero de la investigación, en el ámbito procesal. En tal sentido, si en el segundo objetivo específico, se propuso describir los alcances del arbitraje y, en el tercer objetivo específico, se planteó la necesidad de señalar las similitudes y diferencias entre el arbitraje de Derecho administrativo colombiano y español, este capítulo pretende trabajar y uno, conjuntamente, en el ámbito puramente procesal.

Por supuesto, pueden ser otros los aspectos procesales -fuera de los aquí abordados-, que conciernen al tema y que merecerían un detallado análisis. Sin embargo, un primer acercamiento al estado del arte, mostró una mayor relevancia en los temas procesos de las medidas cautelares y el principio competencia-competencia, de allí que el examen se circunscribiera a ello dos.

3.1 ASPECTOS RELACIONADOS CON EL DECRETO, CONTROL Y LA PRÁCTICA DE MEDIDAS CAUTELARES.

Las medidas cautelares son una herramienta destinada a garantizar el principio de tutela judicial efectiva, mediante la anticipación de decisiones que, ordinariamente, serían adoptadas en la decisión que pone fin al proceso y en la que se reconoce el derecho discutido.

Las medidas cautelares surgen como una respuesta del sistema jurídico a la demora natural de todo proceso judicial. Si bien, precisamente, el arbitraje pretende convertirse en un mecanismo alternativo de solución de conflictos, caracterizado por la celeridad, ello no descarta la existencia de una mora, propia de todo proceso, como causa del respeto por las formas propias de cada juicio y, en ocasiones, por la complejidad de la cuestión que se debate o, incluso, por la actitud dilatoria de una de las partes.

Es en este escenario, en el que las medidas cautelares, como instrumentos orientados a mermar el daño que puede generar la mora en un proceso de naturaleza jurisdiccional, adquieren

legitimidad para ser incorporadas al proceso arbitral, siendo a veces no solo convenientes sino también necesarias⁷²⁸.

Sin embargo, a pesar de su legítimo fin, las medidas cautelares, que no son una sanción contra quien se pide la cautela, pueden constituir un abuso del derecho⁷²⁹ y generar un daño antijurídico a aquel sobre quien recaen. Por ello, es necesario mantenerla dentro de unos márgenes razonables.

Las condiciones de otorgamiento de la cautela, las clases de cautela que se pueden decretar, las competencias de los árbitros frente a ellas, indiscutiblemente pueden variar si se trata de un *arbitraje de Derecho administrativo*, de un arbitraje en derecho privado y de un arbitraje internacional. Asimismo, a pesar de ser una figura comúnmente aceptada, existen diferencias entre un sistema jurídico y otro o, para ser más precisos, entre el sistema jurídico colombiano y el sistema jurídico español.

Sin embargo, es indudable la influencia que tanto la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) - LM-, como su reglamento tuvieron en la actual regulación de arbitraje en Colombia y en España⁷³⁰ en general y sobre las medidas cautelares en particular. De allí que resulte necesario, para precisar el alcance de algunas estipulaciones, recurrir a ambos reglamentos.

Finalmente, como la regulación de las medidas cautelares deja en evidencia las competencias de los árbitros, es necesario detenerse en su análisis para precisar los alcances del arbitraje de Derecho

⁷²⁸ ORTELLS RAMOS, M. CALDERÓN CUADRADO, M. P. *La tutela cautelar en el derecho español*, Granada, Editorial Comares, 1996, p. 179.

⁷²⁹ El abuso del derecho, es un ejercicio irracional y desproporcionado, más allá de su finalidad, de las garantías que lo componen. No se exige de la existencia de daño a terceros para su configuración, aunque éste puede ser un elemento indicativo. Corte Constitucional de Colombia, ST-511, 1993 y, ST-557, 1999. RENGIFO GARCÍA, E., *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2004.

⁷³⁰ MERINO MERCHÁN; CHILLÓN MEDINA, *op. cit.*, p. 603. CORDÓN MORENO, *op. cit.* p. 183.

administrativo en este campo específico y sentar la similitudes y diferencias entre el sistema jurídico colombiano y el español.

3.1.1 La naturaleza y la noción de medida cautelar.

Para la Real Academia Española de la Lengua, la cautela, del latín *cautēla*, es la “*precaución y reserva con que se procede*”. En un sentido jurídico, señala la misma fuente que viene del latín *cautus*, que significa cauto, de suerte que, entre el lenguaje ordinario y el técnico no existen mayores diferencias.

Según el artículo 26-2 del Reglamento CNUDMI, “Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia” ordene la realización de una acción. En el mismo sentido, la Ley Modelo, cuando define la medida cautelar, señala que se tendrá por tal “(...) toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia” ordene la realización de una acción.

Estas normas, se traen a colación por la fuerte influencia que ejercieron, junto con la Ley Modelo, tanto en el derecho colombiano como en el español, en la redacción de las actuales normas de arbitraje nacional e internacional. Si bien, ellas sin dirigen al arbitraje mercantil internacional, sus contenidos se proyectaron para una legislación arbitral que no siempre diferencia el contenido y que, en consecuencia, se aplica al arbitraje de Derecho administrativo.

Este primer acercamiento, aunque incompleto por la complejidad de la institución que se estudia, nos introduce de manera clara en la naturaleza y el significado del instituto de las medidas cautelares, en general, y de las medidas cautelares en el arbitraje de Derecho administrativo, en particular.

En el caso colombiano, la ley no define lo que son las medidas cautelares. Así, ni la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ni la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, ni mucho menos la Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional

en Colombia, se encargaron de señalar lo que se ha de entender por medidas cautelares.

Ha sido tarea de la doctrina y la jurisprudencia construir una dogmática respecto de la aplicación de las medidas cautelares en el Derecho administrativo, para lo cual se parte de señalar su naturaleza y concepto. Pero, ¿por qué iniciar con una definición y un acercamiento a la naturaleza de las medidas cautelares?

Primero, tal y como se dijo al comienzo del capítulo I sobre la noción de arbitraje, porque se trata de un código de lenguaje. Segundo, porque en torno de la noción de medidas cautelares gravitan diversas ideas. Así, por ejemplo, si se parte de la pretensión, se habla de acciones cautelares. Si se alude al proceder del juez, se dirá que son procesos cautelares. Si se mira desde el punto de vista del poder que se ejerce, se dirá que son acciones precautorias. Si se mira desde la óptica de la finalidad, se hablará de medidas de seguridad o de cautela. Finalmente, cuando dependen de otras medidas, se les llamará acciones cautelares accesorias⁷³¹.

Aunque todas esas apreciaciones aluden a lo mismo, con ello queda en evidencia la disparidad de criterios que existen al respecto y la necesidad de detenerse por un momento a generar unos acuerdos sobre lo que se ha de entender por medidas cautelares, partiendo de la premisa que no es lo mismo medidas cautelares que medidas ejecutivas⁷³².

Así, las medidas ejecutivas parten de un reconocimiento previo del derecho, de suerte que su finalidad es la de materializar el documento en el que éste está contenido. Por su parte, las medidas cautelares parten de una presunción de titularidad del derecho y, por ello, buscan garantizar el cumplimiento de la sentencia si esta fuere favorable a las pretensiones del accionante.

⁷³¹ GARCÍA SARMIENTO, E.; GARCÍA OLAYA, J. M., *Medidas cautelares. Introducción a su estudio*, Bogotá, Temis, 2ª ed., 2005, p. 9.

⁷³² RODRÍGUEZ MEJIA, *op. cit.* p. 73.

En el derecho procesal colombiano, específicamente en los litigios de Derecho administrativo, conforme al artículo 422 del CGP, se puede demandar ejecutivamente “*las obligaciones expresas, claras y exigibles*”. Por su parte, para las medidas cautelares, el artículo 230 del CPACA señala que las mismas deben tener relación con las pretensiones de la demanda, es decir, de un derecho que no ha sido reconocido.

En el derecho español, frente a las medidas ejecutivas, señala el artículo 517 de la LEC que ellas se deben fundar en “*un título que tenga aparejada ejecución*”, es decir, donde ya no se discute la titularidad del derecho. Por su parte, frente a las medidas cautelares, el artículo 721 del mismo estatuto precisa que ellas proceden para asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria.

Sea lo primero decir que, en el derecho colombiano, existen cinco grandes posiciones sobre la naturaleza y la definición de las medidas cautelares, aclarando previamente que una y otra están íntimamente ligadas, de suerte que se define a partir de la ontología misma de la figura.

Una primera posición, señala que las medidas cautelares son una expresión del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia⁷³³. En el caso colombiano, el derecho de acceso a la administración de justicia, está consagrado en el artículo 229 de la CP, el cual expresa que “*Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia*”.

Según esta posición, sostenida por la Corte Constitucional de Colombia⁷³⁴, las medidas cautelares, que además contribuyen a la igualdad procesal, son parte de este derecho fundamental, en tanto garantizan la eficacia de la administración de justicia o, en

⁷³³ En Colombia, la Corte Constitucional consideró que el derecho de acceso a la administración es un derecho fundamental *per se*, distinto de la garantía del debido proceso. Corte Constitucional de Colombia. SC-037, 1996; ST-476, 1998; SC-426, 2002; ST-283, 2013, entre otras.

⁷³⁴ Corte Constitucional de Colombia. SC-490, 2000; SC-379, 2004 y SC-030, 2006.

otras palabras, que sus decisiones alcancen los fines que se proponen con las mismas.

Una segunda posición, sostenida por la Corte Constitucional⁷³⁵, señala que se trata de un instrumento del proceso, por ende, de carácter jurisdiccional. Esa naturaleza instrumental y, por tanto, de carácter transitorio, sujeta, en todo caso, a la duración del proceso, se relaciona directamente con la finalidad, toda vez que la función de este instrumento es la de garantizar la integridad del derecho controvertido, posición a la que se adhiere un sector de la doctrina⁷³⁶ que agrega que, estas medidas, se extienden hasta cuando el árbitro esté en condiciones de dictar un pronunciamiento de fondo y que se dirigen igualmente a conservar el objeto materia de la *litis*.

La tercera posición, dice que se trata de un proceso autónomo. Esta postura, asumida por la Corte Constitucional⁷³⁷ desde 1999, señala que las medidas cautelares son actos jurisdiccionales, con naturaleza preventiva y provisional, cuya finalidad no es otra que la de garantizar que la situación del derecho en litigio no se haga más gravosa. La mayor contribución a esta posición viene desde la doctrina colombiana, que afirma que se trata de un proceso cautelar, autónomo e independiente, que se ubica en un punto medio entre el proceso de declaración y el de ejecución cuya finalidad es la consecución de una tutela judicial efectiva⁷³⁸, a lo que algunos agregan que puede ser acción autónoma sino tiene que ir ligada a una pretensión o accesoria cuando requiere de ésta⁷³⁹.

Una cuarta postura señala que la cautela es un *derecho subjetivo público*, cuya garantía en sí misma es la de obtener providencia

⁷³⁵ Corte Constitucional de Colombia. SC-431, 1995; SC-379, 2004 y SC-030, 2006.

⁷³⁶ BECERRA TORO, *op. cit.*, p. 521.

⁷³⁷ Corte Constitucional de Colombia. SC-925, 1999.

⁷³⁸ RODRÍGUEZ MEJÍA, *op. cit.*, pp. 52-53.

⁷³⁹ GARCÍA SARMIENTO; GARCÍA OLAYA, *op. cit.*, p. 12.

cautelar, su ejecución y su cumplimiento⁷⁴⁰. Según esto, la medida cautelar, *per se*, constituiría el núcleo esencial de este derecho, sin importar las resultas mismas del proceso ni lo que con ello se persiga.

Finalmente, la Corte Constitucional⁷⁴¹ también entiende la medida cautelar a partir de lo que no es: la medida cautelar no es una sanción para el demandado y, aunque signifique una carga procesal y eventualmente llegue a afectar sus intereses, ella no desconoce ni extingue el derecho que pueda tener el demandado sobre lo que es objeto de cautela.

Como se ve, en el caso colombiano, es a partir de la naturaleza misma de las medidas cautelares como ella se define. Ello no significa que no se presenten algunas definiciones precisas⁷⁴², pero sí deja en evidencia que más que un problema semántico estamos ante una discusión de naturaleza epistemológica, relevante para fijar el alcance de las potestades jurisdiccionales de los árbitros.

En el caso español se logran evidenciar, en principio, tres posiciones en punto de la naturaleza y la noción de medida cautelar, las cuales van inescindiblemente ligadas: como derecho un fundamental a la tutela cautelar, como un juicio rápido y provisional y como un mecanismo de garantía anticipada del fallo favorable.

En primer lugar, está la tesis de que se trata de un derecho fundamental a la tutela judicial cautelar. Conforme al artículo 24 de la CE, las personas tienen derecho a obtener, por parte de los jueces y tribunales, la tutela efectiva de sus derechos e intereses, sin que haya lugar a una situación de indefensión.

⁷⁴⁰ *Ibíd.*, p. 14.

⁷⁴¹ Corte Constitucional de Colombia. SC-057, 1997.

⁷⁴² Por ejemplo, cuando se dice que, “Medidas cautelares son, entonces, las que, ante el riesgo de perder un derecho, toma el juez, por lo general a petición de parte, de manera rápida y de ordinario sin oír otra parte, e inclusive la medida que la parte toma ante el grave peligro que corre su derecho”. GARCÍA SARMIENTO; GARCÍA OLAYA, *op. cit.* p. 10.

Según el Tribunal Constitucional español, existe un derecho fundamental a las medidas cautelares, derivados del artículo 24-1 de la CE. Se considera que, una posible merma en la eficacia, por falta de conservación o irreversibilidad consolidada de situaciones que contraríen el derecho o interés reconocido finalmente en la sentencia, desconoce la garantía de una tutela judicial efectiva⁷⁴³.

Esta posición fue reiterada poco tiempo después por el Tribunal Constitucional cuando afirmó que, existe una fuerte relación entre las medidas cautelares y los derechos fundamentales previstos en la CE, especialmente en el artículo 24-1. Concluye el Tribunal Constitucional, recordando sentencias anteriores, que la tutela judicial no existe en tanto no se garantice el cumplimiento de lo que se ordena en la sentencia, para lo cual es necesario que se tomen medidas anticipadas con miras a evitar que un eventual fallo favorable quede desprovisto de eficacia⁷⁴⁴.

Desde esta perspectiva, afirma un sector de la doctrina, que se trata del derecho fundamental, que les asiste a las partes dentro de un proceso, para solicitar de los tribunales, la tutela jurídica tendente a obtener la adopción temprana de todas aquellas medidas necesarias para la garantía de su derecho⁷⁴⁵.

En segundo lugar, está la posición de las medidas cautelares como un procedimiento sumario. En palabras de García de Enterría⁷⁴⁶, que por cierto también acoge la tesis de la tutela cautelar judicial, se trata de un juicio, de carácter provisional, en el cual se le da la razón en forma inmediata a quien presenta argumentos sólidos frente a la procedencia de la pretensión,

⁷⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 238 del 17 de diciembre de 1992.

⁷⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 218 del 18 de julio de 1994.

⁷⁴⁵ AA.VV. Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2ª ed., 2007, pp. 34-35.

⁷⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo, Madrid, Thomson-Civitas, 3ª ed., 2004, p. 365.

respecto de lo cual el demandado no logra desvirtuar dicha procedencia, y cuya decisión no hace tránsito a cosa juzgada, pudiéndose reabrir la discusión posteriormente en el plenario.

En tercer lugar, se dice que es un proceso orientado a garantizar la efectividad de la sentencia. Desde esta perspectiva, se constituye en un mecanismo procesal que garantiza la efectividad de los efectos de cosa juzgada que surgen con la decisión de fondo. Es una posibilidad intrínseca al proceso, que surge con la adopción preliminar y, a veces, anterior al inicio del proceso, de medidas que anticipen, idéntica o analógicamente, aquellas que se adoptarían con la resolución definitiva⁷⁴⁷.

En cuarto lugar, un sector de la doctrina las divide en dos teorías. Conforme la primera, se trata de un conjunto heterogéneo de decisiones judiciales, que requieren de un proceso especial para su adopción. Conforme la segunda, se trata, en estricto sentido, de un proceso cautelar, en virtud de tres elementos: (i) la pretensión de la cautela puede ser diferente de la pretensión principal, (ii) el procedimiento para su adopción es diferente y (iii) eventualmente, la competencia para su adopción puede estar radicada en un funcionario diferente del que adelanta el proceso dentro del cual se adopta. Por esto, se dice, se trata de un verdadero proceso⁷⁴⁸.

Desde la perspectiva de que se trata de un proceso, también se ha dicho por la doctrina española que es un proceso en sí mismo, diferente de los procesos declarativos y de ejecución, al servicio de la jurisdicción, y con una función diferente a la de declarar y realizar forzosamente el derecho en el caso concreto, en otras palabras, un proceso que surge como respuesta a una necesidad creada por el proceso principal, y que es expresión de la potestad jurisdiccional y del derecho de acción⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ AA.VV. Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, op. cit., 31.

⁷⁴⁸ IBÁÑEZ, J. L. Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo, Madrid, Editorial COLER, 2001, p. 13.

⁷⁴⁹ ORTELLS RAMOS, M. CALDERÓN CUADRADO, M. P. op. cit., p. 3, 6.

3.1.2 Función de la medida cautelar.

La finalidad de la medida cautelar pasa, en el derecho colombiano, por cuatro posiciones; (i) criterio restrictivamente formal, (ii) el fin es impedir una situación, (iii) mecanismo efectivo de protección de derecho, (iv) regular la conducta de las partes dentro del proceso.

Según una primera postura, puramente formal y, quizá la de mayor aceptación, la medida cautelar busca, en palabras de la Corte Constitucional⁷⁵⁰, asegurar el cumplimiento de la sentencia, tanto judicial como arbitral, de modo que la decisión no resulte inocua. A esto agrega la doctrina que, en virtud del principio de tutela judicial efectiva, se aseguran los resultados del proceso mediante la anticipación de la decisión judicial, con la conservación de las condiciones fácticas y jurídicas presentes al inicio del proceso⁷⁵¹, posición a la que se adhiere íntegramente Becerra Toro⁷⁵² cuando expresa que la finalidad de la medida cautelar, dentro del arbitraje, es mantener una situación *-statu quo-*, con miras a garantizar un derecho o interés, hasta tanto el árbitro se pronuncie de fondo, salvo en el caso en el que se adopten para la obtención de medios probatorios, en cuyo supuesto será únicamente la de garantizar la práctica del medio de prueba.

Una segunda postura señala que la finalidad de la medida cautelar es la de impedir que se modifique una situación, fáctica o jurídica. En este caso, puede o no relacionarse con el cumplimiento de la sentencia, lo que interesa es mantener el *statu quo*. La Corte Constitucional, por ejemplo, afirma que la medida cautelar busca “*impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho*”⁷⁵³, conforme estaban al momento de iniciar el trámite

⁷⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia. SC-054, 1997; SC-255, 1998; SC-925, 1999; SC-484, 2002; SC-379, 2004.

⁷⁵¹ MORALES MOLINA, H., *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*, Editorial ABC, Bogotá, 1991, 11ª Ed., p. 134.

⁷⁵² BECERRA TORO, *op. cit.*, p. 525.

⁷⁵³ Corte Constitucional de Colombia. SC-054, 1997.

judicial⁷⁵⁴, o arbitral según el caso, igual a como lo señalaba años atrás Morales Molina⁷⁵⁵ cuando decía que, la medida cautelar, busca conservar las situaciones de hecho o de derecho vigentes al momento de presentación de la demanda. A esto último, agrega Becerra Toro⁷⁵⁶ que, las medidas cautelares, buscan mantener un estado de cosas mientras los árbitros dictan su laudo.

En la tercera postura, se aboga por reconocer que la medida cautelar es un mecanismo efectivo para la protección de derechos, de suerte que su finalidad no puede ser otra que la de evitar que la afectación a dicho derecho se haga más gravosa con la demora del proceso, así, y según lo señala la jurisprudencia y la doctrina, al momento de su decreto y práctica, la prosperidad de las pretensiones únicamente sea verosímiles o presumibles⁷⁵⁷.

En cuarto y último lugar, está la tesis según la cual las medidas cautelares buscan simplemente regular la conducta de las partes dentro del proceso, en el sentido de impedirles ejecutar algún acto que pueda menoscabar o tan siquiera poner en riesgo el cumplimiento material de la sentencia⁷⁵⁸.

Todas estas posturas confluyen en la regulación legal colombiana, prevista en el EANI, aplicable tanto al arbitraje privado como de Derecho administrativo, en cuyo inciso 1° del artículo 32 se señala que el tribunal puede decretar, en el arbitraje de Derecho administrativo, a petición de parte, las medidas cautelares que se encuentran previstas en el CPACA, para cuya práctica se puede comisionar a los jueces civiles municipales, jueces civiles de circuito y jueces de circuito de lo contencioso administrativo.

⁷⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia. SC-925, 1999.

⁷⁵⁵ MORALES MOLINA, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁵⁶ BECERRA TORO, *op. cit.*, p. 525.

⁷⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia. SC-925, 1999. GARCÍA SARMIENTO; GARCÍA OLAYA, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁵⁸ GAMBOA MORALES, N., “Arbitraje y medidas cautelares”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005, p. 591.

En el caso español, según lo expresa Mallandrich Miret⁷⁵⁹, la cautela tiene, en resumen, la finalidad de asegurar la efectividad de las pretensiones que se persiguen con el proceso arbitral. En el mismo sentido, Cordon Moreno expresa que, las cautelas son una etapa del procedimiento y “*con ellas se trata de asegurar la efectividad en España del laudo que en él se dicte*”⁷⁶⁰.

Según Mallandrich Miret⁷⁶¹, en el caso de las medidas conservativas, la finalidad no es otra que la de asegurar la eficacia, a través de actos de ejecución propia o impropia, de la decisión de fondo. Por su parte, frente a las medidas anticipatorias, ellas buscan que la decisión sea ejecutada en sus propios términos, como una garantía del derecho de tutela judicial efectiva.

Lo anterior se desprende de los artículos 721-1, 726-1-1, 726-2 y 727-11 de la LEC, en los cuales se establece que, las medidas cautelares buscan garantizar la *efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria*.

Otro sector de la doctrina, además de reiterar que, normativamente, con ellas se busca asegurar que la sentencia futura, que se dicte como consecuencia del proceso declarativo, se pueda materializar de modo útil y con probabilidades de éxito, buscan también evitar una vulneración al derecho de tutela judicial efectiva, el cual, intrínsecamente, busca garantizar la materialización de los derechos de las personas, conformen figuran en el sistema jurídico⁷⁶².

Lo anterior resulta aplicable al proceso arbitral, en tanto, conforme al artículo 23 de la LEA, salvo acuerdo en contrario de las partes, se pueden decretar las medidas cautelares que resulten “*necesarias respecto del objeto del litigio*”. Así las cosas, bien

⁷⁵⁹ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, p. 93.

⁷⁶⁰ CORDON MORENO, F., *op. cit.*, p. 183.

⁷⁶¹ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, p. 96.

⁷⁶² AA.VV. Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, *op. cit.*, 31.

por la integración con la LEC, bien por su regulación expresa en la LEA, la finalidad de las medidas cautelares es la efectividad de la decisión arbitral.

3.1.3 Clasificación de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares se pueden clasificar en dos grandes grupos: primero, por el contenido mismo de la medida cautelar, segundo, por el momento en que se practica la medida cautelar. En el primer grupo, están las medidas preventivas, conservativas, anticipativas y de suspensión. En el segundo, están las medidas cautelares *ante causam*, de urgencia y las medidas cautelares que se practican durante el proceso arbitral.

3.1.3.1 Por el contenido de la medida cautelar.

Desde el punto de vista del contenido, las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas y de suspensión. Estas medidas se clasifican así, por la finalidad que con ellas se persigue. De manera más precisa, las cautelas *preventivas* o de acción impeditiva, buscan impedir que se consolide la afectación a un derecho. Las *conservativas*, pretenden mantener el *statu quo*. Las cautelas *anticipativas*, buscan asegurar por adelantado una pretensión. Y, finalmente, las de suspensión, son la medida más tradicional del proceso contencioso administrativo donde se priva temporalmente de efectos a una decisión administrativa.

En el derecho colombiano, conforme lo viene señalando la jurisprudencia del Consejo de Estado, estas cautelas responden más a la categoría de innominadas que de nominadas. La razón: El CPACA “no establece un *numerus clausus* de medidas cautelares que puedan ser adoptadas”⁷⁶³, sino que se trata de competencias de carácter abierto.

En el caso de arbitrajes de Derecho administrativo, el artículo 32 del EANI remite al CPACA para establecer las cautelas que son procedentes. En concordancia con esto, el artículo 230 del

⁷⁶³ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 19 de mayo de 2014. Exp. 50219.

CPACA precisa las medidas cautelares que proceden en los litigios donde sea parte la Administración o un particular en ejercicio de funciones públicas, lo que incluye cautelas preventivas, conservativas, anticipativas y de suspensión. Las cautelas admitidas para los arbitrajes de Derecho administrativo colombiano, son las siguientes:

Primero, “Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible”. Esta competencia implica dos obligaciones. La primera, una evaluación actual de la situación, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, que permita un monitoreo permanente para determinar si la misma se modifica o se mantiene con el tiempo. La segunda, una evaluación de las posibilidades y las implicaciones de retrotraer la situación al estado anterior. Esto último, porque la cautela no es juicio anticipado ni una sanción al demandado, de suerte que, aun en la posibilidad de volver al statu quo, se debe examinar si la cautela cumple con el requisito de pertinencia y con el criterio de proporcionalidad.

Segundo, “*Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual*”. Para el ejercicio de esta competencia, se requiere de dos condiciones. Primero, cumplir con un criterio de *ultima ratio*, de modo que no exista otra manera de conjurar la situación. Segundo, señalar las condiciones bajo las cuales el afectado con la cautela puede reanudar la actividad.

Tercero, “*Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo*”. Esta competencia deja por fuera los actos administrativos mediante los cuales la Administración hace uso de las cláusulas exorbitantes en los procesos de contratación, por tratarse de asuntos no susceptibles de jurisdicción arbitral, según se dijo en el capítulo II cuando se abordó la discusión de la competencia arbitral en materia de conflictos relacionados con los contratos del Estado.

Según el Consejo de Estado⁷⁶⁴, la suspensión provisional de los actos administrativos, que en el caso colombiano tiene fundamento constitucional⁷⁶⁵, es expresión de la función de control preventivo de la jurisdicción. Tiene un carácter provisional, porque se limita a la duración del proceso; objetivo porque se funda en la mera contradicción entre la norma enjuiciada y la norma vulnerada; y, accesorio, porque no es el centro del debate. A esto se agrega que el tribunal está en la obligación de motivar de manera adecuada y suficiente la decisión.

Cuarto, “Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos”. Con esta competencia, hay que diferenciar dos hipótesis, relacionadas con la adopción de una decisión administrativa ya que, puede suceder que trate de una competencia reglada o de una competencia discrecional. En el caso de la competencia reglada, el tribunal señalará la decisión que se debe adoptar, con sus condiciones de tiempo, modo y lugar. En el caso de la competencia discrecional, conforme lo señala el parágrafo único del artículo 230 del CPACA, el árbitro no puede sustituir a la autoridad en la toma de la decisión, sino que ordena su adopción, para lo cual fijará un plazo conforme la gravedad de la situación.

Quinto, “*Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer*”. Esta última competencia del árbitro se mueve en la misma esfera de la competencia anterior, en el sentido que, si se trata de una competencia reglada, señalará condiciones de tiempo, modo y lugar. En el caso de competencia discrecional, ordenará adoptar

⁷⁶⁴ Consejo de Estado de Colombia. Auto del 22 de marzo de 2011. Exp. 38.924.

⁷⁶⁵ Señala el artículo 238 de la Constitución Política de 1991 lo siguiente: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

la decisión para lo cual señalará plazo y parámetros generales para tener en cuenta.

El caso español puede llegar a ser diferente, tanto si se le mira desde la perspectiva de la LEC como si se le analiza desde la regulación de la LEA, no olvidando que, en el caso del arbitraje español, existe una complementariedad entre estas dos normas a efectos de las medidas cautelares⁷⁶⁶, a diferencia del caso colombiano donde la integración se hace, primero, con el CPACA, es decir, la ley del procedimiento contencioso-administrativo y, en subsidio, con el CGP, o sea, con la ley procesal general⁷⁶⁷.

Dicha integración surge por un reenvío de segundo grado que opera en los siguientes términos: primero, el artículo 23-2 de la LEA señala que, a las decisiones sobre medidas cautelares, se les aplicará las reglas sobre ejecución forzosa de laudos. Segundo, los artículos 44 y 45 sobre ejecución forzosa, remiten a las normas de la LEC. En conclusión, en materia de medidas cautelares, se aplican las normas de la LEC y no las normas de la LJCA, así una de las partes sea una entidad pública, es decir, así se trate de un arbitraje de Derecho administrativo.

Desde el punto de vista de la LEC, de conformidad con el artículo 726-1.1, señala un sector de la doctrina⁷⁶⁸ que, las medidas cautelares, se dividen en medidas de aseguramiento, conservación y de satisfacción o anticipación. Una breve referencia permitirá

⁷⁶⁶ Sin embargo, cuando se analiza la clasificación de las medidas cautelares por su contenido en la LJCA, se encuentra la misma explicación, aunque, se reitera, la integración de la LEA en punto de las medidas cautelares es con LEC. Cf. IBÁÑEZ, J. L., *op. cit.*, pp. 15-16.

⁷⁶⁷ En todo caso, la LJCA, estableció la regla de la supletoriedad o integración con la LEC. Así, en la Disposición Adicional 6 de la LJCA, se dice que, ante los vacíos, se recurra a la LEC. En el caso de las medidas cautelares, por supuesto, existe una amplia zona no regulada por lo que, en todo caso, los árbitros se deben remitir a la LEC para lo concerniente al trámite de las medidas cautelares, así sea en el arbitraje de Derecho administrativo.

⁷⁶⁸ AA.VV. Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, *op. cit.*, pp. 40-41.

entender el panorama del arbitraje al cual se le aplican estas medidas.

Según esta clasificación, las medidas de aseguramiento son aquellas que buscan garantizar un estado de cosas existente al momento de su decreto, que mantienen o, como su nombre lo indica, *aseguran* una situación, generalmente de hecho para que, una vez proferida la sentencia, no exista obstáculo alguno para su materialización⁷⁶⁹.

Las medidas de conservación o meramente conservativas, son un estadio posterior de las medidas de aseguramiento. Con ellas se parte de la premisa que, ciertos riesgos para la efectividad de la sentencia, no se pueden conjurar con meras medidas de aseguramiento, en tanto existe el riesgo de que se eluda el cumplimiento de lo ordenado, de donde surge la obligación de adoptar medidas para que eso no ocurra⁷⁷⁰.

Finalmente, están las medidas anticipatorias, también llamadas de satisfacción o satisfactivas. Según esta clasificación, las medidas cautelares innovan la situación, otorgando al solicitante de la medida cautelar, precisamente, aquello que se pretende se imponga como condena al demandado⁷⁷¹.

Según el artículo 23-1 de la LEA, los árbitros tienen la competencia para “*adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio*”. Esta cláusula, del tipo *Numerus apertus*, deja abierta la posibilidad, de decretar cualquier tipo de medida cautelar, inclusive más allá de lo previsto en el artículo 727 de la LEC.

⁷⁶⁹ AA.VV. Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, op. cit., pp. 40. IBÁÑEZ, J. L., op. cit., p. 15.

⁷⁷⁰ AA.VV. Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, op. cit., pp. 40. IBÁÑEZ, J. L., op. cit., p. 16.

⁷⁷¹ AA.VV. Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, op. cit., pp. 40-41. IBÁÑEZ, J. L., op. cit., p. 16.

Sin embargo, el artículo 727 de la LEC tampoco tiene una lista cerrada de medidas cautelares. No se puede olvidar, por ejemplo, que el inciso primero de la norma dice que, se puede decretar, “*entre otras*”, las medidas allí enlistadas. Asimismo, el numeral 11 precisa que, también se pueden ordenar, “*Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio*”.

Conforme lo señalan la jurisprudencia⁷⁷² y la doctrina⁷⁷³ en forma reiterada, los árbitros tienen una competencia declarativa y no ejecutiva, es decir, no les compete materializar la cautela. Sin embargo, el artículo 23-2 de la LEA señala que, “*A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos*”.

En consecuencia, la ejecución de la cautela que, corresponde a los jueces, bajo las reglas de ejecución de laudos, debe ser física y jurídicamente posible dentro del marco normativo previsto para la ejecución de los laudos. A la inversa, no se puede decretar, ni con la cláusula *Numerus apertus*, una cautela para la cual no esté previsto un proceso de ejecución, siendo esto, sin duda alguna, un límite de la competencia arbitral.

3.1.3.2 Por el momento en que se practica la medida cautelar.

Desde el criterio del momento en que se practica la medida cautelar, esta puede ser *ante causam*, de urgencia, durante el desarrollo del proceso y *post causam*. Una breve mirada nos dirá, primero, si el árbitro participa en su decreto y práctica y, segundo, cuál es el rol que cumple el árbitro en cada una de ellas.

⁷⁷² Auto de la Audiencia Provincial. Islas Baleares. Núm. 136 de 2009. 21 de julio de 2009. JUR 2009, 362340. Auto de la Audiencia Provincial. Barcelona. Núm. 78 de 2007. 13 de marzo de 2007. JUR 2007, 24402.

⁷⁷³ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, p. 158.

3.1.3.2.1 *Ante causam* y de urgencia.

Las medidas cautelares *ante causam*, son aquellas que se solicitan y practican antes de iniciado el proceso arbitral y con las cuales se busca materializar el principio de tutela judicial efectiva, el cual se podría afectar si, como dice Fernández Rojas⁷⁷⁴, no existe manera de garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.

Para entender mejor el alcance de las medidas cautelares *ante causam*, es menester señalar el momento en el que las mismas se pueden solicitar y practicar, toda vez que, según el artículo 722 de la LEC, se puede pedir al tribunal que sería competente para conocer de la demanda principal, la práctica de medidas cautelares en tres supuestos: el primero, “*con anterioridad a las actuaciones arbitrales*”; el segundo, cuando se haya pedido la formalización judicial, según lo previsto en el artículo 15 de la Ley 60 de la LEA; y, el tercero, tratándose de un arbitraje institucional, cuando se haya presentado “*la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento*”. Sin embargo, no se especifica con claridad lo que se ha entender por “*anterioridad a las actuaciones arbitrales*”, de suerte que, quizá sea éste el primer cuestionamiento que se ha de resolver.

En este sentido, conforme a la primera hipótesis prevista en el artículo 722 de la LEC, las medidas cautelares se pueden pedir “*con anterioridad a las actuaciones arbitrales*”. Conforme al artículo 27 de la LEA, salvo disposición expresa en contrario, el arbitraje inicia en la fecha en que el demandado recibe “*el requerimiento de someter la controversia a arbitraje*”. En el caso colombiano, el artículo 12 del EANI señala que, “*El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda*”. En el mismo sentido el Consejo de Estado señala que “*el proceso arbitral inicia con la demanda que convoca al proceso*”⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ FERNANDEZ ROJAS, J.C., “Arbitraje y justicia cautelar”, en: Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XXII, 2007, pp. 24.

⁷⁷⁵ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 6 de junio de 2013. Exp. 45922.

En consecuencia, en el arbitraje, la medida cautelar *ante causam*, es aquella que se solicita y práctica antes de que se haya notificado al demandado la solicitud de poner el conflicto bajo el conocimiento de los árbitros, hipótesis que, en el caso colombiano, correspondería a la presentación de la demanda y, en el caso español, a la notificación del requerimiento para someter el asunto a arbitraje.

Según la legislación española, específicamente el artículo 722 de la LEC, quienes acrediten ser parte de un convenio arbitral, pueden solicitar la adopción y práctica de las medidas cautelares *ante causam*, antes de *iniciar las actuaciones arbitrales*, esto es, desde el surgimiento de la controversia y hasta antes de que se haya hecho la notificación del requerimiento para someter el asunto a arbitraje, según lo previsto en el artículo 27 de la LEA.

En el mismo sentido, el artículo 11-3 de la LEA señala que, con anterioridad a las actuaciones arbitrales, cualquiera de las partes puede pedir al tribunal competente la práctica de medidas cautelares. Aunque no se especifica que se trata de medidas que se van a necesitar para el proceso arbitral, tampoco hay elemento alguno que permita deducir lo contrario.

En principio, conforme lo previsto en el artículo 730-2 de la LEC, a pesar de lo ambiguo de su redacción, que hacía referencia únicamente a la *demanda* como si se tratara de un proceso judicial en estricto sentido, se permitió que, incluso, en los arbitrajes *ad hoc*, en los que no se requería la formalización del arbitraje, se practicaran medidas cautelares *ante causam*, siempre y cuando se presentara la demanda dentro de los veinte días siguientes a su adopción.

No a otra conclusión se llegaba si se tenía en cuenta que, en dicha norma, se preveía que, dichas medidas, se podían solicitar “*antes de la demanda*”, siempre y cuando quien las pidiera, que en todo caso tenía que ser el demandante, alegara y probara razones de urgencia o necesidad. Seguidamente, la norma exige que, dentro de los veinte días siguientes a la adopción de la medida, se presente la demanda, so pena de que estas queden sin efecto.

En el caso de la formalización del arbitraje y del arbitraje institucional, no aplica el requisito de la temporalidad. En estos casos, conforme al numeral 3 de la misma norma, basta que se lleve a cabo las actuaciones tendientes a poner en marcha el procedimiento arbitral para que se mantengan las medidas cautelares.

Luego, con la modificación introducida por la disposición final segunda prevista en la Ley 11 de 2011, por la cual se modificó el artículo 722 de la LEC, se señaló expresamente que, las medidas cautelares *ante causam* procedían igualmente en el proceso arbitral, terminando con toda discusión al respecto⁷⁷⁶. Una vez instalado el tribunal arbitral, el árbitro asume plena competencia para modificar o levantar la cautela decretar antes del proceso.

Sin embargo, vale preguntarse en este momento: Si los árbitros inician su función luego de su nombramiento, ¿es posible que este tipo de medidas sean decretadas, no por el tribunal judicial que sería competente, sino por un tercero designado para tal efecto?

Para Mallandrich Miret⁷⁷⁷, en la medida en que la LEA no lo prohíbe, se puede acudir al llamado procedimiento Référé Prearbitral previsto en el Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París. En este sentido, los reglamentos arbitrales pueden prever un mecanismo similar.

En el caso colombiano, el EANI, no contempla la posibilidad de medidas cautelares *ante causam*. Para el caso del arbitraje de Derecho administrativo, señala el artículo 32 que, a petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral puede ordenar las medidas cautelares que serían procedentes si el proceso se tramitara ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, y su decreto, práctica y levantamiento se someterán a las normas del CPACA y a las disposiciones especiales pertinentes.

⁷⁷⁶ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, p. 171.

⁷⁷⁷ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, p. 169.

A su vez, en el CPACA, no están contempladas las medidas cautelares *ante causam*. Tampoco están previstas en el CGP, norma que reemplazó al anterior Código de Procedimiento Civil y que, por disposición del artículo 306 del CPACA, sirve como fuente en los aspectos no regulados en cuanto sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que se siguen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa. No tiene, en consecuencia, ninguna competencia el árbitro en el Derecho administrativo colombiano respecto de las medidas cautelares *ante causam*, toda vez que estas ni siquiera se encuentran previstas.

Sin embargo, existe en el sistema jurídico colombiano una modalidad de cautelas no prevista en el derecho español, que no siendo idénticas puede llegar a cumplir una función similar a la de las cautelas *ante causam*. Se trata de las cautelas de urgencia, previstas en el artículo 234 del CPACA.

Las cautelas de urgencia no aparecen relacionadas en el EANI. Pero, como éste remite al CPACA cuando señala que, en el arbitraje de Derecho administrativo proceden las mismas previstas en el CPACA, no quedaría duda que estas tienen cabida en los arbitrajes donde sea parte una entidad estatal o un particular en ejercicio de funciones públicas, siendo una facultad de los árbitros su decreto. Una revisión del procedimiento de aplicación nos dirá si, en el arbitraje, ellas tienen cabida.

Según el artículo 234 del CPACA, las cautelas de urgencia proceden, incluso, desde antes de la presentación de la demanda⁷⁷⁸. Así, cuando el artículo 234 señala que ellas se pueden adoptar sin necesidad de agotar el trámite previsto en el artículo 233 ib., no está señalando otra cosa, sino que, el trámite de estas no requiere de presentación de demanda ni de conciliación prejudicial, requisito este último exigido en el

⁷⁷⁸ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 5 de marzo de 2014. Exp. 6871-01. Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 19 de mayo de 2014. Exp. 50219.

derecho colombiano para acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa y que, en todo caso, no se aplica en el arbitraje⁷⁷⁹.

Como en el derecho colombiano no están previstas las cautelas *ante causam*, no es jurídicamente posible que los involucrados soliciten la práctica de estas medidas ante autoridad judicial alguna. En este sentido, los árbitros son los únicos habilitados para decretar medidas cautelares dentro del trámite arbitral, se reitera, porque no está prevista la asistencia judicial en esta materia.

Por ende, si los árbitros, en el caso colombiano, asumen jurisdicción luego de presentada y admitida la demanda arbitral, no es posible el decreto de una medida cautelar, por parte de un árbitro, cuando ni siquiera estos han sido nombrados, toda vez que en ese momento no están en ejercicio de jurisdicción.

De lo anterior se concluye que, aunque el sistema jurídico colombiano permite las medidas cautelares de urgencia, que se asemejan a las cautelas *ante causam* del derecho español, estas no tienen cabida en el arbitraje, por cuanto para el momento de su decreto los árbitros no han sido nombrados y, en consecuencia, no están en ejercicio de jurisdicción.

3.1.3.2.2 Durante el proceso arbitral o *ad causam*.

Las medidas cautelares proceden, como regla, durante el proceso arbitral. Decir esto, salvo la excepción prevista en el sistema jurídico español con las medidas *ante causam*, en principio, ni quita ni pone. Por ende, la importancia de este comentario se

⁷⁷⁹ De conformidad con el artículo 161 del CPACA, la conciliación prejudicial es requisito de demandas con pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. Conforme al artículo 613 del CGP, que adicionó la norma anterior, la conciliación no es necesaria si quien demanda es una entidad pública. En todo caso, conforme al párrafo 5º del Artículo 2.2.4.3.1.1.2. del Decreto 1069 de 2015, “*Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho*”, modificado Art.1 del Decreto 1167 de 2016, “*El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales*”.

evidencia en la medida en que se determine, primero, a partir de qué momento procede la solicitud, decreto y práctica de las medidas y, segundo, qué medidas proceden.

En el caso colombiano, el artículo 12 del EANI, señala que, “*El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda*”. En el mismo sentido el Consejo de Estado de Colombia señala que, “*el proceso arbitral inicia con la demanda que convoca al proceso*”⁷⁸⁰. Conforme al artículo 27 de la LEA, en España, salvo disposición expresa en contrario, el arbitraje inicia en la fecha en que el demandado recibe “*el requerimiento de someter la controversia a arbitraje*”.

Frente a lo segundo, conforme lo señala el inciso 1° del artículo 32 del EANI, en el arbitraje en derecho administrativo, los árbitros están facultados para decretar, a petición de cualquiera de las partes, tanto demandante como demandado⁷⁸¹, las medidas cautelares que procederían de tramitarse el proceso ante la justicia contencioso-administrativa y que están previstas en el artículo 230 del CPACA.

También están facultados los árbitros para decretar, de oficio, cualquier otra medida, si ella fuere necesaria para (i) proteger el derecho objeto del litigio, (ii) impedir su infracción, (iii) evitar las consecuencias derivadas de ésta, (iv) prevenir daños, (v) cesar los que se estuvieren causando y (vi) asegurar la efectividad de la pretensión.

Las medidas cautelares que proceden durante el trámite del proceso arbitral en litigios de Derecho administrativo, según se dijo cuando se habló de las medidas cautelares por su contenido, son las previstas en el artículo 230 del CPACA y en el inciso 2° del artículo 32 del EANI.

En el caso español, el artículo 23 de la LEA, señala que procederán las medidas cautelares necesarias respecto del objeto

⁷⁸⁰ Consejo de Estado de Colombia. Sentencia del 6 de junio de 2013. Exp. 45922.

⁷⁸¹ GIL ECHEVERRY, *op. cit.* p. 663.

del litigio, lo que constituye, para algunos, un reenvío a la LEC para todo lo relativo a las cautelas o, como lo denominan, una remisión general al bloque de legalidad procesal⁷⁸².

Otros consideran que existen normas de la LEC que son aplicables y otras que no. En punto de las medidas *ad causam*, por ejemplo, señala Mallandrich Miret⁷⁸³ que, el supuesto previsto en el artículo 730-4 de la LEC, el cual prevé que, las medidas cautelares que se pueden decretar con posterioridad a la presentación de la demanda solo proceden por hechos y circunstancias que lo justifique en dicho momento, no se puede aplicar al arbitraje.

En este caso, el árbitro deberá evaluar el perjuicio por la mora, recordando en todo caso que, conforme al artículo 728-2 de la LEC, el consentimiento de la situación da lugar a su rechazo, en tanto las reglas de presentación de la demanda judicial no son aplicables, por entero, a la presentación de la demanda arbitral.

En tal sentido, el artículo 727 de la LEC trae un extenso catálogo de medidas, que van de los numerales 1º a 10º. Al final, en el numeral 11, introduce la posibilidad de medidas innominadas cuando señala que, igualmente proceden, *“Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”*.

En el caso español, conforme lo prevé el artículo 11-3 de la LEA, el convenio arbitral no impedirá a las partes solicitar de un tribunal la práctica de medidas cautelares, en tanto, como se dijo desde la exposición de motivos, dicha competencia es alternativa y concurrente entre el tribunal judicial y el tribunal arbitral.

⁷⁸² CORDÓN MORENO, *op. cit.*, p. 186.

⁷⁸³ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, pp. 190-191.

En palabras de Ruiz Risueño⁷⁸⁴, esto implica tres cosas: (i) que las partes no pueden renunciar a la práctica de medidas cautelares durante el arbitraje, en tanto expresión del principio de tutela judicial efectiva. (ii) que las partes pueden despojar al tribunal arbitral de la competencia para la práctica de medidas cautelares. (iii) Y que, en todo caso, las partes pueden acudir, durante el desarrollo del proceso arbitral, a un tribunal judicial, para la práctica de una medida cautelar. Una renuncia en este sentido a dicha competencia judicial se tiene por no escrita.

Entre el sistema jurídico colombiano y el español existe, desde la perspectiva de las cautelas por el momento en que se decretan, tres grandes diferencias que matizan las competencias de los árbitros en litigios de Derecho administrativo y que, en consecuencia, no pueden ser ignoradas.

De un lado, en el sistema español, proceden las medidas *ante causam*, figura no prevista en el caso colombiano. Sobre esta, la competencia de los árbitros en España se activa para definir su modificación o levantamiento una vez inicia el proceso arbitral. En el caso colombiano, como ni siquiera están previstas, los árbitros no tienen competencia alguna.

De otro, en el sistema español se permiten las cautelas *post causam*, que son aquellas que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 744 de la LEC, proceden luego de pronunciado el laudo arbitral. Específicamente, en lo relativo a la continuidad o adopción de una medida cautelar distinta a favor del demandante cuando se niegan sus pretensiones y éste presenta recurso de anulación contra el laudo.

Esta competencia, está prevista para la autoridad judicial. En el caso de los árbitros, afirma Mallandrich Miret⁷⁸⁵ que, con la emisión del laudo, como regla, cesa la competencia para el decreto de medidas cautelares, conforme lo previsto en el artículo 38 de la LEA. Como excepción, durante el periodo de

⁷⁸⁴ RUIZ RISUEÑO, F., *Medidas cautelares. El árbitro de emergencia*, En: Manual de Arbitraje, *op. cit.* p. 118.

⁷⁸⁵ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, p. 175.

notificación y protocolización del laudo, en los términos del artículo 37 ib., y en los casos de corrección, aclaración y complemento del laudo, del artículo 38-i id., se podrá decretar medidas cautelares. En el caso colombiano, dicha posibilidad ni siquiera está prevista.

Finalmente, en el caso de la competencia alternativa y concurrente entre el tribunal judicial y el tribunal arbitral para la práctica de medidas cautelares, hay que señalar que, dicha posibilidad no está prevista en el sistema jurídico colombiano como sí en el español. En el caso colombiano, una vez se instala el tribunal arbitral, se desplaza la justicia estatal que, únicamente interviene cuando el árbitro le comisiona para la práctica de la medida cautelar⁷⁸⁶.

3.1.4 Características de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares gozan, casi que universalmente, de algunas características que las identifican y diferencian de otros institutos procesales. Aunque la clasificación puede variar, por lo menos desde el punto de vista formal, entre un sistema jurídico y otro, lo cierto es que la mayoría de cuestiones, aluden a la instrumentalidad, la temporalidad, la provisionalidad, la variabilidad y la proporcionalidad. A continuación, una mirada a cada una de estas características tanto en el sistema jurídico colombiano como en el español.

3.1.4.1 Instrumentalidad.

La instrumentalidad es una de las características de las medidas cautelares, quizá la más relevante de todas. Según afirma

⁷⁸⁶ Señala el artículo 32 del EANI que: “Art. 32. (...) El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente”.

Calamandrei⁷⁸⁷, las medidas cautelares no son un fin en sí mismo, sino que ellas se orientan a garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva. Se trata, agrega, de un instrumento cualificado, de una tutela judicial mediata, que se orienta al eficaz funcionamiento de la administración de justicia, posición compartida por López Blanco⁷⁸⁸ quien afirma que ellas no tienen razón de ser sino en función de un proceso⁷⁸⁹. En el mismo sentido, Becerra Toro⁷⁹⁰ afirma que ellas tienen carácter instrumental, en tanto se extienden hasta cuando el árbitro esté en condiciones de dictar un pronunciamiento de fondo y su única finalidad es conservar el objeto materia de la *litis*.

En la doctrina española, Mallandrich Miret⁷⁹¹ señala que, la instrumentalidad supone la conexidad entre el proceso y las pretensiones que en él se discuten, la dependencia de estas hacia aquel. Esto, en razón a que la finalidad de las medidas cautelares no es otra que la de asegurar la efectividad de las pretensiones en caso de una resulta favorable. En consecuencia, la vigencia de la medida cautelar está ligada a la duración del proceso.

En el mismo sentido, señala otro sector de la doctrina española que, mirando en conjunto el régimen jurídico de la tutela jurisdiccional, esta no constituye una finalidad en sí misma, sino que se encuentra necesariamente vinculada que resulte del proceso, en función de asegurar su efectividad⁷⁹².

⁷⁸⁷ CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, Editorial El Foro, 1997, p. 44-48.

⁷⁸⁸ LÓPEZ BLANCO, H.F., *Código General del Proceso, Parte General*, Dupre editores, Bogotá, 2016, p. 1077.

⁷⁸⁹ En el mismo sentido, QUIÑONEZ GÓMEZ, C. E., “Poderes de los árbitros vs. adopción de medidas cautelares: Un motivo de tensión en el arbitraje nacional”, en: *REVISTA DE DERECHO*, Universidad del Norte, Edición especial, 371-399, 2012, p. 380.

⁷⁹⁰ BECERRA TORO, *op. cit.*, p. 521.

⁷⁹¹ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.* p. 91.

⁷⁹² ORTELLS RAMOS, M. CALDERÓN CUADRADO, M. P., *op. cit.*, p. 8.

Por su parte, la Corte Constitucional⁷⁹³, señala que se trata de un instrumento del proceso, por ende, de carácter jurisdiccional. Esa naturaleza instrumental y, por tanto, de carácter transitorio, sujeta, en todo caso, a la duración del proceso, se relaciona directamente con la finalidad, toda vez que la función de este instrumento es la de garantizar la integridad del derecho controvertido.

En los arbitrajes de Derecho administrativo, la instrumentalidad puede ser vista desde dos perspectivas: la primera, cuando el extremo demandado o eventualmente condenado es la Administración Pública o un particular en ejercicio de funciones públicas. La segunda, cuando el demandado o eventualmente condenado es un particular.

En el primer caso, el carácter instrumental de la medida cautelar, se dirige más a evitar la prolongación o agravación de la afectación al derecho discutido, no tanto a garantizar el cumplimiento de la sentencia. Poco se discute que, una vez decidida de fondo la cuestión, la Administración Pública cumpliría con la decisión arbitral. Lo realmente grave es que, por la demora propia de todo proceso arbitral, se causara un perjuicio irremediable. De allí que, la función de la medida cautelar, siguiendo lo señalado en el inciso 4° del artículo 32 del EANI, se dirige más a la protección del derecho, a impedir su infracción, a evitar las consecuencias derivadas del daño y cesar los efectos negativos, que al cumplimiento mismo de la providencia.

En el segundo caso, cuando el demandado o eventualmente condenado es un particular la situación es diferente. En esta hipótesis, la finalidad de la medida cautelar es doble. Por un lado, conservar el derecho, evitar su afectación y, por otro, garantizar el cumplimiento del laudo arbitral.

3.1.4.2 Temporalidad.

Otra característica de las medidas cautelares es la temporalidad. Ella surge del hecho de que las medidas cautelares no tienen vocación de perpetuidad, sino que existen en función de la

⁷⁹³ Corte Constitucional de Colombia. SC-431, 1995; SC-379, 2004 y SC-030, 2006.

existencia o inminencia del proceso. En el caso del derecho español, donde operan las medidas *ante causam*, y en el colombiano, en el que solo proceden medidas durante el proceso, estas tienen vigencia hasta tanto termine el proceso. Inclusive, esta característica se evidencia no solo con la alzada definitiva sino también con la sustitución de la medida. En esta segunda hipótesis, cuando se cambia una medida por otra, se está reconociendo tácitamente que la primera cumplió su ciclo y que inicia una nueva, que también puede ser sustituida en el curso del proceso.

En el caso del arbitraje de Derecho administrativo en Colombia, las medidas cautelares, en atención a su carácter temporal, se pueden modificar o cesar en cualquier momento del proceso, si se considera, conforme al inciso segundo del artículo 235 del CPACA, que no se dan los requisitos para su otorgamiento, que fueron superadas las causas que dieron lugar a ellas o por la prestación de caución en los casos en que ello fuere permitido. También se deben levantar cuando termine el proceso con absolución al demandado o se anule el laudo arbitral.

En el evento en que el tribunal arbitral, de oficio o a petición de parte no levante las medidas cautelares luego de ejecutoriado el laudo arbitral o la providencia que resuelve el recurso de anulación⁷⁹⁴, esta caducará automáticamente al término de tres (3) días contados desde la notificación de alguna de las anteriores providencias.

En el caso del derecho español, el numeral 2º del artículo 726 de la LEC, expresamente reconoce la temporalidad como una característica de las medidas cautelares, cuando señala que, las medidas cautelares tienen carácter temporal, provisional y condicionado.

Según la doctrina⁷⁹⁵, la temporalidad significa que ellas no tienen vocación de permanencia, muy por el contrario, su duración es

⁷⁹⁴ En la legislación colombiana, conforme al artículo 40 del EANI, el recurso de anulación es el único que procede contra el laudo arbitral.

⁷⁹⁵ MALLANDRICH MIRET, N., op. Cit., p. 105.

limitada en el tiempo. En este sentido, una vez se dicta decisión de fondo, ellas pierden sentido: Si la decisión es desestimatoria, porque la finalidad perseguida ya no existe. Si la decisión es estimatoria, porque el sujeto tendrá el reconocimiento de un derecho y podrá exigir su cumplimiento con carácter definitivo.

Además, conforme al artículo 743 *ib.*, su permanencia está condicionada a la continuidad de las condiciones que dieron lugar a ellas, de suerte que, ante hechos y circunstancias nuevas, procede su modificación o levantamiento.

El alzamiento, como llama el derecho español al levantamiento de la medida cautelar, procede, ante sentencia que no está en firme, según lo prevé el artículo 744 de la LEC, cuando absuelto el demandado, el demandante no solicita su continuidad o sustitución. En el evento de la sentencia en firme, señala el artículo 745 *ib.*, el alzamiento se hará de oficio.

Lo anterior demuestra que, tanto en el derecho colombiano como español, las medidas cautelares tienen carácter transitorio y los árbitros no están facultados para llevar estas más allá del proceso e, incluso, deben dar aplicación a la regla *cessante razione cessa ipsa lex*, y se obligan a levantar o sustituir las medidas si desaparecen las razones de hecho y de derecho que dieron lugar a su decreto.

3.1.4.3 Provisionalidad.

Una tercera característica de las medidas cautelares es la provisionalidad. Según Calamandrei, el carácter provisorio, que podríamos llamar también transitorio de la medida cautelar, se da por el hecho de que ella surte efectos entre la providencia que la decreta y la providencia final que resuelve la cuestión⁷⁹⁶.

Cercana con la característica de la temporalidad, la provisionalidad de la medida cautelar surge del hecho que, si se niegan las pretensiones, ella pierde sustento. Por el contrario, si se conceden, deja de ser provisional para ser definitiva. Si no

⁷⁹⁶ CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 36. En el mismo sentido, QUIÑONEZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 382.

requiere de acto posterior, deja de ser necesaria porque simplemente la orden contenida en la decisión definitiva cumple sus veces⁷⁹⁷. Si se requiere de un acto de continuidad, por ejemplo, la entrega o remate de un bien, pasa a ser medida ejecutiva⁷⁹⁸.

En el derecho colombiano, la temporalidad y la provisionalidad no son tratados como fenómenos diferentes. Las medidas cautelares son temporales porque tienen carácter provisional. En el derecho español, el numeral 2º del artículo 726 de la LEC, por el contrario, señala que las medidas cautelares tienen carácter temporal, provisional y condicionado.

3.1.4.4 Variabilidad.

La variabilidad, es la facultad concedida a los árbitros para modificar o sustituir la medida cautelar, cuando cambian sustancialmente las condiciones que dieron lugar a su decreto y práctica. Si las medidas cautelares son un instrumento del proceso arbitral, que se orientan a garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva, su permanencia está condicionada al grado de eficacia que la misma presente en un momento dado, que puede ser al comienzo, en el intermedio e, incluso, finalizando el procedimiento arbitral.

En atención a lo anterior, existen dos conceptos que merecen ser precisados: el alzamiento y la modificación de la medida. Por alzamiento, o levantamiento que sería el término que se utilizaría en Colombia, se define aquella situación en la que la pretensión deja de estar asegurada cautelarmente. Por su parte, la modificación se presenta en dos supuestos. Primero, cuando se introduce una modificación, pero nominalmente la cautela sigue siendo la misma. Segundo, cuando se sustituye una cautela por otra⁷⁹⁹.

La eficacia de la medida cautelar, a efectos de sostenerla o variarla, depende de las circunstancias en que la misma se haya

⁷⁹⁷ En este sentido, GARCÍA SARMIENTO; GARCÍA OLAYA, *op. cit.* p. 16.

⁷⁹⁸ RODRÍGUEZ MEJÍA, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁹⁹ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, p. 299.

decretado. En tal sentido, existen circunstancias normativas, fácticas y probatorias que condicionan la continuidad de la medida cautelar. Por ejemplo, el cambio de régimen legal, tributario o fiscal, puede generar o permitir una modificación o sustitución de la medida. Desde el punto de vista fáctico, la disminución o agravación del peligro que se cierne sobre el objeto de litigio puede condicionar la permanencia de la medida. Finalmente, el surgimiento de un elemento de prueba, con el que no se contaba al momento de fijar la medida, igualmente puede tener como consecuencia una alteración al alcance e, incluso, a la clase de medida cautelar.

En el derecho colombiano, el artículo 32 del EANI, ordena al tribunal arbitral apreciar la “*amenaza o la vulneración del derecho*” a la hora de decretar las medidas cautelares. Asimismo, su necesidad y efectividad lo cual, si bien se hace en el momento de decretar la medida, se puede hacer en cualquier momento, toda vez que la misma norma ordena hacer un monitoreo constante cuando señala que, el tribunal puede, de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del proceso, disponer la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar.

En el caso de medidas que se relacionen con pretensiones pecuniarias, la misma norma le permite al demandado oponerse a su práctica y, en razón de la variabilidad, pedir su modificación o levantamiento, mediante la prestación de una caución que garantice el cumplimiento de una eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. En este caso, le corresponde al árbitro, evaluar la pertinencia de variación-sustitución de la medida cautelar.

Adicionalmente, al regular el levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar, el artículo 235 del CPACA dice que la variación de la medida cautelar procede, de oficio o a petición de parte, cuando (i) ello mismo se requiera para garantizar su cumplimiento, (ii) se evidencie el incumplimiento de los requisitos para su decreto y (iii) cuando hayan desaparecido o se hayan superado los hechos que dieron lugar a su otorgamiento.

En el derecho español, el artículo 23 de la LEA, norma especial, señala que, salvo acuerdo de las partes en contrario, los árbitros están habilitados para adoptar las medidas cautelares que resulten necesarias, “a instancia” de cualquiera de las partes, de suerte que, no tiene el árbitro la potestad de decretar medidas de oficio. Se requiere, en consecuencia, que las partes, mediante acuerdo, habiliten expresamente al tribunal arbitral para decretar medidas cautelares de oficio.

Por su parte, la LEC, cuando regula el trámite de las medidas cautelares en el curso de los procesos judiciales, señala que los tribunales no pueden decretar medidas cautelares de oficio ni tampoco ordenar medidas más gravosas que las solicitadas, pero, conforme al numeral último del artículo 726, las medidas cautelares son condicionadas y susceptibles de modificación.

Esto nos lleva a un interrogante sobre el alcance de las potestades de los árbitros a la hora de fijar medidas cautelares, directamente relacionado con la variabilidad: ¿pueden los árbitros, en el derecho español, sustituir las medidas cautelares pedidas en la demanda?

En principio la respuesta es afirmativa, si se acoge lo dicho en el inciso final del artículo 721 de la LEC, cuando señala que, “*Tampoco podrá éste acordar medidas más gravosas que las solicitadas*”, *contrario sensu*, está habilitado el tribunal judicial para sustituir la medida cautelar solicitada por una menos gravosa.

No tendría sentido ni efecto útil que se restringiera expresamente la posibilidad de decretar una medida más gravosa, si tampoco pudiera el tribunal establecer una menos gravosa. Lo que queda claro es que, la facultad del tribunal judicial y, por ende, del tribunal arbitral, queda restringida a la posibilidad de sustituir, al inicio del proceso, la medida cautelar por una menos gravosa a la solicitada.

Si se trata de variación en el transcurso del proceso, recogiendo lo dicho en el artículo 743 de la LEC, las medidas cautelares se pueden variar siempre y cuando se aleguen y prueben nuevos hechos y circunstancias que no se pudieron alegar cuando se decretaron las medidas cautelares. Así, la variabilidad está condicionada al cambio de las circunstancias, no siendo la

inactividad o falta de experticia de las partes causa suficiente para modificar las medidas cautelares.

Aquí se podría hacer una aclaración. Si la medida fue decretada por el árbitro, desde una concepción estricta, quien la decreta la modifica. En el caso de que la medida sea *ante causam*, surge la duda en punto de si, desde una concepción amplia, la medida puede ser modificada o alzada por un órgano distinto. Según Mallandrich Miret⁸⁰⁰, en una postura que se comparte, nada impide que sea el árbitro quien modifique o levante la cautela impuesta por un juez.

Quizá la única hipótesis en la que no podría el árbitro modificar la cautela, sería aquella en la que las partes privaron al tribunal arbitral de la posibilidad de decretar medidas cautelares, restringiendo dicha competencia a los tribunales judiciales. En caso contrario, nada lo impediría por ser una competencia *natura* del árbitro.

3.1.4.5 Proporcionalidad.

Finalmente, está la proporcionalidad como característica de las medidas cautelares. El análisis de esta, exige de un acercamiento previo a la proporcionalidad como instrumento de análisis hermenéutico para determinar la legitimidad de la intervención judicial. Concluido este, es posible analizar la repercusión de la proporcionalidad dentro de la aplicación de medidas cautelares al procedimiento arbitral.

El principio de proporcionalidad, tuvo origen en la época antigua, especialmente en la Grecia clásica y en la cultura jurídica romana, donde se revela como la relación entre medio y fin⁸⁰¹. Como elemento teórico del derecho público, es con el contractualismo de la ilustración que inicia su reconstrucción teórica. Precisamente, la idea de que la libertad es un bien inherente al individuo y de que el Estado sólo puede intervenir en

⁸⁰⁰ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.* p. 304.

⁸⁰¹ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 3ª ed., 2007, p. 44.

dicha libertad cuando ello sea necesario para garantizar las libertades ajenas, constituye el sustrato epistemológico de dicho principio en las discusiones jurídicas⁸⁰². Asimismo, autores como Beccaria incluyeron en sus más importantes disertaciones alusiones a este principio⁸⁰³.

El principio de proporcionalidad puede tener distintos grados de intensidad y, en esa medida, tres estructuras diferentes. En este sentido, encontramos un test leve, un test intermedio y un test estricto de proporcionalidad⁸⁰⁴, sin embargo, a pesar de que la estructura final puede variar, sus componentes van a ser siempre los mismos: el análisis del fin que se busca con la medida, el análisis del medio que se utiliza y, el análisis de la relación entre el medio y el fin⁸⁰⁵.

En el primer caso, el test leve, el tribunal se limita a establecer la legitimidad constitucional del fin y de la medida lo cual incluye, claro está, el análisis de idoneidad de la medida⁸⁰⁶. Según la doctrina, este primer paso se conoce como subprincipio de idoneidad⁸⁰⁷.

En el segundo caso, el test intermedio, no sólo se exige el análisis del subprincipio de idoneidad sino también el subprincipio de necesidad, en tanto además se requiere establecer si la medida enjuiciada, comparada con otros medios igualmente idóneos, es más benigna o menos lesiva del derecho afectado⁸⁰⁸.

En el tercer evento, el juicio estricto de proporcionalidad, implica el análisis de los subprincipios anotados y además un juicio estricto de proporcionalidad. En este último caso, se exige que los

⁸⁰² BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 45.

⁸⁰³ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Aguilar, Madrid, 1982, p. 138.

⁸⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia. SC-354, 2009; SC-673, 2001.

⁸⁰⁵ Corte Constitucional de Colombia. SC-673, 2001.

⁸⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia. SC-673, 2001.

⁸⁰⁷ BERNAL PULIDO, *op. cit.* pp. 693 y s.s. LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 387 y s.s.

⁸⁰⁸ BERNAL PULIDO, *op. cit.* p. 740; LOPERA MESA, G. P., *op. cit.*, p. 533.

beneficios de la medida sean mayores a los perjuicios que con ella se causa⁸⁰⁹.

Como bien lo expresara el profesor Alexy⁸¹⁰, la función del principio de proporcionalidad, en términos más generales, es la de crear una regla de precedencia entre principios cuando estos entran en colisión, todo desde la fórmula del peso, es decir, de la determinación, en el caso concreto, de cuál de los principios tiene un mayor peso o una mayor importancia específica.

Sin embargo, hoy día el universo hermenéutico del principio de proporcionalidad se extendió más allá de las fronteras de los derechos fundamentales e hizo metástasis en el derecho procesal en general, y el procedimiento arbitral en particular, al punto que es parámetro de evaluación del otorgamiento de medidas cautelares. En el arbitraje, este principio garantiza que la medida cautelar sea la requerida para la materialización del laudo y que no se cause un perjuicio innecesario al demandado⁸¹¹.

En el derecho colombiano, donde el principio de proporcionalidad tiene plena acogida, el artículo 32 del EANI ordena al tribunal arbitral, primero, cuando decreta medidas de oficio, específicamente, verificar su razonabilidad; segundo, a la hora de decretar medidas cautelares, en general, atender los principios de necesidad, efectividad y proporcionalidad, lo cual implica adelantar un juicio en el grado que corresponda *-leve, intermedio o estricto-*, con cada uno de los elementos que a cada grado corresponde. También procede la aplicación del principio de proporcionalidad para aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable.

Asimismo, frente al decreto de las medidas cautelares, en el numeral 3° del artículo 231 del CPACA, norma aplicable por remisión, se ordena verificar, “*mediante una ponderación de intereses*”, la proporcionalidad en estricto sentido.

⁸⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia. SC-673, 2001.

⁸¹⁰ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 89.

⁸¹¹ RODRÍGUEZ MEJÍA, *op. cit.* p. 70.

En el derecho español, según el artículo 23-1 de la LEA, las medidas cautelares proceden cuando ellas sean necesarias frente al objeto de litigio. Por su parte, en el numeral 2º del artículo 726-1, 2, de la LEC, se condiciona el otorgamiento de una medida cautelar a que ella no sea sustituible por otra medida igualmente eficaz y menos gravosa al demandado, criterio igualmente aplicable a la ejecución forzosa del laudo según lo prevé el artículo 584 de la LEC.

De este modo, la satisfacción del derecho de quien solicita la cautela debe causar el mejor perjuicio a la persona sobre quien recae, atendiendo un criterio de congruencia entre lo que persigue y lo que causa⁸¹² a lo que, agrega la doctrina, no solo se tiene en cuenta los derechos de quien la pide, sino también la incidencia de la cautela en otros intereses, tanto generales como de terceros⁸¹³.

3.1.5 Presupuestos de las medidas cautelares.

Los procesos judiciales en general y, entre ellos, el arbitraje en el Derecho administrativo, están fundados en el principio de igualdad de las partes ante la ley que, en términos prácticos, se traduce en un equilibrio procesal. Dicha simetría se afecta cuando, para garantizar el objeto del litigio, se impone una cautela, a veces antes de iniciado el proceso como en las medidas *ante causam* del sistema español, o desde la presentación de la solicitud y antes de la notificación de la demanda como las medidas cautelares de urgencia del sistema colombiano, o simplemente antes del juicio, lo cual no sólo afecta el derecho de defensa y contradicción, sino que restringe la libertad de una de las partes⁸¹⁴.

⁸¹² CORDÓN MORENO, *op. cit.* p. 188.

⁸¹³ IBÁÑEZ. J L., *op. cit.*, p. 39.

⁸¹⁴ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia. SC- 490, 2000; RODRÍGUEZ MEJÍA, *op. cit.* p. 73.

3.1.5.1 *Fumus boni iuris*.

El primer presupuesto para el decreto de medida cautelares es la apariencia de buen derecho o *Fumus boni iuris* lo que significa, en términos prácticos, que, en apariencia, a primera vista, las pretensiones de la demanda estén jurídicamente fundadas⁸¹⁵. Es una demostración de la situación jurídica, necesaria y suficiente, para que el juez pueda adoptar la medida cautelar⁸¹⁶.

La diferencia entre la decisión mediante la cual se adoptan medidas cautelares y aquella que resuelve de fondo el asunto planteado es de grado y no de naturaleza. En una y otra situación, a quien reclama le corresponde demostrar que su supuesto fáctico se encuentra dentro de la hipótesis normativa y, en consecuencia, le son aplicables las consecuencias jurídicas previstas en ella. Así, en la decisión de medidas cautelares, se exige la presencia de elementos fácticos, probatorios y normativos que puedan conducir a una decisión favorable. Por su parte, en la decisión de fondo se requiere de certeza.

Conforme lo afirma Mallandrich Miret⁸¹⁷, la apariencia de buen derecho supone un análisis preliminar de la viabilidad de las pretensiones. En este sentido, su decreto exige, por un lado, de la reclamación por parte del interesado, por el otro, de la existencia de una posibilidad de éxito. Por supuesto, se trata de un *prejuicio* de probabilidad y no de certeza, en tanto por factores como el tiempo o la ausencia de elementos teóricos y probatorios, ésta queda para la etapa del juicio.

Según Rodríguez Mejía⁸¹⁸, retomando a Carreras Llansana, la apariencia se ubica en un punto intermedio entre la probabilidad y la certeza. Según esto, se requiere la existencia de indicios, esto es, de situaciones de las cuales se pueda inferir válidamente otras,

⁸¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. SC-490, 2000.

⁸¹⁶ ORTELLS RAMOS, M. CALDERÓN CUADRADO, M. P., *op. cit.*, p. 13.

⁸¹⁷ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, p. 117, 120.

⁸¹⁸ RODRÍGUEZ MEJÍA, *op. cit.* p. 75.

tanto frente a la titularidad del derecho, como a la posible afectación⁸¹⁹.

Esa probabilidad no es de cualquier clase. En términos de Chinchilla Marín⁸²⁰ se trata de una probabilidad cualificada, en tanto tiene la entidad suficiente para considerar que las pretensiones van a prosperar. Por su parte, en un sentido diferente, Merino Merchán y Chillón Medina⁸²¹ dicen que, conforme a lo previsto en el artículo 728 de la LEC, se trata de averiguar si la pretensión es posible y no probable porque lo contrario constituiría un prejuzgamiento.

El reconocimiento de la apariencia de buen derecho no constituye prejuzgamiento. Precisamente, lo aparente, es lo que parece ser, pero no necesariamente es. De allí que no se exija un absoluto grado de certeza para el otorgamiento de las cautelas, de ser así, no sería necesario el juicio arbitral.

La apariencia de buen derecho, por sí sola, no es suficiente para otorgar la medida cautelar. De alguna manera, así como la protección efectiva de los derechos es parte del valor máximo de la justicia, la suspensión en el tiempo de la definición del litigio es una carga correlativa. De modo que, no basta ser el titular del derecho, es necesario que, en garantía de los principios de defensa y de contradicción, el demandante deba esperar a que su litigio se resuelva de fondo para hacer la exigencia de la obligación pendiente.

Lo anterior lleva a la consideración según la cual, además de la apariencia de buen derecho, se requiera de forma concurrente del peligro por la mora para el otorgamiento de la medida cautelar⁸²². No es jurídicamente viable que, so pretexto de ser titular de un derecho, se pretenda pretermitir las formas propias de cada juicio,

⁸¹⁹ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia. SU-913, 2009.

⁸²⁰ CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, p. 45.

⁸²¹ MERINO MERCHÁN; CHILLÓN MEDINA, *op. cit.*, p. 695.

⁸²² En este sentido, Corte Constitucional de Colombia. SU-913, 2009.

ni evitar la regla según la cual todo demandado debe ser vencido en juicio, para proponer que, la medida cautelar, que afecta la esfera de libertad del demandado, proceda automáticamente con la admisión de la demanda.

Es necesario que, además de la apariencia de buen derecho, la demora en la tramitación del proceso cause un mayor daño al demandante o incluso al demandado, o que se corra el riesgo, para el demandante, de que la sentencia pierda toda efectividad.

En el sistema jurídico colombiano, el artículo 32 del EANI remite al CPACA para todo lo relativo al decreto, práctica y levantamiento de las medidas cautelares en el derecho administrativo, incluyendo los arbitrajes en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones públicas.

A su vez, el artículo 231 del CPACA, señala que, fuera del caso de la suspensión provisional del acto administrativo, cautela que procede por la confrontación entre la norma enjuiciada y la norma presuntamente vulnerada, las demás cautelas requieren, para su otorgamiento, que “*la demanda esté razonablemente fundada en derecho*”.

Se reitera, no solo la necesidad de cumplir con la regla *Fumus boni iuris*, sino que se aclara, que esa apariencia se predica de la demanda y no de la medida, es decir, que no basta justificar la procedencia procesal de la cautela, sino que es preciso que ella se funde en una eventual sentencia favorable a las pretensiones.

En el derecho español, el artículo 23 de la LEA no hace mención sobre las medidas cautelares, más allá de señalar que se pueden decretar, a instancia de las partes, y de que les son aplicables las reglas sobre anulación y ejecución forzosa, razón por la cual es menester acudir al Título VI de la LEC sobre regulación de los presupuestos para su otorgamiento.

En efecto, el numeral 1º del artículo 727 señala que las medidas cautelares proceden para garantizar el cumplimiento de la sentencia, cuando esta se pudiere ver afectada “durante la

pendencia⁸²³ del proceso”. Luego, en forma específica, el artículo 728 aborda el peligro por la mora, la apariencia de buen derecho y la caución como presupuestos de las medidas cautelares.

Frente a la apariencia de buen derecho, el numeral 2º del artículo 728 precisa que, el solicitante de las medidas cautelares, juntamente con su solicitud, aportará los elementos con los que cuente para, en un juicio provisional e indiciario, que no constituye prejuzgamiento, llevar al juzgador a la idea de que le asiste razón en sus pretensiones.

3.1.5.2 *Periculum in mora.*

Un segundo presupuesto de las medidas cautelares es el *periculum in mora*. Según este presupuesto, la mora o la tardanza en el trámite del proceso, en la adopción de la decisión final, puede conllevar a una agravación del derecho o a la imposibilidad de su resarcimiento⁸²⁴, en otras palabras, ponen en riesgo la efectividad de la sentencia del proceso⁸²⁵.

El derecho humano al debido proceso, lleva ínsita la garantía del plazo razonable y de la ausencia de dilaciones injustificadas. Asimismo, el derecho de acceso a la administración de justicia, exige de una justicia pronta⁸²⁶. Sin embargo, la mora, además de indeseable, en no pocos casos es inevitable, debido a factores de carácter estructural que sobrepasan la voluntad y la capacidad del fallador judicial⁸²⁷. Como lo señaló el Tribunal Constitucional

⁸²³ Para la Real Academia Española de la Lengua, uno de los significados del término *pendencia* es, precisamente, “*Estado de un juicio que está pendiente de resolución*”.

⁸²⁴ CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, p. 157. Corte Constitucional de Colombia. SC-490, 2000.

⁸²⁵ ORTELLS RAMOS, M. CALDERÓN CUADRADO, M. P. *op. cit.*, p. 14.

⁸²⁶ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia. SC-334, 2012.

⁸²⁷ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia. ST-1249, 2004.

español, el perjuicio por la mora, no es una característica de las cautelas sino una parte esencial de ellas⁸²⁸.

Por ello, se reconoce la existencia de mora judicial justificada y de mora judicial injustificada. La primera, se presenta por factores legítimos como la garantía de las formas propias de cada juicio⁸²⁹; la mayor meditación por la complejidad que algunos casos exigen; el uso de recursos, a veces justificado y otras veces con una finalidad dilatoria por quienes intervienen en el proceso; la excesiva carga laboral; entre otros. La segunda, se presenta por la inactividad judicial, por el incumplimiento de los plazos legales para adoptar las decisiones y, a veces, por la excesiva diferencia de plazo para resolver un proceso comparado con el tiempo utilizado en otro de similar naturaleza⁸³⁰, lo que, indiscutiblemente, constituye mala conducta de parte del funcionario judicial⁸³¹.

Desde otra perspectiva teórica, se habla de dos clases de perjuicio por la mora, uno tradicional y uno amplio. En el sentido tradicional, el perjuicio por la mora es el riesgo de que durante el proceso se adelanten maniobras que luego imposibiliten o dificulten el cumplimiento de la sentencia. En el sentido amplio, no solo incluye la posibilidad de incumplimiento de la sentencia por una actuación del demandado, sino que también comprende la necesidad de una tutela judicial pronta, en razón a que, se pueda requerir, la protección de ciertas situaciones, que luego la sentencia legitime⁸³².

En el sistema jurídico colombiano, el artículo 32 del EANI, condiciona la potestad del árbitro para decretar medidas cautelares a “*la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho*”. La medida cautelar así decretada, no puede responder

⁸²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 238 del 17 de diciembre de 1992.

⁸²⁹ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia. ST-190, 1995.

⁸³⁰ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia. ST-1249, 2004.

⁸³¹ En este sentido, Corte Constitucional de Colombia. SC-572, 1992.

⁸³² IBÁÑEZ, J. L., *op. cit.*, p. 37.

al arbitrio del fallador, sino que la misma debe ser proporcional al riesgo existente, de modo que, si el árbitro percibe un peligro en la mora, la medida no puede ir más allá de conjurar dicho peligro.

En el arbitraje de Derecho administrativo, que se complementa con las reglas del CPACA, las medidas cautelares proceden, conforme al numeral 4º del artículo 231, cuando se esté ante el riesgo de un perjuicio irremediable y si existen elemento de juicio de los cuales se desprenda que, si no se otorga la medida, los efectos serán nugatorios.

Lo anterior quiere decir que, en los arbitrajes en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones públicas, por expresa remisión del artículo 32 del EANI al CPACA, la potestad del árbitro es limitada, en tanto no es suficiente “*la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho*”, riesgo propio de todo proceso sino que, además, se requiere de la evidencia del *periculum in mora*, manifestado en la posibilidad de causación de un perjuicio irremediable o de ineffectividad de la sentencia.

En el derecho español la situación no es muy diferente. Aunque el artículo 23 de la LEA no hace mención a las medidas cautelares, más allá de señalar que se pueden decretar a instancia de las partes y de que les son aplicables las reglas sobre anulación y ejecución forzosa, el Título VI de la LEC sí trae una regulación con relación a los presupuestos para su otorgamiento.

Desde el plano teórico, Mallandrich Miret señala que el *periculum in mora* se puede analizar desde la doble perspectiva del peligro y del daño. El primero, puede ser subjetivo y objetivo. Es subjetivo aquel que se vincula con la conducta del sujeto. Objetivo aquel que se deriva de la mera demora del proceso.

En todo caso, el peligro hace referencia a todas aquellas circunstancias que puedan poner en riesgo la eficacia del proceso. Por su parte, el daño, implica la ineficacia de la decisión y puede ser futuro si aún no se ha concretado o actual si consiste en la agravación de uno ya existente⁸³³. O, como un señala un sector de

⁸³³ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, pp. 122-126.

la doctrina, no cualquier peligro configura el *periculum in mora*, sino únicamente aquel que puede impedir la efectividad de la sentencia⁸³⁴.

En este sentido, según Merino Merchán y Chillón Medina⁸³⁵, corresponde al solicitante de la cautela demostrar la existencia y la irreparabilidad del daño para que el árbitro pueda acceder a la cautela, en caso contrario, no será posible acceder a ella.

En efecto, el numeral 1º del artículo 727 señala que las medidas cautelares proceden para garantizar el cumplimiento de la sentencia, cuando esta se pudiere ver afectada “durante la pendencia del proceso”. Luego, en forma específica, el artículo 728 aborda el peligro por la mora, la apariencia de buen derecho y la caución como presupuestos de las medidas cautelares.

Frente al *periculum in mora*, el numeral 1º del artículo 728 condiciona las potestades del árbitro para el otorgamiento de la medida cautelar, en el mismo sentido del numeral 1º del artículo 726 y del numeral 11 del artículo 727, al riesgo que, debido a la pendencia -demora- del proceso, se generen situaciones que impidan o dificulten el cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria.

Como lo advierte Fernández-Ballesteros⁸³⁶, durante el tiempo que demora normalmente un proceso, el demandado de mala voluntad puede adelantar maniobras que dificulten o imposibiliten el cumplimiento de la sentencia. Es allí donde se activan las cautelas por *periculum in mora*.

Como causal excluyente de la medida, el inciso 2º del numeral 1º del artículo 728 señala la existencia de situaciones de hecho, en todo caso anteriores al proceso arbitral, consentidas por el solicitante durante un largo tiempo, de suerte que, salvo que

⁸³⁴ IBÁÑEZ, J. L., *op. cit.*, p. 36.

⁸³⁵ MERINO MERCHÁN; CHILLÓN MEDINA, *op. cit.*, p. 695.

⁸³⁶ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A., “Artículo 726”, en: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M.A.; RIFÁ SOLER, J.M.; VALLS GOMBAU, J.F., (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium editores, Barcelona, 2000.

exista una razón que justifique la actitud pasiva, el tribunal arbitral no puede decretar la cautela si no se presenta un *periculum in mora* o si se trata de una situación consentida.

No prevé la norma, sin embargo, lo que se ha de entender por “*situaciones de hecho consentidas*” ni por “*largo tiempo*”, de modo que, en presencia de conceptos jurídicos indeterminados, corresponderá al árbitro el análisis de las circunstancias particulares y, dentro de un cierto grado de discrecionalidad, disponer sobre la procedencia de la cautela⁸³⁷.

Aunque no hace mención expresa el artículo 728-1 a la agravación del derecho por la mora, que en el caso colombiano es una hipótesis para el otorgamiento de la cautela, lo cual es diferente a la dificultad para materializar la sentencia por la misma causa, lo cierto es que, uno y otro supuesto habilitan al árbitro para otorgar la medida cautelar.

La razón es doble: Por un lado, si la finalidad de la medida cautelar es la protección del derecho en discusión, no tendría sentido que no se otorgara una cautela si la única finalidad fuese la de mantener el *statu quo*, eventualmente vulnerado por la demora procesal. Así, por ejemplo, la cautela prevista en el artículo 727-2, relativa a “*mantener o mejorar la productividad*”; la prevista en el artículo 727-7, consistente en la orden de cesar una actividad, abstenerse de llevar a cabo una conducta y la prohibición de interrumpir o hacer cesar una conducta, son muestra de que son admisibles las medidas cautelares para evitar la mayor afectación al derecho. Por otro lado, si la mayor afectación del derecho puede llevar a la consolidación de un perjuicio irremediable, la cautela tendrá por finalidad mantener la situación dentro de los márgenes de lo razonable para garantizar el cumplimiento de la decisión.

Ya en el artículo 23 de la LEA, la situación puede ser un poco diferente. Según lo afirma Mallandrich Miret, salvo en lo relativo a la caución y a los requisitos para el decreto de medidas cautelares, se trata de un precepto abierto en el que se deja un

⁸³⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ MEJÍA, *op. cit.* p. 82.

amplio margen de discrecionalidad a las partes y a los árbitros para el decreto y práctica de medidas cautelares⁸³⁸.

Ello trae como consecuencia que, serán las partes, las instituciones arbitrales a través de sus reglamentos, y en su defecto los árbitros, los que prevean los mínimos que deben existir, en cuanto al peligro y al daño, para el decreto de medidas cautelares. Los peligros que dicha libertad entraña, en todo caso, se justifican en tanto permiten adecuar el proceso arbitral a la situación concreta⁸³⁹.

Los requisitos de apariencia de buen derecho y perjuicio por la mora, son concurrentes tanto en el Derecho colombiano como el español, de suerte que, en el arbitraje de Derecho administrativo, el árbitro está facultado para otorgar medidas cautelares, previa verificación de la existencia conjunta de estos dos requisitos, de allí la importancia de asumir un estudio sobre este elemento.

3.1.5.3 Caución.

Para la Real Academia Española de la Lengua, caución, desde un lenguaje jurídico, en una definición que para algunos⁸⁴⁰ puede ser insuficiente por el alcance que ésta tiene desde el punto de vista procesal, pero que constituye un valioso punto de partida, es la “*Garantía que presta una persona u otra en su lugar para asegurar el cumplimiento de una obligación actual o eventual*”.

En un sentido no muy diferente, se dice que las cauciones son una garantía de reparación de los perjuicios ocasionados, de suerte que, se convierten en un requisito para el otorgamiento de la

⁸³⁸ En el numeral 2 del artículo 23 de la LEA se señala que, “A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos”. Ello quiere decir que, frente a los demás aspectos relacionados, existe una independencia del proceso arbitral frente a la regulación judicial.

⁸³⁹ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, pp. 132-133.

⁸⁴⁰ LÓPEZ BLANCO, H.F., Código General del Proceso, Parte Gral, *op. cit.*, p. 1083.

cautela y se activan en la medida en que se produzca un daño con ella⁸⁴¹.

La caución tiene una doble finalidad, que si bien están íntimamente ligadas, desde un punto de vista cronológico se dan en momentos diferentes y que, en ocasiones, pueden no ser concurrentes: Por un lado, tiene una función preventiva. Por otro, una función resarcitoria⁸⁴².

Desde el punto de vista de la función preventiva, que opera *ex ante* a su práctica, la caución evita cualquier incumplimiento en el deber resarcitorio que le asiste a quien solicita la cautela, en el evento en que cause un daño antijurídico con la misma. Desde la perspectiva de la función resarcitoria, ella garantiza el pago de los perjuicios que se causen con la práctica de la cautela⁸⁴³.

Puede que, en ocasiones, la caución se quede en el ámbito de la prevención porque, quien pidió la cautela gana el pleito y ésta se limitó a anticipar el cumplimiento de la decisión o, a pesar de que no le asistió la razón en sus pretensiones, no se causó un perjuicio que deba ser resarcido. También puede suceder que, quien pidió la cautela pierda el litigio y deba responder por los daños causados con ocasión de la misma, evento en el cual se activará la segunda función de la caución.

En la doctrina y la legislación española, que no en la colombiana, y salvo excepciones como Barona Vilar⁸⁴⁴ quien afirma que la caución es presupuesto de la ejecución y no de la adopción de

⁸⁴¹ AZULA CAMACHO, J., *Manual de derecho procesal, Parte General*, Tomo II, Temis, Bogotá, 9ª ed., 2015, p. 419.

⁸⁴² LÓPEZ BLANCO, H.F., *Código General del Proceso, Parte General*, op. cit., p. 1083.

⁸⁴³ MALLANDRICH MIRET, N., *op. cit.*, p. 134.

⁸⁴⁴ BARONA VILAR, S. “EL PROCESO CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL, UN PASO ESENCIAL EN LA TUTELA DE LOS CIUDADANOS”, en: *Revista boliviana de derecho*, N° 19, enero 2015, pp. 16-69, p. 26.

medidas cautelares, se diferencia entre la oferta y la constitución de la caución⁸⁴⁵.

El ofrecimiento de la caución, surge en virtud de lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 723 de la LEC, el cual dispone que, al momento de solicitar la medida cautelar, “*habrá de ofrecerse prestación de caución*”. Por su parte, la constitución se hará una vez el tribunal decida sobre la misma y, en todo caso, según lo prevé el artículo 737 ib., antes del cumplimiento de la medida cautelar adoptada.

Las cauciones tienen carácter taxativo y se rigen por el principio de la pertinencia. Así, además de que solo se pueden decretar las que se encuentren previstas en el ordenamiento jurídico, debe existir una relación de medio a fin entre la cautela que se exige y el perjuicio que se pretende evitar o proteger.

En el caso colombiano, el artículo 32 del EANI remite al CPACA, de manera general, para lo atinente al decreto, práctica y levantamiento de medidas cautelares en el caso de arbitrajes que involucren a una entidad pública o a un particular en ejercicio de funciones públicas lo que incluye, sin duda alguna, la imposición de cauciones, tanto para decretar como para levantar la medida cautelar.

La caución tiene la doble finalidad de garantizar el cumplimiento de la sentencia e indemnizar los perjuicios que se hayan causado. Por ello, el inciso 5° del artículo 32 señala que, no procederá la caución en dos hipótesis: Primero, cuando se trata de medidas no relacionadas con pretensiones pecuniarias y, segundo, cuando con ellas se procure asegurar materialmente el fallo. En el evento de cautelas relacionadas con pretensiones pecuniarias, se prevé que, aquel contra quien se dirige, puede impedir su práctica o pedir su levantamiento mediante caución.

A estas hipótesis de improcedencia de la caución, se agrega una tercera en el inciso 2° del artículo 235 del CPACA. Según este, no procede caución cuando el juez, en este caso el árbitro, en

⁸⁴⁵ RODRÍGUEZ MEJÍA, *op. cit.* p. 83.

cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, revoque o modifique la cautela si se advierte (i) que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento, (ii) estos ya no se presentan, (iii) fueron superados o (iv) es necesario variarla para hacerla efectiva.

En el momento de decretar la cautela, el árbitro tiene la competencia para fijar la caución en un veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda o en un monto superior, si lo considera pertinente. Luego de prestada la caución, de oficio o a petición de parte, el árbitro está habilitado para aumentar o disminuir su monto si existen razones para ello.

Según el inciso 6° del artículo 32 del EANI, para que se decrete una medida cautelar innominada, el demandante debe prestar caución. De una primera lectura aislada de este artículo, pareciera que la caución procede únicamente en el caso de cautelas innominadas y no en aquellas especialmente regladas.

Sin embargo, tal conclusión parte de la no muy técnica redacción de la norma, que agregó el adjetivo *innominada* como condicionante de la procedencia de la caución. Muy por el contrario, cuando el inciso 1° del artículo 32 del EANI remite al CPACA para el decreto, práctica y levantamiento de la medida cautelar, integra, por reenvío de primer grado, las pautas relativas al otorgamiento de la caución.

Una vez examinadas las reglas de los artículos 232 y 235 del CPACA, que no limitan la caución a las cautelas innominadas, se concluye, a partir del principio según el cual, donde no distinguió el Legislador no lo puede hacer el intérprete, que la caución procede tanto para cautelas nominadas como innominadas.

Según el inciso 5° del artículo 32 del EANI, el afectado con la cautela se puede oponer a su práctica o pedir su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución. En el mismo sentido, el artículo 235 del CPACA señala que se puede pedir el levantamiento de la medida cautelar si se presta caución a satisfacción del juez, en este caso, del árbitro.

Para ello, la caución, que está dirigida a responder por los daños que se causen con su práctica, debe ser acorde con la cautela

decretada y ser suficiente para una eventual reparación. En tal caso, si la caución cumple las condiciones de pertinencia y suficiencia, el árbitro está en la obligación de levantar la cautela.

Aunque nada dice el artículo sobre el monto, son aplicables las pautas del inciso 5° del artículo 32 del EANI, en el sentido de que corresponde al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda o en un monto superior, si el árbitro lo considera pertinente.

Esta regulación se complementa con lo dicho en el artículo 232 del CPACA, que autoriza al juez, por remisión al árbitro, para determinar la modalidad, cuantía, condiciones de la caución y para ofrecer alternativas al solicitante. Agrega el artículo la improcedencia de la caución cuando la cautela consista en la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo y cuando quien la solicite sea una entidad pública. Se agregan otras dos hipótesis de improcedencia de la caución pero se trata de asuntos que no se pueden ventilar ante tribunales de arbitramento⁸⁴⁶.

No existe en el sistema jurídico colombiano, a diferencia del español, el ofrecimiento de la caución. Nada le impide, en todo caso, al solicitante de la cautela, ofrecer caución. Sin embargo, ello no tiene repercusión alguna toda vez que la decisión sobre la caución es competencia del árbitro si están dadas las condiciones para ello.

En la hipótesis de improcedencia de la caución cuando la cautela consista en la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo sucede algo muy particular. Si bien, el arbitraje puede tener como pretensión la nulidad de un acto administrativo y el restablecimiento del derecho afectado con éste, caso en el cual habrá una pretensión pecuniaria complementaria con la

⁸⁴⁶ Las otras dos hipótesis son las siguientes: “Artículo 232. Caución. (...). No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, **de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública**”. (Negrilla fuera de texto).

garantía del principio de legalidad, la caución no será procedente. La razón: no cumpliría su finalidad porque ella, en dicho caso, no es pertinente para garantizar el cumplimiento de la sentencia ni habría perjuicios que indemnizar. En otras palabras, no hay afectación a la Administración Pública que exija de la prestación de una caución.

Las modalidades de caución están previstas en el artículo 603 del CGP. Según este artículo, pueden ser reales, bancarias, pólizas, en dinero, títulos de deuda pública, certificados de depósito a término o títulos similares constituidos en instituciones financieras y, corresponderá al árbitro, evaluar la pertinencia y la seguridad que ofrezca cada una de estas modalidades en el caso concreto.

En síntesis, el árbitro, en litigios de Derecho administrativo, no está facultado para determinar la procedencia de la caución. Si está dentro de la hipótesis de la ley, por cumplir las condiciones de pertinencia y suficiencia, tiene la obligación de ordenarla. En lo que sí tiene un ámbito de discrecionalidad, es (i) en la posibilidad de ordenar que la caución se preste en un valor superior al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda al momento de decretar la medida, (ii) aumentar o disminuir su monto en el transcurso del proceso, (iii) determinar la modalidad y condiciones de la caución y (iv) para ofrecer alternativas al solicitante.

En el sistema español, el artículo 23 de la LEA, luego de señalar que, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros tienen la facultad para decretar medidas cautelares, agrega que ellos pueden exigir caución al solicitante, de suerte que, está dentro de las facultades del árbitro exigir o no la caución, a diferencia del caso colombiano donde, si está dentro de la hipótesis de la ley, tiene la obligación de ordenarla.

En este punto, se presenta una diferencia entre la LEC y la LEA. Así, el artículo 728-3 de la LEC prevé que, salvo disposición expresa en contrario, “*el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente*”, es decir, se prevé la obligación como

regla, de suerte que, el ofrecimiento de la caución es presupuesto de su adopción y su prestación lo es de su eficacia⁸⁴⁷.

Según Merino Merchán y Chillón Medina⁸⁴⁸, la antinomia que surge de lo previsto en el artículo 728 de la LEC donde se exige prestar caución para el otorgamiento de cautelas y el artículo 23-1 de la LEA que lo deja a la decisión de los árbitros, se resuelve por el principio de especialidad, aceptando que en este como en otros temas se siguieron los lineamientos del artículo 17 de la Ley Modelo y que es potestad del árbitro ordenar o no la caución.

Sobre esto hay que señalar que, en el artículo 23-1 de la LEA se prevé el carácter dispositivo de la caución cuando dice que, “*Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante*”. Más allá de tal autorización, no se establecen las características de la caución.

Sin embargo, lo que no señala expresamente la norma es si ese elemento dispositivo, se predica únicamente de los árbitros o si pueden las partes, de común acuerdo, prescindir del pago de la caución para el decreto y práctica de medidas cautelares.

Frente a esto, Mallandrich Miret plantea las siguientes conclusiones: (i) está excluida la posibilidad de que las partes priven al árbitro de la posibilidad de exigir caución, en tanto ello es contrario al principio de tutela judicial efectiva, prevista en el artículo 24 de CE. (ii) es posible que el demandado renuncie, en favor de quien la solicita, a la prestación de la caución. (iii) el árbitro puede decretar o no la caución, no en forma arbitraria, sino en consonancia con el peligro que represente la medida cautelar. (iv) La LEA no prevé el procedimiento de decreto y práctica de la caución, de suerte que, corresponde a las partes, al reglamento del centro de arbitraje y, en su defecto, a los árbitros regular dicha situación. en todo caso, aunque admitido, será difícil que sean las partes precisamente, quienes lleguen a un acuerdo sobre este punto, de suerte que, por lo general, será el reglamento arbitral o los árbitros quienes establezcan dichas reglas. (vi) Finalmente,

⁸⁴⁷ MALLANDRICH MIRET, N., op. cit., p. 137.

⁸⁴⁸ MERINO MERCHÁN; CHILLÓN MEDINA, op. cit., p. 695.

frente a la forma de constituir la caución, ni la LEA trae una previsión al respecto, ni se puede recurrir a la LEC, de suerte que, igual que con la conclusión anterior, será el reglamento arbitral y en su defecto los árbitros quienes determinen las formas en que se puede constituir la caución⁸⁴⁹.

A diferencia del sistema colombiano, en el que solo proceden medidas cautelares durante el proceso arbitral y con el objeto de garantizar el cumplimiento del laudo, en el caso español proceden, además, medidas *ante causam*⁸⁵⁰ y *post causam*, esto último limitado a la hipótesis en que el demandado es absuelto y el recurrente solicita su continuidad o la adopción de una nueva medida, hasta tanto se resuelva el recurso de anulación contra el laudo, según lo señala el artículo 744 de la LEC.

Salvo la mención hecha por el artículo 45 de la LEA en el caso de que el demandado se oponga a la ejecución del laudo, las reglas de la caución en el arbitraje en derecho administrativo español son las previstas en la LEC.

La caución puede surgir del ofrecimiento que de esta haga la parte que solicita la cautela, conforme lo señala el numeral 3º del artículo 723 de la LEC, el cual dispone que, al momento de solicitar la medida cautelar, “*habrá de ofrecerse prestación de caución*” o, de oficio por el tribunal arbitral, en virtud de lo dispuesto en el artículo 737 ib., el cual dispone que, antes del cumplimiento de la medida cautelar adoptada, el tribunal decidirá sobre la idoneidad y suficiencia de la caución, en concordancia con el artículo 738 id., que dispone el cumplimiento de oficio de la cautela una vez se preste y apruebe la caución.

En el evento en que la parte afectada con la cautela formule oposición, si el tribunal la considera fundada la puede sustituir, a petición de parte, con el otorgamiento de una caución, en los términos del artículo 740 de la LEC.

La caución sustitutoria de la medida cautelar está reglada por los artículos 746 y 747 de la LEC. Conforme a estos, la caución

⁸⁴⁹ MALLANDRICH MIRET, N., op. cit., pp. 139 y s.s..

⁸⁵⁰ Artículos 722, 724, 725 y 730-3 de la LEC.

sustitutoria procede durante el trámite de oposición y en cualquier estado del proceso. Para su otorgamiento, se siguen las mismas reglas previstas en el artículo 734 para el decreto de cautelas.

Para acceder a la petición de caución sustitutoria, el tribunal debe examinar el fundamento de la solicitud presentada por el convocante, la naturaleza y el contenido de la pretensión. De parte del afectado con la cautela y quien solicita la sustitución, se evalúa a la apariencia de buen derecho de su oposición y la posible afectación desproporcionada a su actividad económica o patrimonial. En todo caso, es potestad del tribunal aceptar o rechazar la oferta de caución, mediante decisión contra la que no cabe recurso alguno.

Siguiendo los lineamientos del artículo 529 de la LEC, relativo a la sustanciación de la oposición a la ejecución provisional o a actuaciones ejecutivas concretas, al que se llega por el reenvío hecho en el artículo 747-3 *ib.*, la caución puede consistir en (i) *dinero efectivo*, (ii) *aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca* y, en últimas, (iii) *por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.*

Finalmente, conforme al artículo 45 de la LEA, cuando el ejecutado se oponga a la materialización del laudo, puede ofrecer caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que se pudieren derivar de la demora en su ejecución. Una vez escuchado al solicitante, el tribunal decidirá mediante decisión contra la que no cabe recurso alguno.

Conforme a lo anterior, en el arbitraje en el caso español, el árbitro está facultado para ordenar la prestación de una caución como mecanismo de sustitución de medida cautelar. Asimismo, está facultado para suspender la ejecución del laudo mediante la prestación de una caución cuando esté pendiente resolver el recurso de anulación contra éste. En todos los casos, está habilitado para escoger el tipo de caución.

3.1.6 Principios a que se somete la práctica de medidas cautelares.

Siguiendo la posición de Dworkin⁸⁵¹ y de Alexy⁸⁵², los principios son mandatos de optimización, esto es, normas de textura abierta que instituyen obligaciones que se cumplen en la medida de lo posible, contrario a las reglas que suponen supuestos de todo o nada.

Los principios tienen, como normas jurídicas, tres funciones: creativa, interpretativa e integrativa. La función creativa, hace que los principios sean fuente de inspiración para la creación de otras normas. La función interpretativa asigna a los principios la función de servir como criterio para desentrañar el sentido y alcance de otras normas. Finalmente, la función integrativa sirve para llenar lagunas en ausencia de regla expresa⁸⁵³. Como la primera está dirigida al Legislador, ordinario o extraordinario, las otras dos quedan en cabeza de los jueces y, para el caso, de los árbitros.

En el caso colombiano, conforme al artículo 1° del EANI, el arbitraje en derecho administrativo en general y, las medidas cautelares en particular, se rigen por los principios de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

Además de estos principios de rango legal, el artículo 230 de la Constitución Política de 1991, contenido de la regulación de las fuentes del derecho, precisa que, los jueces, para el caso los árbitros, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, valga la aclaración, desde el concepto dualista alemán de la ley, esto es, ley en sentido formal y ley en sentido material⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 72.

⁸⁵² ALEXY, op. cit.

⁸⁵³ VALENCIA RESTREPO, H., *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, Temis, Bogotá, 2ª ed., 1999.

⁸⁵⁴ DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000.

Agrega la norma que, como criterio auxiliar de la actividad judicial, auxiliar no en el sentido de que sea discrecional, pues ante todo es una fuente del derecho, sino de subsidiario en ausencia de ley⁸⁵⁵, o complementario de su interpretación, están los principios generales del derecho.

Según la Corte Constitucional⁸⁵⁶, cuando el artículo 230 habla de principios generales del derecho, como ya se había hecho mención a que la ley es fuente obligatoria, se refiere a “*principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución*”, es decir, principios extrasistemáticos.

En conclusión, además de los referidos principios de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción, el árbitro se sujeta a los principios previstos en la Constitución Política y a aquellos principios que no siendo parte del sistema resulten aplicables, en virtud del reenvío que se hace desde el artículo 230 que contiene la regulación constitucional de las fuentes del derecho, siendo el contenido de los mismos una habilitación pero también una limitación en la competencia de los árbitros.

En el caso español, en los términos del artículo 24 de la LEA, aplican los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Siguiendo lo dicho en el artículo 117-1 de la CE, los jueces, para el caso los árbitros, que no son jueces sino un “equivalente”, están sometidos al imperio de la ley, de suerte que, además de los principios previstos en la LEA se aplicarán, en lo pertinente, los principios previstos en la LEC. Se reitera, el contenido de los principios, conforme lo señala el intérprete autorizado de cada norma en la que se encuentren insertos, determina una habilitación y una limitación a la competencia de los árbitros.

⁸⁵⁵ BERNAL PULIDO, C., *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 201.

⁸⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia. SC-083, 1995.

3.1.7 La competencia arbitral para el decreto y práctica de medidas cautelares.

Una distinción resulta pertinente cuando se aborda la competencia para el decreto y la práctica de medidas cautelares en el arbitraje en general, y en el arbitraje en derecho administrativo en particular y que, según se verá, puede variar entre el sistema jurídico colombiano y español.

Se trata de la distinción entre el plano declarativo y ejecutivo de las medidas cautelares. Así, una cosa es ordenar la cautela y otra muy diferente es ejecutarla. Son competencias diferentes que se presentan en diferentes momentos, con un procedimiento diferente, con unos controles diferentes y con unos alcances diferentes. Precisamente, partiendo de esta distinción, es que el análisis comparado que se hace a continuación se divide en dos. Por un lado, la competencia para el decreto, por otro, la competencia para la práctica de la medida cautelar.

3.1.7.1 La competencia arbitral para el decreto de medidas cautelares.

Referirse a la potestad del árbitro para decretar medidas cautelares en procesos donde es parte una entidad estatal o un particular en ejercicio de funciones públicas, es centrarse en los alcances procesales del arbitraje en derecho administrativo. Esta cuestión, sin duda alguna, remite a dos fundamentos normativos: primero, al sistema jurídico, segundo, al contrato de arbitraje.

Si bien, el arbitraje se rige por el principio dispositivo, también lo es que cada sistema jurídico determina los derechos de las partes y las facultades de los jueces, en este caso, de los árbitros, de modo que no pueden aquellas ni estas contrariar lo dicho en las normas que rigen la materia, sobre todo porque la competencia en materia jurisdiccional es de orden público y, en consecuencia, por fuera del poder dispositivo de las partes.

En términos generales, la competencia de los árbitros para decretar medidas cautelares no es incompatible con sus funciones

jurisdiccionales ni con la naturaleza del contrato de arbitraje⁸⁵⁷. Quizá, lo que se pretenda es una suerte de complementariedad entre el sistema jurídico que regula el arbitraje y el contrato que lo cristaliza de suerte que, respetando unos lineamientos legales básicos, sea el contrato el que determine lo que le está permitido a los árbitros.

En materia de medidas cautelares, existe una serie de normas internacionales que han servido de pauta para la regulación en los sistemas internos de diversos temas relacionados con el arbitraje, entre ello lo relativo a las medidas cautelares. Asimismo, algunas legislaciones europeas, como la española, por ejemplo, dan cuenta de un significativo avance.

Así, por ejemplo, en materia de medidas cautelares, el artículo 261-1 del Reglamento UNCITRAL señala que, “*El tribunal arbitral podrá, a instancia de una de las partes, otorgar medidas cautelares*”. Por su parte, el artículo 17-1 de la Ley Modelo señala que, “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares*”.

Estos dos referentes, son evidencia del carácter dispositivo de las medidas cautelares, que proceden únicamente a solicitud de las partes involucradas, las que pueden dejar abierta la posibilidad para su otorgamiento por el árbitro o cerrar esta posibilidad desde el contrato mismo de arbitraje.

En el caso colombiano, conforme lo señala el inciso 1º del artículo 32 del EANI, en el arbitraje de Derecho administrativo, los árbitros están facultados para decretar, a petición de cualquiera de las partes, tanto demandante como demandado⁸⁵⁸, las medidas cautelares que procederían de tramitarse el proceso ante la justicia contencioso-administrativa y que están previstas en el CPACA. También están facultados para decretar, de oficio, cualquier otra medida, si ella fuere necesaria para (i) proteger el derecho objeto del litigio, (ii) impedir su infracción, (iii) evitar las

⁸⁵⁷ GAMBOA MORALES, *op. cit.*, p. 592.

⁸⁵⁸ GIL ECHEVERRY, *op. cit.* p. 663.

consecuencias derivadas de ésta, (iv) prevenir daños, (v) cesar los que se estuvieren causando y (vi) asegurar la efectividad de la pretensión.

No hace la norma precisión en torno a si la facultad de los árbitros para ordenar “*cualquier otra medida cautelar*”, se refiere a la posibilidad de ordenar las innominadas, inclusive si las partes no hicieron solicitud de medidas cautelares, o si alude a la posibilidad de que el árbitro decrete cualquier medida, nominada o innominada, a condición de que alguna de las partes haya hecho solicitud en dicho sentido. De una interpretación sistemática y, partiendo del principio hermenéutico del efecto útil, se deduce lo siguiente.

Primero, de una interpretación sistemática entre el inciso primero del artículo 32 del EANI, el cual señala que, el decreto, práctica y levantamiento de las medidas cautelares se registrará conforme las reglas del CPACA y, según lo prevé el artículo 229, en los procesos declarativos, las medidas cautelares proceden a petición de parte, no queda otra conclusión sino que, en los procesos arbitrales en los que es parte una entidad estatal o un particular en ejercicio de funciones públicas, que son declarativos, el árbitro no está facultado, en principio, para decretar medidas cautelares de oficio.

Segundo, conforme al principio hermenéutico del efecto útil, si una disposición tiene dos interpretaciones, una en la que produce efectos y otra en la que no, se habrá de preferir aquella en la que produzca efectos en el entendido que el Legislador no hace normas inútiles. Así, cuando el inciso primero del artículo 32 del EANI, que regula el decreto de medidas cautelares, precisa que ellas proceden “*a petición de parte*” y luego, en el inciso segundo *ibidem*, señala que, “*el tribunal podrá decretar cualquier otra*”, no queda duda que el árbitro tiene la potestad para su decreto⁸⁵⁹. Una interpretación en sentido contrario, dejaría sin efecto la anterior norma.

⁸⁵⁹ En un sentido opuesto, GIL ECHEVERRY, op. cit. p. 663.

Sobre la potestad del árbitro para decretar medidas cautelares, recogiendo la posición de López Blanco⁸⁶⁰, quien hizo parte de la comisión revisora del proyecto de proceso arbitral, cuando una de las partes solicita medida cautelar, abre las puertas para que el árbitro decrete, de oficio, cualquiera otra, nominada o innominada, si ella fuere necesaria para (i) proteger el derecho objeto del litigio, (ii) impedir su infracción, (iii) evitar las consecuencias derivadas de ésta, (iv) prevenir daños, (v) cesar los que se estuvieren causando y (vi) asegurar la efectividad de la pretensión⁸⁶¹.

La facultad para el decreto de medidas cautelares de oficio no se limita a las medidas innominadas, como en algún momento lo afirmó el mismo López Blanco, cuando dijo que “*debe ser erradicada la idea referente a que se puede decretar de oficio medidas de cautela*”⁸⁶², en razón a que el inciso 1° del artículo 32 del EANI señala que en el arbitraje en derecho administrativo, se ordenarán las medidas cautelares previstas en el CPACA y, conforme al artículo 230 de esta última disposición, en el proceso contencioso administrativo están previstas medidas nominadas e innominadas, de suerte que, una y otra ya están comprendidas dentro del abanico de medidas que proceden.

En este sentido, la frase “cualquier otra”, hace referencia a cualquier otra fuera de las pedidas y no a cualquier otra fuera de las previstas en el CPACA, porque en el artículo están contenidas las nominadas y las innominadas, es decir, existe una competencia abierta para determinar el contenido de la medida cautelar a decretar y practicar.

⁸⁶⁰ LÓPEZ BLANCO, H. F., “Las medidas cautelares en el proceso arbitral nacional”, en: *Estatuto Arbitral Colombiano, Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Bogotá: Comité Colombiano de Arbitraje – Legis, 2013, p. 228.

⁸⁶¹ En un sentido diferente, Becerra Toro, aunque reconoce las dificultades hermenéuticas de su postura, señala que los árbitros están facultados para decretar, de oficio, medidas cautelares cuando ello sea necesario para impedir la mayor afectación al derecho, en los términos del inciso 2° del artículo 32 del EANI y para recaudar medios probatorios. Cf. BECERRA TORO, *op. cit.*, p. 526.

⁸⁶² LÓPEZ BLANCO, “Glosas a ciertas normas del arbitraje nacional, Ley 1563 de julio 12 de 2012”, *op. cit.*, p. 270.

Adicional a la competencia del árbitro para decretar, de oficio, cualquier medida, nominada e innominada a condición de que las partes hayan hecho solicitud en tal sentido, caso en el cual se activa su competencia para decretar medidas de oficio, también puede sustituirlas, modificarlas o cesarlas.

La sustitución la puede ordenar desde la solicitud o en el transcurso del proceso, y la modificación o cesación durante el desarrollo del proceso, atendiendo a lo que López Blanco⁸⁶³ califica como una valiosa herramienta para evitar abusos en el ejercicio del derecho al litigio.

Cuando se trate de medidas cautelares innominadas, el inciso 6º del artículo 32 del EANI exige la prestación de caución, en un monto equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios que se deriven de su práctica.

Si bien, el artículo 32 del EANI, señala que le corresponde al *demandante* el pago de la caución, se acoge la posición de López Blanco⁸⁶⁴ para quien, si ésta tiene como finalidad reparar los perjuicios que se cause con la cautela, esta obligación es para quien solicite la medida, sin importar el extremo procesal en el que se encuentre.

Frente a la caución, también está facultado el tribunal para, desde el momento de su decreto, fijar una caución en un monto superior y para, en el desarrollo del proceso, aumentar, o disminuir su monto e, incluso, para prescindir de ella⁸⁶⁵. Nuevamente, conforme al principio hermenéutico del efecto útil, no le es permitido fijar una caución, a la parte que pide la cautela, demandante o demandado, en un monto inferior al veinte por ciento (20%) al momento de decretar la medida, pues la facultad

⁸⁶³ LÓPEZ BLANCO, “Glosas a ciertas normas del arbitraje nacional, Ley 1563 de julio 12 de 2012”, *op. cit.*, p. 269.

⁸⁶⁴ LÓPEZ BLANCO, “Glosas a ciertas normas del arbitraje nacional, Ley 1563 de julio 12 de 2012”, *op. cit.*, p. 269.

⁸⁶⁵ LÓPEZ BLANCO, H. F., “Las medidas cautelares en el proceso arbitral nacional”, *op. cit.*, p. 233.

de ordenar una caución en un monto diferente se reserva, según lo precisa el aparte final del inciso 6º, a la posibilidad de fijar un monto superior⁸⁶⁶.

En el caso español, a diferencia del colombiano, el Legislador dispuso la concurrencia de las autoridades judiciales y de los tribunales arbitrales en el decreto de medidas cautelares y, se podría decir, la competencia arbitral para el decreto de cautelas es más bien reciente pues data de la LEA.

Así, en un primer momento, el artículo 50 de la Ley 36 de 1988, anterior Ley de Arbitraje en España, en punto de las medidas cautelares, señalaba que éstas procedían una vez se había proferido el laudo, y siempre y cuando hubiere sido recurrido, mediante solicitud dirigida al juez de primera instancia que fuera competente para su ejecución, con la finalidad de asegurar su plena efectividad una vez adquiriera firmeza. Las medidas cautelares así decretadas mantenían vigencia hasta tanto se resolviera el recurso de anulación.

Desde esta normativa, eran dos las características de las medidas cautelares en el arbitraje: primero, procedían para garantizar el contenido del laudo una vez había sido proferido, no siendo posible medidas *ante causam* ni durante el proceso arbitral. Segundo, la competencia para el otorgamiento de las cautelas recaía en la autoridad judicial y no en los árbitros, a pesar que, como lo reconocía Barona Vilar, existía un reconocimiento del arbitraje como equivalente jurisdiccional y, en el peor de los escenarios, como un cauce de tutela heterocompositiva igual que el proceso judicial⁸⁶⁷.

Luego, con la LEC, se amplió la participación de los jueces para la práctica de medidas cautelares en el arbitraje. Así, se

⁸⁶⁶ LÓPEZ BLANCO, H. F., “Las medidas cautelares en el proceso arbitral nacional”, *op. cit.*, p. 233.

⁸⁶⁷ BARONA VILAR, S., “Comentario al artículo 23”, en: BARONA VILAR, S., (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, Thomson Civitas, Madrid, 2011, p. 1051.

incluyeron las cautelas *ante causam*⁸⁶⁸, durante el proceso arbitral⁸⁶⁹ y las medidas *post causam*, previstas inicialmente en el artículo 50 de la Ley 36 de 1988, ahora reguladas en el artículo 744 de la LEC.

No se previó en la LEC una participación de los árbitros en el decreto de cautelas. Quizá, como lo apunta Rodríguez Mejía⁸⁷⁰, porque el objeto de esta norma era la tutela judicial estatal y no la justicia arbitral. Sin embargo, hubo quienes⁸⁷¹ criticaron la ausencia de reconocimiento de la competencia de los árbitros para el decreto de cautelas a pesar, diríamos nosotros, de ser aceptados como equivalente jurisdiccional.

Finalmente, con la entrada en vigencia de la Ley 60 de 2003, y por la fuerte influencia que sobre esta ejerció la Ley Modelo⁸⁷², se reconoció a los árbitros la competencia para que, salvo acuerdo en contrario de las partes, adoptaran las medidas necesarias para garantizar el objeto del litigio⁸⁷³.

Fue así como en el artículo 23-1 de la LEA se dijo que, “Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen

⁸⁶⁸ Artículos 722, 724 y 730-3.

⁸⁶⁹ Artículo 730-4

⁸⁷⁰ RODRÍGUEZ MEJÍA., *op. cit.* p. 102.

⁸⁷¹ NAVARRO PALACIOS, M., “Medidas cautelares y arbitraje”, en: *La nueva ley de enjuiciamiento civil, XXII Jornadas de Estudio, 20, 21 y 22 de septiembre*, Ministerio de Justicia, Santander Central Hispano, Madrid, 2002, pp. 758-762.

⁸⁷² Señala el artículo 17 lo siguiente: “Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares. 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares”.

⁸⁷³ Señala el artículo 23 lo siguiente: “Artículo 23. Potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares. 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante”.

necesarias respecto del objeto del litigio”, para lo cual podrán exigir caución a quien las solicite.

En el numeral 2º de la norma en cita, se hizo un reenvío a la LEC, específicamente a las reglas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos, para complementar la regulación sobre cautelas en sede arbitral.

No se previó, sin embargo, la posibilidad de que los árbitros decretaran medidas *ante causam*. La justificación de ello, en opinión de autores como Barona Vilar, no era otra sino que, al no estar constituido el tribunal arbitral, era físicamente imposible que decretaran tales medidas⁸⁷⁴.

En todo caso, esta concurrencia de competencias judicial y arbitral para el decreto de cautelas, parte de una separación entre la vertiente declarativa y ejecutiva de modo que, los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes, son titulares únicamente de la primera, tal como lo precisó la exposición de motivos de la LEA.

3.1.7.2 La competencia arbitral para la práctica de medidas cautelares.

Separado el elemento declarativo del ejecutivo en las medidas cautelares, se llega prontamente a la conclusión que se trata de cuestiones, conceptual y normativamente diferentes, que reciben, en Colombia y España, distinto tratamiento y que prevén, en consecuencia, un alcance diferente al arbitraje de Derecho administrativo.

En el caso colombiano, hay dos posturas que, por supuesto, parten de una lectura diversa del inciso 1º del artículo 32 del EANI. Según una primera lectura del artículo, los árbitros están legalmente habilitados para ordenar y ejecutar, por sí o por intermedio de un juez, la medida cautelar. Según la segunda

⁸⁷⁴ BARONA VILAR, S., “Comentario al artículo 23”, en: BARONA VILAR, S., (coord.), Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011, op. cit. p. 1105.

postura, la competencia de los árbitros se limita a decretar la cautela y su ejecución corresponde, exclusivamente, a los jueces de la república.

La primera postura, se funda en un análisis literal del inciso 1° del artículo 32 del EANI. Según esta norma, “*El tribunal arbitral podrá comisionar*” la práctica de la medida en diversos funcionarios judiciales. De modo general, en los jueces civiles municipales y jueces civiles del circuito. En el caso de arbitrajes en derecho administrativo, además de los funcionarios referidos, puede comisionar a los jueces de lo contencioso administrativo, que tienen rango de circuito.

La razón por la que, incluso en arbitrajes en derecho administrativo se puede comisionar a jueces civiles, y no únicamente a los jueces de lo contencioso administrativo, que sería el juez natural de la Administración Pública, es porque no en todas las localidades de Colombia hay jueces de esta naturaleza.

El verbo *podrá*, que de conformidad con el DRAE, significa, entre otras cosas, tener la facultad para hacer algo, deja en evidencia que el árbitro puede comisionar la práctica de la cautela o ejecutarla el mismo, es una potestad que le otorga el sistema jurídico.

Esta lectura es consistente con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la naturaleza de la justicia arbitral. Así, según se dijo en la SC-294 de 1995, es la ley la que asigna las competencias en materia judicial, incluyendo la justicia arbitral. En consonancia con esta, dijo en la SC-431 de 1995 que, nada impide que los árbitros conozcan de asuntos que se ventilen por medio del proceso de ejecución. En consecuencia, si pueden conocer de este tipo de procesos, y si la facultad de ejecutar la medida cautelar está en la ley, no queda otra conclusión sino que, en el arbitraje en derecho administrativo colombiano, el árbitro puede ejecutar directamente o por medio de funcionario judicial la medida cautelar.

En este sentido, cuando la norma dice *podrá*, no hace referencia únicamente a la posibilidad de escoger al juez al que comisiona,

que ya es una potestad del árbitro, sino a la posibilidad de ejecutar directamente o por medio de funcionario la cautela ya decretada.

La segunda posición, defendida por autores como Rodríguez Mejía⁸⁷⁵, para quien esta postura resulta *extravagante*, parte de la influencia que el derecho europeo en general y español en particular ejerce en sus planteamientos.

Para defender su posición señala lo siguiente. Primero, que la cautela es de naturaleza similar al laudo y, si el árbitro no tiene, en el caso colombiano, potestad para la ejecución forzosa del laudo, tampoco la tiene para la ejecución forzosa de la cautela. Segundo, que si la ejecución forzosa de la cautela, implica en ocasiones el uso de la fuerza pública, admitir esta potestad en cabeza del árbitro es desconocer que ello es una competencia exclusiva de las instituciones públicas y trasladarla a particulares es desconocer que el monopolio de la fuerza es competencia exclusiva del Estado. Tercero, que la redacción del inciso 1° del artículo 32 del EANI no es concluyente de que se haya dotado a los árbitros de la competencia de ejecución forzosa de las cautelas, sino de la posibilidad de comisionar a uno u otros funcionarios judiciales.

Por supuesto, en el caso colombiano, los árbitros pueden ordenar y ejecutar la medida cautelar. Por razones de ubicación geográfica del tribunal arbitral, de celeridad, o de cualquier motivo que dificulte la ejecución directa de la cautela, puede comisionar a los jueces civiles municipales o de circuito. Si en la localidad donde se debe practicar la medida cautelar funciona un juzgado de lo contencioso administrativo, también lo puede comisionar pero, inclusive la escogencia entre un juez u otro es potestad del árbitro.

En el caso español, los árbitros, en general, y en litigios de Derecho administrativo, en particular, carecen de la potestad para ejecutar la medida cautelar. Como se señaló en el acápite anterior,

⁸⁷⁵ RODRÍGUEZ MEJÍA, *op. cit.* p. 351. En el mismo sentido, MONTAÑO BEDOYA, J. V., CARDONA GALEANO, P.P., *Arbitraje Nacional*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2017, p. 151.

en la expedición de la LEA, se hizo una distinción entre la vertiente declarativa y ejecutiva de la competencia cautelar.

Frente a la primera, existe una competencia alternativa y concurrente para el decreto de la cautela. En punto de la práctica de las medidas cautelares, la LEA, siguiendo los lineamientos del artículo 17H de la Ley Modelo, que señala que la ejecución de la cautela decretada por el tribunal arbitral, corresponderá al “tribunal competente”, excluyó a los árbitros de la potestad de ejecutar la medida cautelar por ellos decretada.

Desde la exposición de motivos de la LEA, el Legislador español precisó que “*los árbitros carecen de potestad ejecutiva*” frente a las medidas cautelares, de suerte que, al igual que para la ejecución del laudo, se debe recurrir a la autoridad judicial⁸⁷⁶.

En conclusión, a diferencia del arbitraje en el derecho administrativo colombiano, en el que los árbitros tienen la potestad para materializar directamente o por intermedio de los jueces civiles municipales, civiles del circuito y contencioso administrativo del circuito las medidas cautelares por ellos decretadas, en el caso español la ejecución de la medida cautelar corresponde, en todo caso, al juez que sería competente para conocer de la primera instancia⁸⁷⁷.

3.1.8 Procedimiento para la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares.

El procedimiento para la solicitud, decreto y práctica de las medidas cautelares, en el derecho colombiano, surge del análisis sistemático del artículo 32 del EANI, que, a su vez, desde el inciso primero hace un reenvío al CPACA para los arbitrajes en derecho administrativo, es decir, en los que se involucre una entidad pública o un particular que ejerza funciones públicas.

Respecto de la solicitud de medidas cautelares, como primer elemento de análisis, hay que señalar que en el artículo 32 del EANI no se hace referencia alguna al momento en el que se

⁸⁷⁶ En idéntico sentido, CORDÓN MORENO, *op. cit.* p. 184.

⁸⁷⁷ Artículo 723 de la LEC.

pueden solicitar medidas cautelares. Sin embargo, como se señaló cuando se habló de las medidas cautelares *ante causam*, estas no proceden en el derecho colombiano, de suerte que, conforme al artículo 233 del CPACA, la medida cautelar se puede solicitar desde la presentación de la demanda arbitral y en cualquier estado del proceso así:

Primero, cuando la solicitud de medida cautelar se presenta con la demanda, por auto separado, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, se correrá traslado al demandado por el término de cinco (5) días para que se pronuncie sobre ella, los cuales correrán en forma independiente al plazo de contestación de la demanda.

Segundo, si la solicitud de medida cautelar se presenta en el curso del proceso, al día siguiente a la presentación de la solicitud, según las reglas en el artículo 588 del CGP, al que se llega por el reenvío hecho por el inciso segundo del artículo 233 del CPACA, el árbitro dará traslado por el término de cinco (5) días para que el demandado se pronuncie.

Tercero, cuando la solicitud de cautela se formule en audiencia, de inmediato se correrá traslado y el árbitro podrá resolver en la misma diligencia, en virtud de los principios procesales de inmediación, contracción y celeridad.

En cualquiera de las tres hipótesis, el árbitro tiene la obligación de resolver sobre la solicitud de medida cautelar dentro de los diez (10) siguientes al vencimiento del término de traslado o de que haya terminado la audiencia en la que fue solicitada.

Contra el auto que ordena correr traslado de la solicitud y el que resuelve no procede recurso alguno. Si la medida cautelar es negada, sólo se podrá volver a solicitar cuando se presenten hechos sobrevinientes que generen las condiciones para su decreto.

Frente al segundo elemento de análisis, relativo al decreto de las medidas cautelares, se parte de una posible antinomia⁸⁷⁸. Así, el artículo 229 del CPACA, al que se llega por el reenvío hecho en el inciso primero del artículo 32 del EANI, señala que, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso, el juez, para el caso el árbitro, puede, mediante providencia motivada, decretar las medidas cautelares que considere necesarias para la protección y garantía del derecho.

Seguidamente, el artículo 233 del CPACA dice que, el juez, al admitir la demanda, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar en auto separado por el término de cinco (5) días. Agrega que, esta decisión, frente a la que no proceden recursos, se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda.

En principio, no habría manera de que se decrete la medida cautelar antes de que se notifique el auto admisorio de la demanda según lo prevé el artículo 229 si, en todo caso, está obligado a primero admitir la demanda para correr traslado de la solicitud de medida cautelar.

En realidad, la redacción del artículo es bastante imprecisa. La norma dice: *“Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos”*. Lo que no claro es si alude al auto por el cual se corre traslado de la solicitud, o a la decisión de fondo sobre la práctica de la medida cautelar.

Se asume que se trata del auto que resuelve la medida cautelar ya que, el auto que corre traslado de la solicitud, por ser un auto de mero trámite, no tendría recursos. Sin embargo, el numeral 9º del artículo 180 del CPACA, que regula el trámite de la primera audiencia dentro del juicio oral, llamada audiencia inicial, faculta al juez para resolver la solicitud de medidas cautelares, si aún no se hubiere resuelto sobre ellas.

⁸⁷⁸ Se dice antinomia en el sentido de antinomias reales, en las que existe una cláusula de exclusión, y no de antinomias aparentes, donde se está frente a una derogatoria tácita. VALLEJO, V.H, *op. cit.*, p. 54.

Ello quiere decir que, aunque el juez y, para el caso el árbitro, está facultado para resolver la solicitud de medida cautelar después de la admisión de la demanda arbitral y antes de su notificación, también puede postergar el decreto de la medida cautelar a la primera audiencia dentro del trámite arbitral.

En la práctica, entre la admisión de la demanda y su notificación suelen no pasar muchos días. Si, hay cinco (5) para descorrer el traslado de la solicitud y diez (10) días para resolver de fondo, puede suceder que, la notificación de la demanda sea anterior al cumplimiento del término, de traslado de la medida cautelar, por lo que la exigencia prevista en el inciso segundo del artículo 233 de que se notifiquen simultáneamente demanda y decisión de medida cautelar podría no operar en la práctica.

De la interpretación sistemática de estas dos disposiciones y, excluyendo cualquier posibilidad de antinomia, se desprende que el trámite al que se encuentra obligado el árbitro frente al decreto de las medidas cautelares, *a petición de parte*, es el siguiente: primero, debe admitir la demanda para correr traslado de la solicitud de medidas cautelares. Segundo, el traslado de la solicitud de medida cautelar, que es independiente al de la contestación de la demanda, se inicia antes de la notificación de su admisión. Tercero, la decisión sobre el decreto de la medida cautelar, puede ser antes o después de la notificación del auto admisorio. Si es antes, se notificará simultáneamente la decisión de la medida cautelar y la admisión de la demanda. Si es posterior, se notificará por auto separado.

En el caso de las medidas cautelares de oficio, nominadas e innominadas, el trámite es diferente. De estas, no está obligado el árbitro a correr traslado, por tratarse de una competencia judicial, basta con la notificación. La razón: si contra la decisión que resuelve el decreto de medidas cautelares no procede recurso alguno, y el traslado es el término durante el cual la parte inconforme con la decisión la recurre, no hay razón lógica para otorgar un término durante el cual no se puede ejercer acto procesal alguno.

En conclusión, en los arbitrajes en derecho administrativo en Colombia, frente a las medidas cautelares a petición de parte que

se presentan conjuntamente con la demanda, el árbitro está facultado para posponer la notificación del auto admisorio de hasta tanto tenga una decisión de fondo sobre la solicitud de medida cautelar y puede igualmente resolver la petición de medidas después de notificar la admisión de la demanda arbitral.

En el caso del derecho español, se deben diferenciar tres situaciones: cautelas *ante causam*, cautelas durante el proceso y cautelas luego del proceso o *post causam*. Cada una de estas situaciones tiene una regulación común y algún trámite que genera competencias diferentes, de modo que, para señalar el procedimiento para la solicitud, el decreto y la práctica de la cautela, la explicación se debe hacer en cada hipótesis por separado.

En el caso de las cautelas *ante causam*, y de conformidad con lo previsto en los artículos 11-3 y 722 de la LEC, quien acredite ser parte de un convenio arbitral, bien como actor principal o reconvenicional, puede solicitar, con anterioridad al inicio de las actuaciones arbitrales, esto es, en los términos del artículo 27 de la LEA, antes del requerimiento de someter el conflicto a arbitraje, la práctica de medidas cautelares.

Esta solicitud se hace, según lo prevé el artículo 723-1 de la LEC, ante el tribunal que sería competente para conocer del proceso en primera instancia. Esta regla de competencia se complementa por lo dicho en el artículo 724 *ib.*, donde se precisa que, estando pendiente un proceso arbitral o su formalización judicial, es competente para conocer de la solicitud de medidas cautelares, el tribunal del lugar donde se deba ejecutar el laudo o vayan a producir eficacia las cautelas.

Conforme los lineamientos del artículo 730-2 de la LEC, en las cautelas *ante causam*, quien las pide debe alegar y probar razones de urgencia o necesidad. Adicionalmente, conforme al numeral 3° *ib.*, si se acuerdan las cautelas, debe llevar a cabo dentro de los veinte días siguientes a su adopción las actuaciones necesarias a poner en marcha el proceso arbitral, so pena de que estas queden sin efecto.

Según lo prevé el artículo 732 de la LEC, norma que se aplica a la solicitud de cautelas sin importar el momento en que se soliciten, ésta debe cumplir los siguientes requisitos: primero, debe ser clara y precisar y acreditar los presupuestos de su procedencia. Segundo, aportar o solicitar la práctica de los medios de prueba pertinentes. Esta oportunidad es preclusiva. Tercero, ofrecer caución, especificando la modalidad. Finalmente, si se considera que existe una actividad ilícita de por medio, se debe pedir, sin traslado a la contraparte, la práctica de investigaciones o el requerimiento de informes para resolver la solicitud.

En el caso de las cautelas durante el proceso, la solicitud se puede presentar, de ordinario, junto con la demanda principal, tal y como lo establece de manera general el artículo 730-1 de la LEC para los litigios donde ellas son procedentes. Sin embargo, según se dijo al hablar de las cautelas *ante causam*, el proceso arbitral, conforme al artículo 27 de la LEA, salvo disposición expresa en contrario, inicia en la fecha en que el demandado recibe “*el requerimiento de someter la controversia a arbitraje*”.

De lo anterior surgen dos posibilidades: La primera, que la cautela se solicite junto con la demanda. La segunda, que se soliciten luego de que el demandado reciba “*el requerimiento de someter la controversia a arbitraje*”. Frente a estas posibilidades, es menester diferenciar entre la solicitud de cautela y el decreto de la cautela.

Así, la cautela se puede solicitar, junto con la demanda, como lo prevé el artículo 730-1 de la LEC, si quien la requiere es el demandante⁸⁷⁹. Si quien la requiere es el demandado, podrá pedirla con la presentación de la demanda de reconvencción que, siguiendo los lineamientos de los artículos 405 y 406 de la LEC, se da durante el traslado de la demanda, en concordancia con el artículo 721-1 *ib.*, que señala que, las medidas cautelares proceden, a instancia del actor principal o reconvenccional. En el

⁸⁷⁹ En un sentido opuesto, Rodríguez Mejía para quien, las cautelas se pueden solicitar desde el momento en que el demandado recibe el requerimiento. Cf. RODRÍGUEZ MEJÍA, *op. cit.*, p. 155.

evento de que la cautela no se pida en una de esas dos etapas, quedan tres hipótesis para solicitar medidas cautelares durante el proceso, así:

Primero, señala el artículo 730-4 de la LEC, que la adopción de cautelas procederá siempre y cuando se presenten “*hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos*”. Si se sigue lo dicho frente a las situaciones consentidas de que habla el artículo 728-1 *ib.*, se puede afirmar que, si la parte interesada no solicita la cautela con la presentación de la demanda principal o con la demanda de reconvencción, esta solo procederá ante “*hechos y circunstancias*” nuevas, salvo que, como en aquella hipótesis, se justifique la inactividad procesal.

Segundo, cuando las cautelas se pidieron en la oportunidad debida y fueron negadas. Según lo precisa el artículo 736-2 de la LEC, en aplicación de la regla *cessante ratione cessa ipsa lex*, cuando cambien las circunstancias que impidieron su decreto, habrá lugar a la reiteración de la solicitud.

Tercero, en el supuesto del artículo 731-1, cuando la cautela se levanta por la suspensión del proceso por más de seis meses, si ello es imputable a quien solicitó la cautela. En este caso, una vez se reinicie el proceso, la cautela se puede solicitar nuevamente.

Finalmente, en el caso de las cautelas *post causam*, conforme lo prevé el artículo 744-1, es posible solicitar la práctica de una cautela si, absuelto el demandado, se interpone el recurso, en este caso extraordinario de anulación del laudo arbitral. Como se exige que se haya interpuesto el recurso contra la decisión, se concluye que el término para la solicitud de la cautela es el mismo que se tiene para la interposición de éste.

Frente al decreto de las medidas cautelares en el arbitraje de Derecho administrativo español, también resulta pertinente el análisis por separado en cada una de las etapas en las que estas se pueden solicitar, con miras a precisar los alcances de la competencia arbitral.

En el caso de las cautelas *ante causam*, cuya solicitud se hace ante los tribunales que serían competentes para conocer de la primera instancia, la competencia para su decreto corresponde al tribunal ante quien se haga la solicitud de suerte que, no siendo

esta una competencia arbitral, no corresponde abordar aquí su estudio.

En el caso de las cautelas que se presentan durante el proceso arbitral, el artículo 23-1 de la LEA señala que, los árbitros, a instancia de parte, pueden decretar las cautelas necesarias respecto del objeto de litigio. Tan escasa regulación obliga, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23-2 *ib.*, a acudir a la LEC para su trámite.

Sin embargo, conforme lo señala el artículo 4º de la LEA, en el arbitraje institucional, las reglas pueden estar contenidas en el acuerdo de arbitraje y en el estatuto del centro de arbitraje, con las limitaciones establecidas en el artículo 24 de la LEC, relativa a los principios de igualdad, audiencia y contradicción⁸⁸⁰. Por ende, el decreto de cautelas se va a sujetar las reglas que provengan de estas tres fuentes normativas.

Al respecto, frente al procedimiento y alcance de las potestades jurisdiccionales del árbitro en esta materia, tanto en el arbitraje institucional como en el arbitraje ad-hoc, los árbitros tienen las siguientes pautas mínimas o limitaciones, que bien se puede aplicar directamente de la LEC si se remite a ella o del reglamento del centro de arbitraje en el arbitraje institucional o del acuerdo de arbitraje en el arbitraje ad-hoc.

Primero, el árbitro no puede decretar una medida más gravosa que la solicitada por la parte⁸⁸¹. Segundo, ellas deben cumplir las características propias de toda cautela⁸⁸². Tercero, con los requisitos de peligro por la mora y apariencia de buen derecho⁸⁸³. Cuarto, decretarlas previa audiencia del afectado con la cautela,

⁸⁸⁰ En este sentido, MERINO MERCHÁN; CHILLÓN MEDINA, *op. cit.*, p. 570.

⁸⁸¹ Artículo 721-2 de la LEC.

⁸⁸² Artículo 726 de la LEC.

⁸⁸³ Artículo 728 de la LEC.

salvo la hipótesis de la cautela de urgencia⁸⁸⁴. Quinto, precisar los elementos de la caución⁸⁸⁵.

Finalmente, frente a la ejecución de las cautelas, ello corresponde a las autoridades judiciales de modo que, siendo una competencia excluida de la jurisdicción arbitral, no corresponde adentrarse en su estudio.

3.1.9 Modificación de las medidas cautelares.

Las medidas cautelares gozan de las características de instrumentalidad, temporalidad, provisionalidad, variabilidad y proporcionalidad. De ellas, la variabilidad es el fundamento directo de la competencia arbitral para modificarlas durante el curso del proceso arbitral e, incluso, como en el caso español, después de proferido el laudo y mientras se tramita el recurso de anulación. No cabe duda, en este sentido, que la decisión sobre la medida cautelar, adoptada o negada, judicial o arbitralmente, se puede revisar si con posterioridad a la decisión se modifican las circunstancias, de hecho o de derecho, que motivaron la decisión⁸⁸⁶.

Conforme se dijo, la variabilidad, es la característica que les permite a los árbitros modificar o sustituir la medida si cambian las razones que dieron lugar a su decreto. Así, en tal sentido, en aplicación de la regla *cessante razione cessa ipsa lex*, cuando el árbitro se percate de que las condiciones normativas, fácticas y probatorias que dieron lugar a la cautela se modificaron sustancialmente, tiene el deber de modificarla. No se puede olvidar que la cautela es un instrumento de garantía del cumplimiento del laudo arbitral, de suerte que, atendiendo criterios de proporcionalidad, no se puede ir más allá ni ser menor a lo necesario para ello.

⁸⁸⁴ Artículos 733 y 734 de la LEC.

⁸⁸⁵ Artículos 734, 735 y 737 de la LEC.

⁸⁸⁶ AA.VV. Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, op. cit., p. 117.

3.1.10 Autoridad competente.

La modificación de la cautela corresponde, en el arbitraje de Derecho administrativo colombiano, al mismo tribunal arbitral que la acordó. Como no existe medidas *ante causam* que puedan ser decretadas por una autoridad judicial y, según se dijo la ejecución de la cautela corresponde al propio tribunal arbitral, no hay manera de que una autoridad judicial controle su contenido.

En el evento en que el tribunal decida pedir la cooperación de los jueces civiles municipales, jueces civiles del circuito o jueces de lo contencioso administrativo, en los términos del artículo 32 del EANI, la intervención de la autoridad judicial está limitada a la realización de la comisión, no siendo posible que intervenga para alterar su contenido.

En el caso español, la LEA no señala, expresamente, regulación alguna sobre la modificación de las medidas cautelares. Sin embargo, en virtud de la integración que se hace, a partir de un reenvío de segundo grado con la LEC, se puede afirmar que, en el arbitraje en derecho administrativo, por no tener ninguna vicisitud frente al arbitraje de derecho privado, se aplican las reglas previstas en los artículos 730-4, 736-2 y 743 de la LEC.

En primer lugar, señala el artículo 730-4 de la LEC que, con posterioridad a la presentación de la demanda, o cuando esté pendiente de solución un recurso, se podrá pedir la adopción -lo mismo vale que sea modificación- de medidas cautelares, siempre y cuando existan hechos y circunstancias que lo justifiquen en dicho momento.

En segundo lugar, y ya de manera más específica, el artículo 736-2 de la LEC precisa que, si la petición inicial o anterior de medidas cautelares fue denegada, se podrá presentar nueva solicitud, siempre y cuando hayan cambiado las situaciones de hecho con las cuales se adoptó la decisión.

En tercer lugar, el artículo 743 de la LEC, regulatorio del supuesto de posible modificación de medidas cautelares, señala que ellas se podrán modificar, siempre que se aleguen y prueban, hechos y circunstancias, que no se pudieron tener en cuenta al momento de concederlas o dentro del plazo para formular la

oposición. Esta solicitud se tramitará conforme a los artículos 734 y siguientes de la LEC.

Estas reglas, se aplican, en virtud de reenvío previsto en el artículo 44 de la LEA, a los arbitrajes en derecho privado en el derecho español. Como quiera que el arbitraje en el que es parte la Administración Pública, es decir, arbitraje en derecho administrativo, no presenta vicisitud alguna, se ha de concluir que se aplica igualmente a esta situación, a diferencia de lo que sucede en el sistema jurídico colombiano, donde existan ciertas reglas particulares para los arbitrajes donde la Administración Pública es parte.

3.1.11 Causales.

En el caso colombiano, el inciso 4° del artículo 32 del EANI, prevé que, de oficio o a petición de parte, el tribunal arbitral puede disponer la modificación o sustitución de la medida, así como el cese de la misma. Según la misma norma, al momento de ordenar la cautela, el tribunal tiene la competencia para determinar su duración, que podrá estar sujeta a un plazo, a una condición o simplemente estar llamada a durar lo mismo que el proceso arbitral.

Las causales que se precisan en la norma para modificar o sustituir la medida y que, en últimas, constituyen el límite a la competencia arbitral, son las siguientes: (i) el cambio de las circunstancias que dieron lugar a su decreto, (ii) la prestación de caución cuando ello fuere procedente y (iii) el descubrimiento de situaciones apócrifas.

Frente a la primera condición, conforme lo señala el inciso 3° del artículo 32 del EANI, para decretar la medida, además de la legitimación en la causa, se requiere de amenaza o vulneración al derecho. Conjuntamente con esto, el tribunal debe, en los términos del inciso siguiente, evaluar la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

En el mismo sentido, el inciso 2° del artículo 235 del CPACA precisa que, habrá lugar a la modificación de la cautela cuando se superen los hechos que dieron lugar a su decreto. También hay lugar a su modificación cuando ella sea necesario para

efectivizarla porque se determina que la cautela decretada es parcial o totalmente inútil al fin que se persigue, es decir, ineficaz.

En este sentido, si desaparece la amenaza o vulneración al derecho o si, por las circunstancias particulares, la medida no cumple con los tres criterios referidos -necesidad, efectividad y proporcionalidad -, el tribunal está en la obligación de modificar o sustituir la cautela, de oficio o a petición de parte.

Para el cumplimiento de este deber, el inciso 3º del artículo 235 del CPACA le impone a quien la pidió la cautela la carga de informar, dentro de los tres días siguientes a su ocurrencia, todo cambio sustancial en las circunstancias que dieron lugar a estas. El incumplimiento a este deber dará lugar a multas y a otros poderes correccionales propios de todo juez.

Respecto de la segunda condición, según lo señala el inciso 5º ib., si se trata de una pretensión pecuniaria, habrá lugar a la modificación o sustitución de la cautela, que será reemplazada, total o parcialmente por una caución que garantice el cumplimiento de una eventual sentencia favorable o la indemnización de perjuicios ante la imposibilidad de hacerlo. Si el reemplazo es parcial, se hablará de modificación o sustitución parcial. Si es total, se estará ante una revocación de la cautela.

Frente a la tercera, corresponde al propio tribunal determinar que las condiciones, fácticas, probatorias, jurídicas o de interpretación que dieron lugar a la cautela no se correspondían con la realidad.

Por fuera de estas tres hipótesis, no está habilitado el tribunal para modificar o sustituir la cautela de modo que se constituyen en un límite a su competencia en los arbitrajes en derecho administrativo.

En el caso español, las reglas previstas en el artículo 743 de la LEC para la modificación de las medidas cautelares, y que son aplicables al arbitraje, en virtud del reenvío hecho en el artículo 44 de la LEA a este estatuto, con la salvedad de que el arbitraje en derecho administrativo no presenta vicisitud alguna, es prácticamente una: *“alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta”*, exigencia

idéntica a la ya prevista en el artículo 736-2 para la reiteración, cuando exige que hayan cambiado “*las circunstancias existentes en el momento de la petición*”.

3.1.12 Procedimiento.

El procedimiento para modificar a sustituir la cautela en el arbitraje en derecho administrativo colombiano, viene precisado en diversas normas del CPACA, aplicable por analogía a los arbitrajes en lo que es parte una entidad estatal o un particular en ejercicio de funciones públicas.

Según el artículo 235, la modificación o sustitución de la cautela procede en cualquier estado del proceso, hasta antes de que sea dictado el laudo arbitral, por cuanto no está prevista la posibilidad de modificar o sustituir la cautela luego del laudo y mientras se tramita el recurso de anulación, posibilidad sí prevista en el derecho español.

La modificación o sustitución procede de oficio o a petición de parte debidamente motivada. Si ello se hace por el ofrecimiento de caución, es necesario que la misma haya sido aprobada previamente por el tribunal arbitral. Si la modificación o sustitución obedece a la superación de los hechos que dieron lugar a su decreto, o porque se descubre que es parcialmente o total ineficaz o porque sencillamente no estuvieron dadas las condiciones para ello, no será necesario prestar caución según lo señala el inciso 2º del artículo 235 del CPACA.

En el caso de la adopción de cautelas, el artículo 233 del CPACA ordena correr traslado al afectado con la misma para que se pronuncie sobre ella dentro de los cinco días siguientes si la solicitud se hizo con la demanda. Si se hizo en el curso del proceso, el traslado se surtirá conforme al artículo 110 del CGP, es decir, si se hace en audiencia se hará inmediatamente dando a las partes el uso de la palabra. Si se hace por fuera de audiencia, se hará por secretaría por el plazo de tres días, que correrán a partir del día siguiente en que se inserten en la correspondiente lista.

En el caso de la modificación o sustitución de la medida cautelar, el artículo 235 del CPACA tan solo señala que procederá de

oficio o a petición de parte, sin hacer referencia a si se debe correr traslado. A esto se suma que, conforme al artículo 236 del CPACA, frente a las decisiones de levantamiento, modificación o revocatoria de la cautela no procede recurso alguno. No señala la ley si el procedimiento de esta decisión exige o no poder previamente en conocimiento de aquel en favor de quien se ordenó la cautela de que se va a tomar tal decisión.

Se puede suponer entonces que, para no generar una distinción entre la modificación o sustitución que se hace por petición de parte, caso en el cual el traslado de la solicitud permitiría la contradicción y la defensa, y la que se hace de oficio, hipótesis que no daría lugar a la contienda, sencillamente esta es una decisión autónoma del tribunal arbitral en la que no se permite la participación de aquel en favor de quien se ordenó la cautela y contra la que no procede recurso alguno.

3.1.13 Alzamiento de las medidas cautelares.

El alzamiento o revocación es la situación en la que desaparece por completo la cautela. En atención a la característica de la instrumentalidad, las medidas cautelares no son un fin en sí mismo, sino una herramienta mediante la cual se garantiza el cumplimiento de la decisión definitiva. De este modo, cuando se presenta una carencia de objeto porque termina el proceso, estas pierden razón de ser y pierden su vigencia.

Según la doctrina española⁸⁸⁷, siguiendo los lineamientos de los artículos 744 y 745 de la LEC, el alzamiento procederá cuando triunfe el recurso o la oposición formulada por el demandado, en tanto se derrumba la causal de procedencia, y cuando el proceso finalice por ya no serle necesaria.

3.1.14 Autoridad competente.

El alzamiento de la cautela, en el caso colombiano, es competencia del tribunal arbitral que la ordenó. Como se dijo frente a la modificación y sustitución, no siendo procedente en el

⁸⁸⁷ AA.VV. Las medidas cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, op. cit., p. 117.

caso colombiano la intervención judicial sino como apoyo para la ejecución de estas, cuando así lo solicité el tribunal arbitral que, en todo caso, no está obligado a recurrir a esta colaboración, no existe posibilidad alguna que autoridad distinta al propio tribunal ordene su alzamiento.

En el caso español, el arbitraje en el derecho privado, y asimismo en el derecho administrativo que no cuenta con un régimen propio, se rige, para el alzamiento de las medidas cautelares, por las normas previstas en la LEC, de conformidad con el reenvío que se hace en el artículo 44 de la LEA. Sin embargo, hay dos situaciones que, igual pueden tener la misma consideración jurídica. Se habla específicamente de las medidas *ante causam* y las medidas adoptadas durante el proceso.

Tanto en las medidas cautelares *ante causam*, las que, conforme al artículo 722 de la LEC, pueden ser solicitadas con anterioridad al inicio del proceso por quien acredite ser parte de un convenio arbitral a efectuarse en España, o por quien haya pedido la formalización judicial del arbitraje en los términos del artículo 15 de la LEA, o por quien, en el supuesto del arbitraje institucional, haya radicado la solicitud o encargo, como en el caso de las medidas cautelares que se adoptan durante el proceso, la competencia para su alzamiento está en cabeza del tribunal arbitral, salvo que se haya privado a los árbitros, desde el convenio, de la potestad de su decreto.

Precisamente, si el arbitraje es una válvula de escape a la jurisdicción ordinaria; si la voluntad de las partes, es la de llevar su litigio a una jurisdicción especial arbitral; si durante el arbitraje, que en el caso español tiene función *cuasi-jurisdiccional*; no existe justificación alguna para privar al tribunal arbitral de la potestad para decidir sobre el alzamiento de las medidas cautelares. Tal conclusión se funda en lo siguiente.

Conforme al artículo 23 de la LEA, frente a la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares, la que lleva implícita la potestad inversa de su alzamiento, señala que, salvo que las partes hayan excluido a los árbitros de la competencia para adoptar medidas cautelares, corresponde a ellos el decreto de las que se estimen necesarias respecto del litigio. Termina el artículo

diciendo que, al tema de las medidas cautelares, se aplica lo previsto frente a la ejecución forzosa del laudo.

Frente a esto último, señala el artículo 44 de la LEA que, “*La ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título*”. Es decir, opera como un reenvío de segundo grado, la remisión a la LEC frente al alzamiento de las medidas cautelares.

En este punto, los artículos 744 y 745 de la LEC prevén que, el letrado de la Administración de Justicia, luego de la sentencia absolutoria, tanto firme como no firme, será el competente para ordenar su alzamiento. En otras palabras, será el mismo juez o tribunal que la haya decretado el competente para ordenar su alzamiento, salvo la situación hipótesis prevista en el artículo 725-2 sobre medidas de urgencia, en el que el juez que la decreta es diferente al juez del proceso. Tal principio lógico, se aplica entonces al proceso arbitral. Si el tribunal arbitral decreto la medida cautelar, será el propio tribunal quien ordene su alzamiento.

En el caso de que se trate de unas medidas cautelares *ante causam*, se seguirá la misma regla prevista en el 725-2 sobre medidas de urgencia, en el entendido de que el tribunal arbitral, a pesar de no quien decretó la medida, es el competente para su alzamiento, en la medida en que pasa a ser el competente para la solución del conflicto, por expresa disposición de las partes.

La única excepción a esta regla de competencia, está dada por lo previsto en el artículo 23-1 de la LEA donde señala que, “Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias”, en el caso particular. Es decir, que los árbitros se pueden despojar, en el derecho español, no así en el derecho colombiano, de la potestad de decretar medidas cautelares.

En consecuencia, si se les priva de la competencia para decretar la medida cautelar, lógicamente están privados de la competencia para ordenar su alzamiento, en tanto no tienen habilitación alguna en este tema. En tal caso, será competente para su alzamiento, durante el curso del proceso arbitral, el mismo juez o tribunal que

ordenó su decreto. En el caso de terminación del proceso, si fuere favorable al demandado, se acudirá a la instancia judicial para su levantamiento. Si fuere favorable al demandante, se procederá con las reglas de la ejecución del laudo.

Dichas reglas, se aplican por igual al arbitraje de derecho privado que al arbitraje de Derecho administrativo. Lo mismo ocurre si el arbitraje versa sobre un conflicto entre meros particulares, que un conflicto entre un particular y una entidad del Estado o entre dos entidades públicas. En la medida en que no existen reglas, legales o jurisprudenciales que marquen una diferencia, estas serán las reglas al levantamiento del arbitraje en derecho administrativo español.

3.1.15 Causales.

En el Derecho administrativo colombiano, la revocatoria de la medida cautelar procede en las siguientes circunstancias, algunas de las cuales están previstas en el EANI, otras en el CPACA y otras como consecuencia lógica del algún acto procesal.

Así, conforme al inciso 7° del artículo 32 del EANI, la revocatoria de la cautela procede luego de tres meses de la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida el recurso de anulación si éste se interpuso. Quiere esto decir que, si la pretensión que se garantizaba con la caución fue negada, el tribunal, en el laudo que así lo decida, ordenará el levantamiento de la cautela. De cualquier forma, de conformidad con el inciso 3° del artículo 43 del EANI, el trámite del recurso de anulación no suspende el cumplimiento del laudo, sino cuando la entidad pública condenada expresamente así lo solicite.

En este sentido, si el laudo omite pronunciarse sobre el levantamiento de la medida cautelar, si ordenando dicho levantamiento no lo hace dentro de los tres meses siguientes a su ejecutoria, o si dentro de igual término luego de ejecutoriada la providencia que resuelve el recurso de anulación no se han

levantado las cautelas, estas quedan automáticamente sin efecto⁸⁸⁸.

También procede, en los términos del artículo 235 del CPACA, cuando se presta caución para sustituir totalmente la cautela, cuando el tribunal arbitral advierta que no se cumplieron los requisitos para ordenarla o se superen los hechos que dieron lugar a su decreto.

Finalmente, la revocación de la cautela procede cuando se renuncia a ella. Si bien, no hay ni el EANI, ni en el CPACA ni en el CGP, norma expresa que regule la renuncia a la medida cautelar, debe entenderse que, cuando el inciso 2º del artículo 235 del CPACA señala que la revocación de la medida procede “a petición de parte”, incluye a la parte que pide y a la que se afecta con la cautela, por lo que no existe restricción alguna para que el árbitro revoque la cautela si quien la pidió renuncia a ella⁸⁸⁹.

En el caso español, como se señaló hace un momento, el artículo 743 de la LEC, sobre modificación de medidas cautelares, y aquí dígase que la modificación puede consistir, precisamente, en su levantamiento, procede cuando, primero, existen hechos y circunstancia nuevas, que no pudieron ser tenidas en cuenta al momento de su decreto. Segundo, conforme a los artículos 744 y 745, tras la absolución al demandado dentro del proceso judicial, regla aplicable por completo al proceso arbitral.

3.1.16 Procedimiento.

En el derecho colombiano, el procedimiento para la revocación de la cautela varía dependiendo de si se ordena en el laudo

⁸⁸⁸ En opinión que no se comparte, Gil Echeverry manifiesta que, si se trata de medidas cautelares que recayeron sobre bienes no sujetos a registro, y el tribunal omite pronunciarse sobre su levantamiento, se debe acudir a la justicia para que lo ordene con posterioridad. Sencillamente, ni existe en el contencioso administrativo colombiano un proceso con dicha finalidad, ni ello resulta necesario porque la norma es clara al señalar que ellas caducan automática. Cf. GIL ECHEVERRY, *op. cit.*, p. 674.

⁸⁸⁹ En un sentido diferente, Rodríguez Mejía afirma que la ausencia de norma expresa puede generar la renuencia de algunos árbitros a proceder a su levantamiento. Cf. RODRIGUEZ MEJÍA, *op. cit.*, p. 239.

arbitral, si no se dice nada al respecto, si se ordena, pero no se ejecuta o de si se trata de las causales de levantamiento relativas a que se ofrezca caución, se determine que no se cumplieron los requisitos para ordenarla o se superen los hechos que dieron lugar a su decreto.

En el caso de que se preste caución, luego de que esta se apruebe, el tribunal ordenará el levantamiento definitivo de la cautela. Cuando se trate la causal relativa a que se determine que no estaban dadas las condiciones para su otorgamiento y cuando se superen los hechos que dieron lugar a su decreto, una vez evaluada su procedencia, se adoptará la decisión. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Finalmente, así como se tiene la competencia para ejecutar la cautela y para comisionar a los jueces respectivos, también lo tiene para levantarla directamente y para comisionar dicha labor.

En el arbitraje español, tanto en el derecho privado como en el Derecho administrativo que no tiene reglas particulares, para el alzamiento, se siguen las reglas previstas en la LEC para el levantamiento de las cautelas judiciales, según se detallará a continuación.

En primer lugar, si se trata de alzamiento de la medida cautelar durante el curso del proceso arbitral, puede suceder una de dos situaciones: las que se ordenaron sin audiencia del demandado y las que se decretaron con su participación.

En el primer caso, cautela que se adoptó sin la audiencia del demandado, conforme al artículo 729 de la LEC, se podrá formular la objeción, equivalente a petición de alzamiento, dentro de los veinte días siguientes a su notificación. Seguidamente, el artículo 741 señala que, se correrá traslado de la oposición al solicitante por parte del Letrado de la Administración de Justicia, para este caso por parte del tribunal arbitral, se celebrará una audiencia y se decidirá.

En el segundo caso, cautelas decretadas con audiencia del demandado, señala el artículo 743 de la LEC que se debe seguir el procedimiento previsto en los artículos 734 y siguientes. En tal caso, se recibirá la solicitud, se convocará a una audiencia, se

llevará a cabo esta con la participación de las partes, se escucharán sus observaciones y se adoptará decisión.

En segundo lugar, si se trata de alzamiento de medidas cautelares, una vez termina el proceso, se seguirán las reglas del artículo 744 para las sentencias que no están firmes y del artículo 745 para las sentencias que se encuentran en firme.

En el primer caso, prevé la norma que, absuelto el demandado, en primera o segunda instancia, en el caso del arbitraje en la instancia única, salvo que el demandante solicite mantener la medida cautelar, en tal caso, mientras se tramita el recurso de anulación del laudo arbitral, se procederá a levantar la medida cautelar.

En el segundo caso, cuando la sentencia, para el caso el laudo arbitral, se encuentra en firme, porque ya no procede el recurso de anulación, se procederá de oficio con su alzamiento sin que haya posibilidad de prolongar la vigencia de la cautela.

3.2 COMPETENCIA–COMPETENCIA

3.2.1 Antecedentes.

Según una doctrina generaliza, el principio *kompetenz-kompetenz*, por su denominación original, tuvo su origen en la jurisprudencia alemana, más concretamente en una decisión del Tribunal Superior de la República Federal alemana de 1955, en el cual se estableció que los árbitros debían tener la facultad de pronunciarse sobre el alcance del acuerdo arbitral y de su competencia sobre el mismo⁸⁹⁰, aunque, como lo denuncia

⁸⁹⁰ VÁSQUEZ PALMA, M., “Comprensión del principio “competencia-competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral”, en: Revista Chilena de Derecho Privado, No. 81, diciembre 2010, pp. 181-196, p. 182. JIJÓN ANDRADE, A., “Reconciliando el principio Kompetenz-Kompetenz con la autoridad supervisora de las cortes nacionales”, en: Revista Ecuatoriana de Arbitraje, No. 6, 2014, pp. 177-186, p. 180. GONZALEZ DE COSSÍO, F., “La ironía de Compétence-Compétence”, en: Lima Arbitration. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, N° 3, 2008 – 2009, pp. 194-212, p. 195.

González de Cossío⁸⁹¹, la escuela alemana nunca consideró que el árbitro era el único juez sino el primer juez de su competencia, por cuanto en el artículo 1032 del Código de Procedimiento Civil Alemán (ZPO), en punto del proceso arbitral contenido en el Libro Décimo, se precisa que, (núm. 19), el tribunal estatal rechazará la demanda presentada si el asunto ventilado fuere objeto de convenio arbitral y esto se alegara antes del inicio de la audiencia, es decir, se acepta la tesis de la renuncia tácita a la cláusula arbitral, o cuando el convenio fuere nulo, ineficaz o no susceptible de tramitarse. A renglón seguido, agrega que, hasta antes de la constitución del tribunal arbitral, se puede presentar ante los tribunales jurisdiccionales una solicitud para determinar la procedencia del arbitraje⁸⁹².

Según señala González de Cossío⁸⁹³, en sus inicios, hubo quien cuestionara la posibilidad de que fuera el propio árbitro, y no un juez estatal, quien decidiera acerca de la competencia del árbitro para resolver la disputa, bajo el argumento mercantilista según el cual éste no desecharía tal competencia para no perder el manejo de su propio negocio.

Además del anterior argumento, y en contra del principio *kompetenz-kompetenz*, también se dijo que dejar a los árbitros la potestad para decidir sobre su propia competencia, generaba un problema de circularidad, en tanto se deja a las partes a merced de los árbitros.

Dicha crítica es sintetizada de la siguiente manera: (i) son las partes las que habilitan la jurisdicción de los árbitros, (ii) en ausencia de dicha habilitación los árbitros no pueden actuar, (iii) el consentimiento de las partes debe ser válido y (iv) son los árbitros quienes revisan esta validez.

En consecuencia, ante la ausencia de validez no sería procedente el pronunciamiento de los árbitros de suerte que, el mismo

⁸⁹¹ GONZALEZ DE COSSÍO, F., *op. cit.*, p. 207.

⁸⁹² Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción de Juan Carlos Ortiz Pradillo, Álvaro J. Pérez Ragone. Uruguay. 2006.

⁸⁹³ GONZALEZ DE COSSÍO, F., *op. cit.*, p. 195.

pronunciamiento sobre la cláusula arbitral está viciado por cuanto se funda en un ejercicio no válido de la competencia⁸⁹⁴.

Contra el argumento del prejuicio de los árbitros, se dice que, precisamente, si las partes acuden al arbitraje es por la intención de no litigar ante los tribunales y, adscribir la competencia para conocer de la validez de la cláusula arbitral a los jueces estatales, es tanto como exigir el deber de litigar como condición para, precisamente, no litigar⁸⁹⁵. Adicionalmente, no existe razón para considerar que los árbitros no actuarán con la debida mesura durante la revisión de la cláusula arbitral, como lo haría un juez estatal⁸⁹⁶, es decir, para invertir la presunción de buena fe que se espera de quienes ejercen funciones judiciales.

Según Jijón Andrade⁸⁹⁷, existen razones teóricas y prácticas que acuden en defensa del principio *kompetenz-kompetenz* frente a la tesis de la circularidad. Así, desde el punto de vista teórico, se puede afirmar que (i) la intención de las partes en el contrato de arbitraje es eludir la jurisdicción estatal y (ii) la existencia de una facultad implícita para que todo juez -el árbitro es un juez-, revise se propia competencia. Desde el punto de vista práctico, (i) se descongestiona el aparato estatal de justicia y (ii) se aprovecha la experiencia, el conocimiento específico y la dedicación que los árbitros le pueden imprimir a la decisión.

Finalmente, se dice que, si bien el principio *kompetenz-kompetenz* tiene origen en el contrato de arbitramento, la competencia viene en virtud de la ley que admite esta forma de solución del conflicto, de tal manera que es en virtud de la ley que los árbitros se pronuncian sobre su propia competencia, no existiendo justificación alguna para excluirles de dicha facultad⁸⁹⁸.

⁸⁹⁴ JIJÓN ANDRADE, A., *op. cit.*, p.178.

⁸⁹⁵ GONZALEZ DE COSSÍO, F., *op. cit.*, p. 195.

⁸⁹⁶ VASQUEZ PALMA, M., *op. cit.*, p. 185.

⁸⁹⁷ JIJÓN ANDRADE, A., *op. cit.*, p. 180.

⁸⁹⁸ VASQUEZ PALMA, M., *op. cit.*, p. 183.

Luego de su formulación en la jurisprudencia alemana, la Ley Modelo de la CNUDMI, con las enmiendas aprobadas en 2006, incorporó este principio y sirvió de derrotero para que en muchas legislaciones nacionales también se incorporara, no solo en el ámbito del arbitraje internacional sino también en el arbitraje local.

Fue así como en el artículo 16-1 de la Ley Modelo se precisó que, “*El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia*”, lo que implica la posibilidad de pronunciarse frente a las excepciones relativas a la existencia o validez del contrato.

Sin embargo, incluso en la Ley Modelo, dicha facultad se encuentra restringida en dos hipótesis. La primera, conforme al artículo 8-1 *ib.*, cuando el asunto se somete al tribunal estatal competente y éste encuentra que el acuerdo de arbitraje “*es nulo, ineficaz o de ejecución imposible*”, caso en el cual se abstendrá de enviar a las partes al arbitraje. La segunda, conforme lo señala el artículo 16-3 *id.*, la posibilidad de que alguna de las partes acuda a la jurisdicción estatal cuando el tribunal arbitral se declare competente para que se resuelva esta cuestión. En este caso, el tribunal arbitral continuará en sus funciones hasta que se resuelva la petición, cuya decisión será inapelable.

Conforme lo anterior, queda claro que, para la Ley Modelo, el principio *kompetenz-kompetenz* no tiene carácter absoluto, en tanto se prevé la posibilidad de que los jueces estatales se pronuncien, incluso previo al proceso arbitral, sobre la validez de la cláusula arbitral, lo que inclusive riñe parcialmente con el origen alemán de la teoría.

3.2.2 Fundamento normativo.

Por fuera del fundamento teórico, que no es otro que el carácter jurisdiccional del que está investidos los árbitros⁸⁹⁹, el principio *kompetenz-kompetenz* encuentra hoy asiento en un sinnúmero de normas, aplicables a arbitrajes locales e internacionales, en las

⁸⁹⁹ MERINO MERCHÁN; CHILLÓN MEDINA, *op. cit.*, p. 590.

que, con algunas variaciones, y evidenciándose la fuerte influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI, se prevé la posibilidad de que los árbitros se pronuncien como un primer juez de su competencia.

Así, y como una evocación de sus orígenes alemanes, el artículo 1032 del Código de Procedimiento Civil Alemán (ZPO), en punto del proceso arbitral contenido en el Libro Décimo, precisa que (núm. 19), el tribunal estatal rechazará la demanda presentada si el asunto ventilado fuere objeto de convenio arbitral y esto se alegara antes del inicio de la audiencia, es decir, se acepta la tesis de la renuncia tácita a la cláusula arbitral, o cuando el convenio fuere nulo, ineficaz o no susceptible de tramitarse. A renglón seguido, agrega que, hasta antes de la constitución del tribunal arbitral, se puede presentar ante los tribunales jurisdiccionales una solicitud para determinar la procedencia del arbitraje⁹⁰⁰.

En el caso de la Ley Modelo de la CNUDMI, esta prevé en el artículo 16-1 que, “*El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia*”, agregando que, para estos efectos, y en virtud del principio de separabilidad, se considera que la cláusula arbitral y el contrato en el que está contenida son dos acuerdos independientes. En consecuencia, la nulidad del contrato principal no acarrea la nulidad del acuerdo arbitral.

Previo a este artículo, ya señala el artículo 8 de la Ley Modelo que, si el asunto que se somete a la justicia estatal es objeto de acuerdo arbitral, el juez, de oficio, lo remitirá a arbitraje, salvo que se compruebe que “*dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible*”⁹⁰¹, manteniendo la posibilidad para que, si

⁹⁰⁰ Código Procesal Civil Alemán (ZPO), 2006.

⁹⁰¹ En un sentido similar, el artículo 1448 del Código de Procedimiento Civil francés, luego de la reforma hecha a través del Decreto n° 2011-48 de 13 de enero de 2011, señala lo siguiente: “*En caso de que una controversia cubierta por un convenio arbitral se someta a un tribunal estatal, este deberá declararse incompetente, salvo si el tribunal arbitral no estuviera aun conociendo de la controversia y el convenio arbitral fuere manifiestamente nulo o manifiestamente inaplicable*”. (Negrilla fuera de texto).

el árbitro asume la competencia, se dicte laudo mientras la cuestión no se resuelva por el tribunal.

En punto del cuestionamiento judicial de la competencia cuando se ha iniciado el proceso arbitral, el artículo 16-2 señala que la excepción por esta causa se debe presentar, a más tardar, con la contestación de la demanda. Conforme al artículo 16-3, estas excepciones se pueden resolver como cuestión previa o dentro del laudo. Si se resuelven como cuestión previa y el tribunal reafirma su competencia, la parte inconforme puede, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de la decisión, solicitar del tribunal competente, mediante decisión que no es objeto de apelación, que resuelva la cuestión.

En el derecho comparado, el principio competencia – competencia tiene gran acogida, a guisa de ejemplo, en el caso francés, el artículo 1465 del Código de Procedimiento Civil, luego de la reforma introducida mediante el Decreto n° 2011-48 de 13 de enero de 2011, señala que, “*El tribunal arbitral será el único competente para pronunciarse sobre las objeciones relativas a su jurisdicción*”⁹⁰². Por su parte, el artículo 186-1 de la Ley Federal Suiza de 18 de diciembre de 1987 sobre el Derecho Internacional Privado de 1987, consagra el principio *competencia - competencia* cuando dice que, el tribunal arbitral es el único habilitado para determinar su propia competencia⁹⁰³.

En el caso del Código Judicial de Bélgica, mediante el artículo 21 de la Ley N° 532743, del 16 de mayo 2013, se introduce un artículo 1690, en el cual se reconoce que el tribunal arbitral puede decidir sobre su propia competencia, inclusive si se presentan excepciones sobre la existencia o validez del acuerdo de

⁹⁰² Previo a esta reforma señalaba el artículo 1466, introducido por el Decreto n° 81-500 de 12 de mayo de 1981, modificado JORF de 21 de mayo de 1981, que, “*Si una de las partes impugnara ante el árbitro el fundamento o el alcance de su potestad jurisdiccional, será competencia de éste pronunciarse sobre la validez o los límites de sus atribuciones*”

⁹⁰³ “Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987. Art. 186. 1. Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence”. (Conforme estaba vigente al 1 de enero de 2010).

arbitraje⁹⁰⁴, en un sentido prácticamente idéntico a lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje de la India⁹⁰⁵. En el artículo 1052-1 del Código de Procedimiento Civil de los países bajos⁹⁰⁶, se prevé que, es el tribunal arbitral quien tiene derecho a juzgar sobre su propia jurisdicción.

En caso de la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1966, en el artículo 30 se prevé que el tribunal tiene competencia para decidir sobre su propia jurisdicción, salvo que las partes hayan decidido otra cosa, lo que implica que el tribunal puede decidir si el acuerdo es válido, si el tribunal está debidamente constituido y sobre qué asuntos están efectivamente sometidos al arbitraje⁹⁰⁷.

En el ámbito de las convenciones internacionales, la situación es similar. Por ejemplo, en el artículo V-3 de la Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, se dice que, el tribunal arbitral tiene la facultad de decidir sobre su propia competencia y sobre la existencia y validez, tanto del acuerdo o compromiso arbitral como del contrato del cual hace parte, sin que tenga que renunciar a su jurisdicción por el hecho de que ésta haya sido impugnada.

⁹⁰⁴ “Art. 21. Dans le chapitre IV inséré par l’article 20, il est inséré un article 1690 rédigé comme suit: “Art. 1690. § 1er. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l’existence ou à la validité de la convention d’arbitrage”.

⁹⁰⁵ “THE ARBITRATION AND CONCILIATION ACT, 1996. Art. 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdictional. - (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including ruling on any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement, and for that purpose”.

⁹⁰⁶ “Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Artikel 1052 1. Het scheidsgerecht is gerechtigd, over zijn bevoegdheid te oordelen”.

⁹⁰⁷ “Arbitration Act 1996. 30 Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction. (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to— (a) whether there is a valid arbitration agreement, (b) whether the tribunal is properly constituted, and (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement”.

Por su parte, en el artículo 41 del *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados CIADI*, sobre facultades y funciones del tribunal se dice que éste “resolverá sobre su propia competencia”, y agrega que toda alegación al respecto se podrá resolver por el tribunal, bien como cuestión previa o con el fondo de la cuestión.

Finalmente, en los reglamentos de algunos centros de arbitraje también se ha incorporado el principio *Kompetenz - Kompetenz*. Por ejemplo, en el numeral 5° del artículo 6 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, vigente a partir del 1° de marzo de 2017, se dice que, toda decisión relativa a la competencia del tribunal arbitral, salvo en los casos donde la propia Corte de Arbitraje señale que el arbitraje no debe proseguir, será adoptada por el propio tribunal arbitral.

Por su parte, el artículo 23-1 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (1998) señala que el tribunal arbitral, puede decidir sobre su propia competencia, incluyendo lo relativo a las excepciones sobre existencia, validez o eficacia del convenio arbitral, para lo cual, y en virtud del principio de separabilidad, se considerará que el acuerdo arbitral y el contrato principal son independientes entre sí, sin que la nulidad del contrato principal conlleve la nulidad del acuerdo arbitral.

Finalmente, dentro de este breve panorama, nos encontramos el artículo R7-A, de las Reglas de arbitraje comercial y procedimientos de mediación de la *American Arbitration Association*, donde señala que, el árbitro tiene la facultad de decidir sobre su propia jurisdicción, incluidas las objeciones sobre la existencia, el alcance o la validez del arbitraje⁹⁰⁸.

⁹⁰⁸ “Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures. R-7. Jurisdiction (a). The arbitrator shall have the power to rule on his or her own jurisdiction, including any objections with respect to the existence, scope, or validity of the arbitration agreement or to the arbitrability of any claim or counterclaim”

3.2.3 Concepto.

El significado del principio *kompetenz-kompetenz* goza de un relativo acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, colombiana, española y comparada, de suerte que no resulta difícil llegar a una definición sobre el mismo, sin perjuicio de que el alcance de las potestades de los árbitros en esta materia pueda variar.

Para la doctrina comparada, el concepto relativo al principio *kompetenz - kompetenz*, pasa por tres niveles: fuerte, intermedio y débil⁹⁰⁹. Dependiendo de la hipótesis que se acepte, así mismo será el acercamiento a su definición.

En el nivel fuerte, se excluye cualquier forma de intervención de los tribunales judiciales en la verificación de la competencia arbitral. En el nivel intermedio, los jueces pueden intervenir, pero en específicas etapas. En el nivel débil, los jueces pueden conocer de impugnaciones a la competencia arbitral en cualquier momento, pero sin suspender el proceso arbitral. En el caso de la Ley Modelo, se adopta la posición intermedia, en tanto se permite la intervención de los jueces, pero en unas etapas específicas.

Sin embargo, y en términos generales, el concepto se contrae a señalar que se trata de una habilitación de origen contractual mediante la cual las partes del conflicto permiten al árbitro definir si tiene la competencia para llevar el proceso, facultad que se entiende reconocida aún sin la mención expresa dentro del convenio arbitral⁹¹⁰ y, a lo que se agregaría, de la cual no se puede excluir al árbitro.

Lo anterior no significa que el árbitro sea el único juez de su competencia, por lo menos no desde los niveles intermedio y

⁹⁰⁹ JIJÓN ANDRADE, M., *op. cit.*, p. 181. Por su parte, GONZALEZ DE COSSÍO señala otra clasificación cuando dice que son admisibles tres géneros: (i) cuando el árbitro es el único habilitado para decidir, (ii) cuando el árbitro pero los jueces lo puede hacer igualmente con posterioridad a su decisión y, (iii) cuando los jueces pueden conocer paralelamente de la discusión. *op. cit.*, p. 196.

⁹¹⁰ JIJÓN ANDRADE, M., *op. cit.*, p.183.

débil del concepto. De lo que se trata es de señalar que el árbitro, apoyado en el principio *favor arbitratis*, es el primer juez de su competencia, de suerte que la definición del principio no puede soslayar, por lo menos desde estos dos niveles, la posibilidad de que haya un juez estatal que intervenga en esta discusión. En este sentido, el principio *kompetenz - kompetenz*, es una norma de tiempos⁹¹¹.

En el caso de la jurisprudencia colombiana, se puede diferenciar entre las posiciones del Consejo de Estado, máximo órgano de la justicia encargado de controlar la actividad de la administración pública y las posiciones de la Corte Constitucional, ente encargado de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

En el caso del Consejo de Estado⁹¹², órgano que además tiene la competencia para conocer del recurso de anulación contra los laudos arbitrales en que sea parte una entidad estatal, conforme lo dispuesto en el numeral 7° del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, la jurisprudencia reciente, señala que consiste en la habilitación legal del tribunal “para resolver sobre su propia competencia” y que, en todo caso, esta “decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario”, por los jueces, sin perjuicio de lo dispuesto para el recurso de anulación.

Por su parte, la Corte Constitucional, cuya jurisprudencia en la materia es un poco más abundante, señala (i) que se trata de potestad para definir si pueden conocer, en virtud del pacto arbitral, de una determinada pretensión⁹¹³, (ii) que les otorga un

⁹¹¹ GONZALEZ DE COSSÍO, *op. cit.*, p.195. En el mismo sentido, VÁSQUEZ PALMA, M., *op. cit.*, p. 186. LLAÍN ARENILLA, M., “El rol del principio *kompetenz-kompetenz* en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional”, en: Revista Colombiana de Derecho Internacional. 2014. p. 148.

⁹¹² Consejo de Estado de Colombia. 2016-00028. (56346). 2016. 00052 (56703).

⁹¹³ Corte Constitucional de Colombia. SU-174, 2007; ST-288, 2013; SU-500, 2015.

margen de interceptación para delimitar su propia competencia⁹¹⁴, y (iii) que excluye la intervención judicial en la definición sobre la nulidad, eficacia o imposible ejecución del convenio arbitral⁹¹⁵.

3.2.4 Efectos positivo y negativo.

El principio *Kompetenz-Kompetenz*, en los términos en que se viene planteando, tiene un efecto positivo y uno negativo, conforme lo reconoce ampliamente la doctrina y lo soportan diversas normas relativas a arbitraje local e internacional.

En punto del efecto positivo, se dice que, en virtud de este principio, el tribunal arbitral es quien tiene la posibilidad de determinar su propia competencia en caso de que se presente conflicto, sujeto en todo caso al control posterior del juez de anulación o de reconocimiento del laudo⁹¹⁶.

Como elementos característicos del efecto positivo están: (i) tiene su fuente en el pacto arbitral, por cuanto son las partes involucradas quienes previamente habilitaron al tribunal arbitral para resolver el conflicto; (ii) constituye, a su vez, un límite a su propia competencia, en razón a que el tribunal arbitral está en la obligación de señalar los aspectos sobre los cuales se puede pronunciar; (iii) impide o limita el uso de tácticas dilatorias tendientes a demorar el proceso arbitral; (iv) tiene carácter restringido por cuanto se limita al aspecto formal de la competencia sin adentrarse en el fondo de la discusión; (v) finalmente, constituye una decisión de naturaleza prioritaria mientras se tramita el proceso arbitral⁹¹⁷.

⁹¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. SU-170, 2007; ST-455, 2012; ST-288, 2013; SC-572A, 2014; ST-186, 2015.

⁹¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. ST-288, 2013; SC-765, 2013.

⁹¹⁶ MANTILLA-SERRANO, F., “Los principios de autonomía y competencia en el nuevo estatuto arbitral colombiano”, en: *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, op. cit. p. 398. RUIZ RISUEÑO, F., *Competencia del árbitro: Su alcance y sus efectos*, op. cit., p. 107.

⁹¹⁷ FOLLONIER-AYALA, A., “Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz”, en: *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*. Vol. 2., Núm., 2, Año 2014. p. 155. LLAIN

Respecto del efecto negativo, se denuncian las siguientes características: (i) impide o limita la injerencia judicial tendiente a desplazar el arbitraje⁹¹⁸; (ii) constituye una declinatoria de la jurisdicción estatal, en tanto le prohíbe al juez pronunciarse sobre la validez del convenio y sobre el ámbito de competencia del tribunal arbitral; (iii) genera una regla de prioridad que opera en sentido cronológico y no jerárquico, en tanto la decisión de los árbitros no está por encima de la decisión de los jueces estatales sino que se presenta en un momento anterior⁹¹⁹; (iv) finalmente, persigue la máxima eficacia de la jurisdicción arbitral⁹²⁰.

El efecto positivo y negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz* puede tener un carácter absoluto y uno relativo. Así, frente al carácter absoluto y, conforme al artículo V-3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (1961), el arbitraje no se subordina la declinatoria de la jurisdicción estatal al requerimiento de una de las partes involucradas en el arbitraje. En tal sentido, señala que, el tribunal arbitral cuya competencia no fue impugnada no debe renunciar al conocimiento del asunto.

Por su parte, respecto del carácter relativo, en el artículo 8-1 de la Ley Modelo de la CNUDMI y en idéntico sentido en el artículo II-3 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958, se precisa que, el juez estatal se subordina al convenio arbitral y declina su jurisdicción en beneficio de ésta, salvo que se compruebe que el acuerdo es *nulo, ineficaz, inaplicable* o de *ejecución imposible*.

ARENILLA, S., *op. cit.*, p. 149. Corte Constitucional de Colombia. ST- 288, 2013; ST-186, 2015.

⁹¹⁸ RUIZ RISUEÑO, F., Competencia del árbitro: Su alcance y sus efectos, *op. cit.*, p. 107.

⁹¹⁹ MANTILLA-SERRANO, F., “Los principios de autonomía y competencia en el nuevo estatuto arbitral colombiano”, en: *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, *op. cit.* p. 400.

⁹²⁰ FOLLONIER-AYALA, A., *op. cit.*, p. 163. LLAIN ARENILLA, S., *op. cit.*, pp. 153-154. Corte Constitucional de Colombia. ST- 288, 2013; ST-186, 2015

3.2.5 Alcances del principio kompetenz-kompetenz.

Una vez señalados los diversos aspectos teóricos del principio *kompetenz-kompetenz*, se puede seguir en el acercamiento dogmático a esta figura desde el sistema jurídico colombiano y español, a efectos de precisar sus alcances, similitudes y diferencias en cada sistema.

3.2.5.1 Los alcances en el derecho administrativo colombiano.

En el caso del arbitraje en el Derecho administrativo colombiano, el principio *kompetenz-kompetenz*, como ya se dijo, encuentra fundamento y tiene plena vigencia para el arbitraje local en derecho administrativo⁹²¹, a partir, primero, del artículo 116 de la CP, el cual señala que los particulares pueden ser investidos de la función pública de administrar justicia en la condición de árbitros y, por supuesto, ello implica la posibilidad de reconocer su propia competencia. Segundo, desde el punto de vista legal, el principio *kompetenz-kompetenz*, el cual está plenamente vigente, aparece con el numeral 2 del artículo 124 de la Ley 446 de 1998, por la cual se dictaron algunas disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, norma reproducida íntegramente por el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, por medio del cual se expidió, en su momento, el “*Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*”, el cual preveía que, durante la primera audiencia de trámite, el tribunal resolvería sobre su propia competencia, mediante auto frente al cual sólo procedería el recurso de reposición.

Dicha norma fue derogada por el artículo 118 del EANI. En su lugar, se desarrolla de forma mucho más amplia el principio *kompetenz-kompetenz*⁹²² en diversos artículos que no solo hacen su consagración formal, sino que establecen límites a la intervención judicial y brindan una protección incluso mayor que la que se encuentra en la Ley Modelo.

⁹²¹ Corte Constitucional de Colombia. SU-174 de 2007; ST-455, 2012; ST-288, 2013; SC-768, 2013.

⁹²² Opinión dada por la Corte Constitucional de Colombia en la ST-288, 2013.

Es así como, frente al arbitraje local en Derecho administrativo, en el artículo 29 del EANI, se señala expresamente que, el tribunal arbitral puede resolver sobre su propia competencia, excluyendo cualquier intervención judicial en la materia, y “*su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez*”, sin perjuicio de lo previsto para el recurso de anulación⁹²³.

Agrega el inciso 2º del artículo 29 que, si se hubiere iniciado proceso judicial, en presencia de acuerdo de arbitraje, y no hubiere proferido decisión judicial o terminado el proceso por desistimiento, transacción o conciliación, el tribunal arbitral puede solicitar el envío del expediente, a lo cual debe proceder el funcionario judicial. Conforme al inciso 3º *ib.*, solo en el evento de que el arbitraje no termine con laudo, puede volver el proceso ante la autoridad judicial.

Precisa el artículo 30 del EANI, que la decisión sobre su competencia, la dicta el tribunal durante la primera audiencia de trámite, mediante auto que sólo es susceptible del recurso de reposición. Si el tribunal es plural y uno de los árbitros se declara no competente, será reemplazado y el tribunal continuará con el nuevo árbitro.

En los casos de *inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral* y en el caso de la *falta de competencia*, la anulación del laudo arbitral solo procederá cuando el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia, según lo señala el penúltimo inciso del artículo 41 del EANI, de suerte que, la ausencia de competencia se sana en virtud del silencio de las partes.

Asimismo, la competencia del árbitro se puede cuestionar mediante otras excepciones que si bien atacan la pretensión tienen como consecuencia que el árbitro quede relevado de su

⁹²³ En igual sentido, Consejo de Estado de Colombia. 2016-00028. (56346). 2016. 00052 (56703).

jurisdicción, por ejemplo, las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra relacionada⁹²⁴.

La declinatoria de jurisdicción por parte del tribunal arbitral, es decir, el reconocimiento de que carecen de competencia tiene como consecuencia directa que, si los árbitros se declaran incompetentes, conforme al artículo 30 del EANI, “*se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto*”.

Igual que en la Ley Modelo de la CNUDMI, en el caso colombiano el principio competencia-competencia es una norma de relevos, en la que el árbitro no es el único sino el primer juez de su competencia⁹²⁵, toda vez que, dentro de las causales de anulación del laudo arbitral se encuentra, precisamente, en el numeral 2º del artículo 41 del EANI, la falta de competencia.

Finalmente, contra la decisión por medio de la cual el tribunal arbitral reafirma su competencia, procede el recurso de reposición que, por su propia naturaleza, debe ser resuelto por el mismo tribunal.

3.2.5.2 Los alcances en el Derecho administrativo español.

En el caso español, el artículo 23 de la LEA consagra el principio competencia-competencia. De la lectura de este artículo y de los análisis de la jurisprudencia española, se pueden extraer las siguientes reglas, se diría, comunes a todos los sistemas que reconocen este principio como parte esencial del arbitraje.

En primer lugar, los árbitros gozan del principio competencia-competencia, conforme lo señala el artículo 23-1 al decir que, “*Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia*”⁹²⁶.

En segundo lugar, recogiendo lo previsto en el artículo 16-1 de la Ley Modelo de la CNUDMI, y en aplicación del principio de

⁹²⁴ Corte Constitucional de Colombia. ST-288, 2013.

⁹²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-174, 2007.

⁹²⁶ Auto del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. 37 de 2012. 15 de marzo de 2012. RJ 2012, 6120.

separabilidad, la cláusula arbitral y el contrato en el que está contenida son dos acuerdos independientes, de suerte que, la nulidad del contrato principal no acarrea la nulidad del acuerdo arbitral⁹²⁷.

No a otra conclusión se llega de la lectura del artículo 23-1 donde dice que, el árbitro se puede pronunciar, “incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”. A esto, para que no quede discusión alguna, agrega que, “*La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral*”.

En tercer lugar, se exige que, la parte alegue como excepción la falta de competencia, tan pronto se le ponga en conocimiento de la situación que la genere⁹²⁸. En caso contrario, se entiende saneada salvo que, de forma autónoma, constituya otra causal de anulación del laudo, como por ejemplo la de violación del orden público. En caso de que no se alegue como excepción, no será posible recurrir el laudo en recurso de anulación por esta causal.

En cuarto lugar, a los árbitros les está permitido decidir esta excepción, en forma previa, o en el laudo junto con las demás cuestiones sometidas a su conocimiento. Si se resuelve con carácter previo, la norma prevé la posibilidad de recurrir en anulación dicha decisión, sin que ello suspenda el trámite arbitral.

⁹²⁷ Auto de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 331 de 2012. 15 de octubre de 2012. AC 2012, 2007. Auto de Audiencia Provincial. Pontevedra. Núm. 198 de 2011. 14 de diciembre de 2011. JUR 2012, 391326. Auto de Audiencia Provincial. Castellón. Núm. 37 de 2011. 25 de marzo de 2011. AC 2011, 1809. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. 9 de 2014. 6 de febrero de 2014. RJ 2014, 1987. Auto de Audiencia Provincial. Zaragoza. Núm. 63 de 2010. 12 de febrero de 2010. AC 2010, 1098. Sentencia de Audiencia Provincial. Las Palmas. Núm. 111 de 2009. 23 de marzo de 2009. JUR 2009, 248636.

⁹²⁸ Sentencia Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 498 de 2010. 20 de octubre de 2010. AC 2010, 1807. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Núm. 45 de 2012. 12 de julio de 2012. RJ 2012, 11139.

Si se resuelve junto con la decisión final, el recurso de anulación se dirigirá contra el laudo⁹²⁹.

En quinto lugar, a los árbitros les está permitido pronunciarse no sólo respecto de la nulidad del contrato principal y del contrato arbitral, sino también respecto de todas aquellas cuestiones relacionadas, es decir, que guardan conexidad con la cláusula arbitral⁹³⁰.

En sexto lugar, en la etapa de ejecución del laudo, al juez de conocimiento le está vedado pronunciarse sobre la competencia del árbitro, por ser una etapa precluida. Tampoco procede como oposición a la ejecución⁹³¹.

⁹²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Valenciana. Núm. 15 de 2012. 8 de mayo de 2012. RJ 2012, 8781.

⁹³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. 44 de 2013. 15 de julio de 2013. RJ 2013, 6392. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. Núm. 29 de 2012. 10 de mayo de 2012. RJ 2012, 6368. Sentencia del Superior de Justicia. Cataluña. Núm. 78 de 2012. 13 de diciembre de 2012. RJ 2012, 11189.

⁹³¹ Auto de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 221 de 2008. 3 de junio de 2008. AC 2008, 1172.

CONCLUSIONES

Luego de culminada la investigación, se pueden ofrecer, sin pretensiones de exhaustividad, las siguientes conclusiones, las cuales, por razones metodológicas, se van a presentar por cada capítulo.

Conclusiones respecto del capítulo I.

En primer lugar, los sistemas jurídicos colombiano y español son comparables. Entre ellos, existe una homogeneidad que permite realizar comparaciones a nivel macro y micro. Por ejemplo, el ser un Estado constitucional de derecho, fundado en el principio de la separación de funciones, con una fuerte independencia judicial. Otros elementos negativos o no comunes, por ejemplo, la forma de Estado o el sistema de gobierno, en tanto no guardan relación con el objeto preciso de investigación, pierden relevancia.

En segundo lugar, desde el punto de vista formal del instituto a comparar, es decir, del *arbitraje de Derecho administrativo*, es posible una comparación entre Colombia y España. A pesar de sus diferencias, existen zonas comunes o puntos de intersección que permiten un análisis comparativo, por ejemplo, en uno y otro caso, se está ante un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, con un trasfondo jurisdiccional; que goza de características procesales como la cosa juzgada; es ejecutable ante la jurisdicción; se puede cuestionar mediante un recurso extraordinario, de naturaleza jurisdiccional, llamado recurso de anulación; la incorporación en ambas legislaciones de parámetros previstos en la Ley Modelo de la Misión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional CNUDMI; y, el principio *competencia-competencia*, propio del arbitraje, se regula en casi idénticos términos en una y otra latitud.

En tercer lugar, aunque en España existe, desde el punto de vista formal, un *arbitraje de Derecho administrativo*, en tanto existe una Administración Pública, sometida al Derecho administrativo, y existe un sistema arbitral, no existe, desde un punto de vista material o sustancial, un verdadero arbitraje de Derecho administrativo en España. Ello se fundamenta en lo siguiente:

3.1.- En el caso español, quizá por la negativa de la jurisprudencia a aplicar una interpretación evolutiva del artículo 117-1 de la CE, para incluir dentro de la configuración constitucional del *poder judicial* a los árbitros, éste se cataloga como de “*equivalencia jurisdiccional*”, y no como función judicial transitoria en cabeza de particulares, lo cual le cercena la posibilidad de acudir a un universo de escenarios judiciales, con el argumento de que los asuntos sometidos a su conocimiento no son transigibles.

3.2. El hecho de tener una ley de arbitraje monista, en la cual se regulan los arbitrajes tanto de derecho privado como de Derecho administrativo con las mismas reglas, lo cual debería ser una ventaja desde la perspectiva de la seguridad jurídica, se convierte en un Talón de Aquiles, en tanto lleva a la creencia, errónea por demás, que la ausencia de una regulación expresa, se traduce en una negación tácita de la posibilidad de someter a la Administración Pública a un proceso arbitral, en términos similares a los que sometería ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

3.3. El hecho de que el recurso de anulación del laudo arbitral, no se someta a la jurisdicción contencioso-administrativa, Sala de Asuntos contencioso-administrativos en el caso español, como juez natural de la Administración Pública, sino que sea competencia de la Sala Civil en la jurisdicción ordinaria, hace que la comprensión del *arbitraje de Derecho administrativo* se haga desde una perspectiva teórica diferente a su naturaleza, privatista, lo cual impide que se transite hacia un escenario de mayor aceptación por el desconocimiento de las características propias del litigio contencioso-administrativo.

3.4. En todo caso, existe una sobrevaloración de las potestades administrativas como asuntos no transigibles. Si, al *arbitraje de Derecho administrativo* se someten asuntos de naturaleza dispositiva, que involucran a la Administración Pública, el catálogo de los asuntos que encuadran dentro de tal definición, será fundamental en la delimitación de los alcances del arbitraje. En consecuencia, un catálogo demasiado extenso de asuntos no transigibles, por demás sin sustento claro o apegados a conceptos

jurídicos indeterminados como el de integres general, deja sin escenarios de aplicación el mecanismo del arbitraje.

En cuarto lugar, la aceptación del arbitraje, en general, y de Derecho administrativo, en particular, como una función judicial de carácter transitorio, en cabeza de particulares, abre las puertas para que, en Colombia, se acepte, desde el punto de vista sustantivo, de un verdadero arbitraje de Derecho administrativo, con mayores alcances de los que se le reconoce en el sistema jurídico español.

En quinto lugar, existe un escenario propicio para la ampliación y consolidación de un *arbitraje de Derecho administrativo* en ambas latitudes. El hecho de que las leyes que regulan el arbitraje sean leyes de mínimos, plagadas de principios y de zonas grises, permite que, de su lectura, por la doctrina y la jurisprudencia, se construya una dogmática mucho más robusta en punto del sinnúmero de cuestiones que se pueden llevar a la justicia arbitral y de las decisiones que los árbitros pueden adoptar.

En sexto lugar, las modalidades y las clases de arbitraje; el arbitraje en derecho y en equidad; el arbitraje institucional y arbitraje ad-hoc, encuentran similitudes en su regulación general tanto en Colombia como en España.

Sin embargo, el hecho de que en el caso colombiano, a diferencia del caso español, se prevea expresamente reglas para los arbitrajes en los que es parte la Administración Pública, por ejemplo, la exigencia de que sea un arbitraje institucional, con aplicación de las reglas previstas en la ley de arbitraje, es lo que permite hablar, anticipadamente, desde un punto de vista material, de un *arbitraje de Derecho administrativo* en Colombia, de forma más categórica que en España, es decir, la plena aceptación de que, en este sistema jurídico, la Administración Pública se puede someter a una justicia arbitral.

En séptimo lugar, existe un nuevo escenario alternativo de solución de conflictos, donde interviene la Administración Pública como institución arbitral, pero donde los involucrados son particulares que acuden para la solución de una controversia de naturaleza privada, surgida en el ámbito del derecho del

consumo. Este nuevo escenario, con algunas diferencias en su regulación entre Colombia y España, si bien no se encuadra, en estricto sentido, dentro de la noción *arbitraje de Derecho administrativo*, sí abre nuevos horizontes de intervención de la Administración en la solución de conflictos. Quizá, dicho ejercicio permita acercarse a una dogmática diferente y reconocer, desde la propia Administración Pública, las ventajas del arbitraje, superando los temores y los obstáculos que en la actualidad presenta.

En octavo lugar, el concepto de Administración Pública, como sujeto del *arbitraje de Derecho administrativo*, tanto en Colombia como en España, superó los estrechos límites decimonónicos, que asimilaba, en términos exclusivos, Administración con poder ejecutivo o, como se le llama en Colombia, rama ejecutiva del poder público. Hoy día, desde un criterio funcional, todos los órganos del poder público, cuando ejercen función ejecutiva o administrativa y, los particulares, cuando desempeñen funciones públicas, son Administración Pública y, cuando se involucren en una controversia, regida por el Derecho administrativo, será un arbitraje de esta naturaleza.

Conclusiones respecto del capítulo II.

Frente al capítulo II, relativo a los alcances sustantivos del arbitraje, se puede concluir lo siguiente:

En primer lugar, existen zonas comunes negativas entre el *arbitraje de Derecho administrativo* colombiano y español. Esas zonas comunes o puntos de intersección, son relativas a las cuestiones excluidas de forma general de la competencia arbitral, y que se pueden resumir de la siguiente manera.

1.1. El carácter transigible del asunto. Tanto en el caso colombiano como español, y nos atreveríamos a señalar que universalmente, están por fuera del arbitraje las materias que se consideran no transigibles, por estar fuera del poder de disposición de las partes involucradas en el conflicto. Son cuestiones que, se reservan para la jurisdicción, e inclusive, en el escenario jurisdiccional estatal, el juez debe someterse a las reglas legales al respecto.

1.2. El concepto orden público, es una limitante expresa en el *arbitraje de Derecho administrativo* colombiano y español. Por supuesto, se alude a orden público, no como seguridad ciudadana, sino como institución, como reglas imperativas e irrenunciables.

Sin embargo, en una y otra latitud, se acepta que, como concepto jurídico indeterminado, está sujeto al contexto histórico y social, a la lectura que de sus propios fenómenos haga la legislación y la jurisprudencia, por lo que no se podría hacer una enumeración taxativa de los asuntos que configuran orden público ni de los límites que a partir de allí se establecen.

En segundo lugar, existen profundas diferencias entre el *arbitraje de Derecho administrativo* colombiano y español, relativo a los alcances del arbitraje, mucho más amplios en Colombia. Esas diferencias se pueden resumir de la siguiente manera:

2.1. En el caso colombiano, donde existe una categoría única de contrato de la Administración Pública, denominada contrato estatal, a diferencia del caso español que mantiene la distinción entre contrato de derecho público y contrato de derecho privado, se admite plenamente la procedencia del arbitraje para la solución de conflictos, con expresa excepción de la revisión de legalidad de los actos administrativos de carácter particular que incorporen cláusulas exorbitantes.

En el caso español, no se acepta, por lo menos eso afirma la doctrina, la posibilidad de arbitrajes para solucionar conflictos relativos a la celebración, ejecución y liquidación de contratos donde sea parte la Administración Pública. La ausencia de regulación expresa en la LEA y en la Ley 9 de 2017, se toma como una imposibilidad jurídica de acudir al arbitraje de Derecho administrativo para solucionar conflictos en materia de contratación estatal.

En este punto, por supuesto, el sistema jurídico colombiano presenta una enorme ventaja frente al caso español. En Colombia, no sólo se acepta el arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de conflictos en materia de contratación estatal, habida excepción de la revisión de legalidad de los actos administrativos que incorporan cláusulas exorbitantes, sino que, es en esta

materia donde el arbitraje de Derechos administrativo ha tenido su mayor desarrollo. Inclusive, en el caso de los actos administrativos que incorporan cláusulas exorbitantes, aunque no se permite si revisión, sí se permite la cuantificación económica de sus efectos, de suerte que, limitada, existe una competencia arbitral.

En el caso de los demás actos administrativos de carácter particular, en virtud de que se trata de función pública de administrar justicia de forma transitoria, están plenamente habilitados los árbitros para declarar su nulidad y, como consecuencia, ordenar el restablecimiento del derecho a que haya lugar.

2.2. En el caso colombiano, aunque no existe una regulación expresa al respecto, ni se tiene conocimiento de experiencias en este sentido, está permitido el *arbitraje de Derecho administrativo* para solucionar conflictos relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por daño antijurídico. En tal caso, por tratarse de un derecho patrimonial, de naturaleza transigible, de titularidad determinada, nada impide que dicha controversia se lleve a la jurisdicción arbitral para que, primero, se determine la existencia de un daño antijurídico y, segundo, se cuantifique el monto del perjuicio.

En el caso español, no está expresamente permitido, no existe experiencias al respecto, la consideración de la responsabilidad de la Administración Pública como un asunto que involucra el interés general, el rechazo hacia el arbitraje de Derecho administrativo, lleva a la consideración de que, pese a la existencia de condiciones para llevar a sede arbitral este tipo de controversias, ello es rechazado por la jurisprudencia.

2.3. En el caso colombiano, los árbitros tienen la competencia para hacer uso del control de excepción o de validez del sistema jurídico. Esta competencia, sin duda alguna, es la mayor evidencia de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y su más importante logro.

Como evidencia del control de excepción, en el arbitraje de Derecho administrativo, se puede hacer uso de la excepción de

ilegalidad -salvo de los actos administrativos de carácter particular que incorporan cláusulas exorbitantes-, de la excepción de inconstitucionalidad y del control de convencionalidad.

En España, la posibilidad del control de excepción, está restringida incluso a los funcionarios judiciales, quienes se limitan a plantear la cuestión de ilegalidad y la cuestión de inconstitucionalidad ante la autoridad judicial competente. Si dicha competencia no se adscribe ni siquiera a los jueces, en el sentido orgánico de la expresión, es decir, a quienes hacen parte del poder judicial, con mayor razón están excluidas de la competencia arbitral.

Como conclusión, desde el punto de vista sustantivo, son mayores los alcances del arbitraje de Derecho administrativo en Colombia que en España. Dicha situación responde a dos cuestiones fundamentales: por una parte, una visión constitucional diferente, que ubica al arbitraje como función judicial transitoria y, por otra, un menor temor, un menor rechazo hacia la posibilidad de que los conflictos en los que es parte la Administración Pública se resuelvan por un particular.

Conclusiones del capítulo III.

Frente al capítulo III, relativo a los alcances procesales del arbitraje, se puede concluir lo siguiente:

En primer lugar, la aplicación del principio competencia-competencia, por la influencia ejercida por la Ley Modelo, no reviste de mayores diferencias. Quizá lo relevante no está en señalar diferencias, sino en precisar que, en el caso colombiano, por la existencia de menores limitaciones sustantivas al *arbitraje de Derecho administrativo*, es menos probable que los árbitros declaren la *no competencia* para ejercer su labor, contrario al caso español donde, esa reticencia al uso de la figura en litigios que involucren a la Administración Pública, hace que sea altamente probable que los árbitros se declaren no competentes o que el laudo se anule por esta razón.

En segundo lugar, frente a las competencias de los árbitros en materia de medidas cautelares hay que señalar lo siguiente. En el caso colombiano, una vez los árbitros asumen la competencia en

litigios que involucran a la Administración Pública, el decreto y práctica de las medidas cautelares se rige por el CPACA y cuentan los árbitros con una amplia competencia en dicha materia.

En el caso español, se vuelve a lo mismo, son pocas las hipótesis donde se podrá acudir a un arbitraje de Derecho administrativo, por no decir que a ninguna, razón por la cual, ni siquiera existe la posibilidad de decretar y práctica medidas cautelares. Sin embargo, cuando se lo logra superar dicho obstáculo, quedan otros, por ejemplo, la posibilidad de que las artes priven a los árbitros de toda potestad sobre las medidas cautelares, algo impensable en el derecho colombiano.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, Aranzadi, Navarra, 2011.
- AA.VV. *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, 1997.
- AA.VV. *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2ª ed., 2007.
- AA.VV. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- AA.VV. *Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Navarra, Thomson – Aranzadi, 3ª ed., 2002.
- AA.VV. *Análisis teórico y jurisprudencial de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Ley 29/1988*, de 13 de julio, Navarra, Aranzadi, 2ª ed., 2002.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudio Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALCHOURRÓN, C.; BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Bogotá, 2013, 2ª ed.
- ALLI ARANGUREN, J-C. *La construcción del concepto de derecho administrativo español*, Civitas, Navarra, 2006.
- AYLWIN AZOCAR, P., *El juicio arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1958.
- ARA PINILLA, I., “Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, en: *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 21. pp. 107-124, 2014.
- ARAGÓN REYES, M., *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- ARISTÓTELES. (1985). *Ética a Nicómaco*. Trad. María Araujo y Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ÁVILA, H., *Teoría de la seguridad jurídica* (Traducción Laura Criado Sánchez), Madrid, Marcial Pons, 2012.

- AZULA CAMACHO, J., *Manual de derecho procesal, Parte General*, Tomo II, Temis, Bogotá, 9ª ed., 2015.
- BACA ONETO, V. S. *La invalidez de los contratos públicos*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- BALLESTEROS PANIZO, C. I., *El arbitraje de derecho público*, Thomson Reuters, Navarra, 2017
- BARONA VILAR, S, “Comentario al artículo 23”, en: BARONA VILAR, S., (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*, Thomson Civitas, Madrid, 2011.
- BARONA VILAR, S. “EL PROCESO CAUTELAR EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL, UN PASO ESENCIAL EN LA TUTELA DE LOS CIUDADANOS”, en: *Revista boliviana de derecho*, N. ° 19, enero 2015.
- BECARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Aguilar, Madrid, 1982.
- BECERRA TORO, R., *Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal*, Cámara de Comercio de Cali, Cali, 2013.
- BERROCAL GUERRERO, L. E., *Manual del acto administrativo. Según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*, 7ª ed., Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2016.
- BEJARANO GUZMÁN, R., “El arbitraje ad hoc”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2013.
- BEJARANO, R., *Procesos Declarativos, arbitrales y ejecutivos*, 6 ed., Bogotá, Temis, 2016.
- BERNAL CANO, N., *La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- BERNAL GUTIÉRREZ, R., “Las clases de arbitraje según la voluntad de las partes. El artículo 116 del Decreto 1818 de 1998”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005.
- BERNAL PULIDO, C., *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 3ª ed., 2007.
- BETTI, E. *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Editorial Colmenares, 2000.
- BOBBIO, N., *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Trad. Jorge Binagui, Gedisa editorial, Barcelona, 1981.
- BOHOSLAVSKY, J. P., JUSTO, J. B., “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LOS ARBITRAJES DE INVERSIÓN”, en: *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, Año 2010-2.
- BONORIONO, P. R., PEÑA AYAZO, J. I., *Argumentación judicial: Construcción, reconstrucción y evaluaciones orales y escritas*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2008.
- BREWER-CARIAS, A. R., *Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- BULYGIN, E., “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. 9. Alicante: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- BULYGIN, E. MENDONCA, D., *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 6ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.
- BUSTAMANTE LEDESMA, Á. *La responsabilidad extracontractual del Estado*, 2 ed., Bogotá, Leyer, 2003.
- BUSTILLO BOLADO, R. O. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004.
- CAIVANO, R. J., *Arbitraje*, editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2000, 2ª ed.
- CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973.
- CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Editorial El Foro, Buenos Aires, 1997.

- CAMACHO SOLANO, A. F., *El arbitraje. Como mecanismo alternativo de solución de conflictos*, Leyer, Bogotá, 2015.
- CAPRASE, O., “Arbitraje y orden público europeo”, en: LOQUIN, E., MANCIAUX, S., (dir), *El orden público y el arbitraje*, Universidad del Rosario, 2015.
- CÁRDENAS MEJÍA, J. P., “El arbitraje en equidad”, en: *Vniversitas, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 105*, Bogotá, 2003, pp. 347- 374.
- CARNELUTTI, F., *Metodología del derecho*, Trad. Ángel Osorio, Temis, Bogotá, 2011.
- CASAGNE, J. C., *El acto administrativo, teoría y régimen jurídico*, Temis, Bogotá, 2013.
- CASTRESANA, L. F., El arbitraje: Concepto, naturaleza y diferencias con otras figuras afines, En: *MANUAL DE ARBITRAJE*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991.
- CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M., *Los principios procesales en el arbitraje*, J.M. Bosh editor, Barcelona, 2000.
- CORDÓN MORENO, F., *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Thomson Reuters, Cuadernos Civitas, Navarra, 2010.
- CORZO SOSA, E. *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- CRUZ VILLALÓN, P. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918 – 1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, Madrid, Dykinson, 2008.
- DÁVILA VINUEZA, L. G., *Régimen jurídico de la contratación estatal*, Bogotá, Legis, 3ª ed., 2016.
- DE AHUMADA RAMOS, F. J. *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Elementos Estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la Lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos*, 2ª ed., Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004.
- DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.

- DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico*, Madrid, Editorial Civitas, 1991.
- DE LA FUENTE, H. H., *Orden público*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- DE LA VEGA, A. M., *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- DESCALZO GONZÁLES, A., *La noción de Derecho administrativo en España: algunas cuestiones de reciente actualidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- DÍAZ REVORIO, F. J., *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001.
- DORAL, J. A., DEL ARCO, M. A. *El Negocio Jurídico*, Madrid, Trivium, 1982.
- DROMI, J. R., *Manual de derecho administrativo, Tomo I*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.
- DUSSÁN HITSCHERICH, J., *Elementos del contrato estatal*, Bogotá, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2005.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.
- ENTRENA CUESTA, R. “*El concepto de Administración Pública en la doctrina y el Derecho Positivo españoles*”, Revista de Administración Pública. No. 32, 1960.
- ESCOLA, H. J., *Compendio de derecho administrativo, Volumen I*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990.
- ESCOBAR GIL, R., *Teoría General de los contratos de la Administración Pública*, Bogotá, Legis, 2003.
- ESPLUGUES BARONA, C. *Arbitraje y Derecho Administrativo. Teoría y realidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2018.
- EXPÓSITO VÉLEZ, J. C., *La configuración del contrato de la Administración Pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- FERNÁNDEZ DE FRUTOS, M. *El procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Cedecs Editorial, 2003.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, 2ª ed.

- FERRER BELTRÁN, J., y RODRÍGUEZ, J. L., *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- FERRERES COMELLA, V., *Justicia Constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FIORAVANTI, M., *CONSTITUCIÓN. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2011.
- FLUME, W. *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil*, Tomo segundo, 4ª ed., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- FOLLONIER-AYALA, A., “Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz”, en: *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional. Vol. 2.*, Núm., 2, Año 2014.
- FRAGA, G., *Derecho Administrativo*, 10ª ed., Editorial Porrúa, México, 1963.
- GADAMER, H-G., *Verdad y método*, Tomo II. 3ª ed., Traducción de Manuel Olasagasti, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1998.
- GAILLARD, E., *Aspectos filosóficos del derecho del arbitraje internacional*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.
- GAILLARD, E., *El orden jurídico arbitral*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2015.
- GALGANO, F. *El Negocio Jurídico*, Traducción Francesco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- GARCÍA COUSO, S. *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GARCÍA SARMIENTO, E.; GARCÍA OLAYA, J. M., *Medidas cautelares. Introducción a su estudio*, Bogotá, Temis, 2ª ed., 2005.
- GAMBOA MORALES, N., “Arbitraje y medidas cautelares”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis., Bogotá, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y Proceso Contencioso-Administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 3ª ed., 2004.

- GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNANDEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, Editorial Temis-Palestra, Bogotá-Lima, 2008.
- GARCÍA PÉREZ, M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A. *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, Edersa, 2ª ed., 1968.
- GELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, University Press, Oxford, 1999.
- GIL ECHEVERRI, J., *Régimen arbitral colombiano. Ley 1563 de 2012*, Grupo Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2013.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., “La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico”, en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008,
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., “La ironía de Compétence-Compétence”, en: *Lima Arbitration. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, N° 3, 2008 – 2009, pp. 194-212.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Manual de procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 2000.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, 4ª ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006.
- HENAO, J. C. *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, A. E. FRANCO GÓMEZ, C. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2007.
- HERRERA MERCADO, H., *La impugnación de los laudos arbitrales. Análisis legal y jurisprudencial*, Bogotá, Legis, 2014.
- IBÁÑEZ, J. L. *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*, Madrid, Editorial COLER, 2001.
- IBÁÑEZ NAJAR, J. E., *La acción de tutela contra laudos arbitrales*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2009.
- IBOLEÓN, R., *El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2012.
- ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el Common Law*, Civitas, Madrid, 1996.

- ITURRALDE SESMA, V., “El derecho como sistema: análisis de tres perspectivas”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, No. 24, Madrid, Ministerio de Justicia – Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, 2007.
- JARROSSON, Ch., “La notion d’arbitrage”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis., Bogotá, 2005.
- JIJÓN ANDRADE, A., “Reconciliando el principio Kompetenz-Kompetenz con la autoridad supervisora de las cortes nacionales”, en: *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, pp. 177-186.
- KAUFMANN, A. *Filosofía del derecho* (Traducción Luis Villar Borda y Ana María Montoya), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- KELSEN, H., *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Libros Hidalgo, Bogotá, 2013.
- LARA GONZÁLEZ, R. “La organización del sistema arbitral de consumo”, en: AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, Navarra, Aranzadi, 2011.
- LARROUMET, C., “A propósito de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y su autonomía”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005.
- LE TOURNEAU, P. *La responsabilidad civil*, Traducción de Javier Tamayo Jaramillo, 1ª reimpresión, Bogotá, Legis, 2004.
- LEZCANO MIRANDA, M. E., *Arbitraje nacional e internacional*, Dike, Bogotá, 2016.
- LLAÍN ARENILLA, M., “El rol del principio competence-competence en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional”, en: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 2014.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1994.
- LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Buenos Aires, 1963.
- LOPERA MESA, G. P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

- LÓPEZ BLANCO, H. F., “Glosas a ciertas normas del arbitraje nacional, Ley 1563 de julio 12 de 2012”, en: *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá: Universidad Libre, 2012.
- LÓPEZ BLANCO, H. F., “Las medidas cautelares en el proceso arbitral nacional”, en: *Estatuto Arbitral Colombiano, Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Bogotá: Comité Colombiano de Arbitraje – Legis, 2013.
- LÓPEZ BLANCO, H.F., *Código General del Proceso, Parte General*, Dupre editores, Bogotá, 2016.
- LÓPEZ BOFILL, H., *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- LORCA NAVARRETE, A. M., *¿Es posible el amparo constitucional frente al arbitraje? Reflexiones sobre la justificación del arbitraje y la aplicación al mismo del garantismo procesal. Relación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva con el arbitraje desde la vertiente de la justificación de las garantías que se aplican tanto a ese derecho constitucional -el denominado “derecho a la tutela judicial efectiva”- como al arbitraje*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2011,
- MALLANDRICH MIRET, N., *Medidas cautelares y arbitraje*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2010.
- MANTILLA-SERRANO, F., “La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo?”, en: *Arbitraje internacional*, Legis, Bogotá, 2007.
- MANTILLA-SERRANO, F., “Los principios de autonomía y competencia en el nuevo estatuto arbitral colombiano”, en: *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Bogotá, Legis, 2013.
- MARIÑO, F., *Derecho internacional público, Parte general*, Madrid, Trotta, 1999, 3ª ed.
- MARTÍN MATEO, R.; DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Administrativo*, 29ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, 2012.
- MARTÍNEZ NEIRA, N. H., “El pacto arbitral”, en: *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*, Temis, Bogotá, 1988.
- MARTÍNEZ NEIRA, N. H., “El pacto arbitral”, en: *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis, Bogotá, 2013.

- MARTÍNEZ RAVE, G. MARTÍNEZ TAMAYO, C. *Responsabilidad civil extracontractual*, 11ª ed., Bogotá, Temis, 2013.
- MATIA PORTILLA, F. J. “INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y LEGITIMIDAD DEL MATRIMONIO FORMADO POR PERSONAS DEL MISMO SEXO”, En: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 535-554.
- MAYORCA ESCOBAR, C., “Clases de arbitraje en la nueva Ley de Arbitraje”, en: *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis, Bogotá, 2013.
- MERINO MERCHÁN, J. F.; CHILLÓN MEDINA, J. M., *Tratado de derecho arbitral*, Thomson Reuters, Civitas, Pamplona, 2014, 4ª ed.
- MERKL, A., “Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento II”, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, traducción de Azpitarte Sánchez, M y Fuentes Osorio, J. L., pp. 301-324, enero-junio, 2005.
- MONTAÑA PLATA, A., *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2005.
- MONTAÑA PLATA, A., *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- MONTAÑO BEDOYA, J. V., CARDONA GALEANO, P.P., *Arbitraje Nacional*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2017.
- MONTESQUIEU. C. L., *El espíritu de las leyes*, Ediciones Libertad, Buenos Aires, 1944.
- MORENO MILLÁN, F., *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*, Leyer, Bogotá, 2002.
- MORENO MILLÁN, F., *La acción pública de inconstitucionalidad, efectos temporales de sus fallos*, Leyer, Bogotá, 2007.
- MORENO MILLÁN, F., “Reelección presidencial y alteraciones a la constitución de 1991” en: *Revista Pensamiento Jurídico*, mayo-agosto 2012, No. 34. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, p. 70.
- MORENO MILLÁN, F., *Aspectos constitucionales del Control Fiscal en Colombia*, Universidad de San Buenaventura Cali, Cali, 2012.

- MORENO MILLÁN, F., *La acción ciudadana de inconstitucionalidad. Devenir dogmático*, Universidad de San Buenaventura Cali, Cali, 2013.
- MORENO MILLÁN, F., “El concepto de paz en la Constitución Política de Colombia de 1991: reconstrucción dialéctica de su significado a partir de la jurisprudencia de la corte Constitucional”, en: *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, N° 2, Año 21, 2014, pp. 305-346.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general, Tomo IV, La actividad administrativa*, Iustel, Madrid, 2001.
- NARANJO MESA, V., *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Temis, Bogotá, 2010, 12ª ed.
- NAVARRO PALACIOS, M., “Medidas cautelares y arbitraje”, en: *La nueva ley de enjuiciamiento civil, XXII Jornadas de Estudio, 20, 21 y 22 de septiembre*, Ministerio de Justicia, Santander Central Hispano, Madrid, 2002.
- NINO, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- OSPINA FERNANDEZ, G., *Régimen general de las obligaciones*, 6 ed., Temis, Bogotá, 1998.
- OPPETIT, B., *Teoría del arbitraje*, Trad. Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza, José Joaquín Caicedo Demoulin, Legis, Bogotá, 2006.
- ORTELLS RAMOS, M. CALDERÓN CUADRADO, M. P. *La tutela cautelar en el derecho español*, Granada, Editorial Comares, 1996.
- PARADA, R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, 15ª ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid. 2004.
- PARADA, R., *Concepto y fuentes del derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- PAREJO ALFONSO, L., *El concepto del Derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2009.
- PEÑA CASTRILLÓN, G., MARTÍNEZ NEIRA, N. H., *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*, Temis, Bogotá, 1988.

- PEREZ-LUÑO ROBLEDO, E. C., *La reforma del arbitraje. Presupuestos, antecedentes y alcance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PINO RICCI, J., *El régimen jurídico de los contratos estatales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- PLATÓN, Las leyes. 715d
- PRECIADO ARBÉLAEZ, A., “De la voluntariedad y los pactos arbitrales abusivos en el derecho colombiano”, en: *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*, Legis, Bogotá, 2013.
- PUIGPELAT, O. M. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid, Edisoter S.L., 2012.
- QUEL LÓPEZ, J. *La interpretación, revisión y nulidad de las sentencias arbitrales internacionales*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2000.
- QUINCHE RAMÍREZ, M. F., *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias judiciales*, Bogotá: Temis, 2013, 8ª ed.
- QUIÑONEZ GÓMEZ, C. E., “Poderes de los árbitros vs. adopción de medidas cautelares: Un motivo de tensión en el arbitraje nacional”, en: *REVISTA DE DERECHO*, Universidad del Norte, Edición especial, 371-399, julio de 2012.
- QUINCHE RAMIREZ, M. F., *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014.
- QUIROGA NATALE, E. A., *Tutela contra providencias judiciales*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2014.
- RADBRUCH, G., *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999.
- RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico*, Trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986.
- RENGIFO GARCÍA, E., *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2ª ed., 2004.
- REY CANTOR E., REY ANAYA, A. M., *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Temis, 2005.

- RIACHI SANABRIA, J. F. “La acción de tutela en el arbitraje comercial internacional: Una aproximación metodológica frente a su procedencia”, en: *Revista de derecho privado*, No. 56, 2016, Bogotá, Universidad de los Andes, pp. 1-33.
- RIASCOS GÓMEZ, L. O., *El acto administrativo*, 3ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2016.
- RICHARD GONZÁLEZ, M. “Análisis crítico del sistema y procedimientos arbitrales y de mediación en España. Especial atención a la reforma de la ley de arbitraje (Ley 11/2011) y al proyecto de ley de mediación de 2011”, en: AA.VV. *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, Navarra, Aranzadi, 2011.
- RIFÁ SOLER, J. M. Encaje constitucional del arbitraje como sistema de solución de conflictos. En: *Estudios sobre Arbitraje de Consumo*, Navarra, Aranzadi, 2011.
- RODRÍGUEZ MEJÍA, M., *Medidas cautelares en el proceso arbitral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. *Derecho Administrativo. General y colombiano*, 18 Ed., Bogotá, Temis, 2013.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., *Teoría y práctica del derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1996.
- ROMERO ALCÁNTARA, F. “El ámbito de aplicación subjetiva y objetiva de la LCSP Las normas específicas de contratación en las entidades locales”, en: AA.VV. *Contratos del Sector Público, Ley 30 de 2007, de octubre. Su aplicación en las entidades locales. Análisis jurídico y económico presupuestario*, Barcelona, Bosch, 2008.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Los contratos del sector público (Comentario)*, Madrid, Edisofer, 2010.
- RUIZ RISUEÑO, F., *Competencia del árbitro: Su alcance y sus efectos*, En: MANUAL DE ARBITRAJE, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SALCEDO CASTRO, M., *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A., *Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*, Universidad Externado de Colombia, 2012.

- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., *Compendio de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico colombiano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad Textos, 1982.
- SERRANO, J. L., *Validez y vigencia*, Madrid, Trotta, 1999.
- SIERRA PORTO, H. A., *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- SOLA, J.V., *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- TAMAYO JARAMILLO, J. *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo I. Legis. Bogotá 2013.
- TRAYTER, J. M. “El arbitraje en derecho administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, No. 43, mayo-agosto, 1997, pp. 75-106.
- TOBAR ORDOÑEZ, J. H., “Procedimiento arbitral en el nuevo estatuto arbitral”, en: *El contrato de arbitraje*, Legis, Bogotá, 2013.
- VALENCIA RESTREPO, H., *Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del derecho*, Temis, Bogotá, 2ª ed., 1999.
- VALLEJO, V.H., *El derecho de tránsito como subsistema jurídico*, 2ª ed., Poemia, Cali, 2016.
- VASQUEZ PALMA, M., “Comprensión del principio “competencia-competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 81. diciembre 2010, pp. 181-196.
- VERDROSS, A., *Derecho internacional público*, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1978, 6ª ed.
- VILASAJONA, J. M., “Problemas de identidad de los sistemas jurídicos”, en: *DOXA* 17 – 18. pp. 331-342, 1985.
- VILE, M. J. C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ZAPATA DE ARBELÁEZ, A., “Colombia”, en: *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

Jurisprudencia

Colombia

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Santafé de Bogotá D.C. Abril tres (3) de mil novecientos noventa y dos (1992). Radicación número: 6695. Actor: CONSORCIO VIANINI ENTRECANALES EMPRESA ENERGIA DE BOGOTA TAVORA S.A
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Radicación número: 2756. Actor: LUCY CRUZ DE QUIÑONES. Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Referencia: RECURSO DE SUPLICA.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. CONSEJERO PONENTE: JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve (1999). Radicación número: 3443. Ref.: AUTORIDADES MUNICIPALES. Actor: EDIFICIO 9411 S.A.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: GERMAN RODRIGUEZ VILLAMIZAR. Santa Fe de Bogotá, D.C., Veintisiete (27) de enero de dos mil (2000). Radicación número: 14935. Actor: CONSTRUCTORA BAFER LTDA. Demandado: DISTRITO DE BARRANQUILLA. Referencia: Apelación auto ejecutivo.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ. Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil (2000). Radicación número: 16766. Actor: JOSÉ ANTONIO CASTRO. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez. Santafé de Bogotá, dieciocho (18) de mayo de dos mil (2000). Radicación número: 17797. Actor: CONSORCIO DELGADO ROJAS CHAVARRO. Demandado:

DEPARTAMENTO DEL HUILA. Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Bogotá D. C, ocho (8) de febrero de dos mil uno (2001). Radicación número: 18411. Actor: CONSORCIO MEJÍAS. Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Bogotá D. C, nueve (09) de agosto de dos mil uno (2001). Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0273-01(19273). Actor: UNIÓN TEMPORAL MB-MÁQUINAS- CARLOS ERNESTO BULA SOLANO. Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Bogotá D. C, veintitrés (23) de agosto de dos mil uno (2001). Radicación número: 11001-03-26-000-1999-9090-01(19090). Actor: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO. Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá D.C. dos (2) de octubre del dos mil tres (2.003). Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00007-01(24320). Actor: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS. Demandado: CROMAS S.A. y OTROS. Referencia: LAUDO ARBITRAL
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Bogotá D. C, diez (10) de marzo de dos mil cinco (2005). Radicación número: 11001-03-26-000-2004-00028-00(27946). Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA AERONAUTICA CIVIL - AEROCIVIL - Demandado: SOCIEDAD AEROPORTUARIA DE LA COSTA S. A. Referencia: RECURSO DE ANULACION.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR. Bogotá D. C, trece (13) de febrero de dos mil seis (2006). Radicación número: 11001-03-

26-000-2005-00018-00(29704). Actor: EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS- ECOPETROL. Referencia: Referencia: RECURSO DE ANULACION.

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D. C., diciembre (4) de dos mil seis (2006). Radicación número: 11001-03-26-000-1994-10227-01(10227). Actor: LA NACION - MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA. Demandado: LUIS EDUARDO GARZON CASTELLANOS.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D. C., treinta (30) de mayo de dos mil siete (2007). Radicación número: 11001-03-26-000-2006-00015-00(32711). Actor: ASESORIAS Y REPRESENTACIONES PRADILLA Y OTROS. Demandado: CORPORACION DE ABASTOS DE BOGOTA S.A. CORABASTOS-Referencia: RECURSO DE ANULACION CONTRA LAUDO ARBITRAL
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009). Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01686-01(29699). Actor: EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA. Demandado: COMERCIALIZADORA DE LICORES DEL PUTUMAYO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION QUINTA. Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA. Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-200800027-00. Actor: CAMILO ARAQUE BLANCO Y OTROS.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente (E): GLADYS AGUDELO ORDONEZ. Bogotá D.C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diez (2010). Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00003-00(38051). Actor: EMPRESA TRANSPORTADORA DE GAS DEL INTERIOR T.G.I. S.A. E.S.P. Demandado: EMPRESA COLOMBIANA DE GAS ECOGAS. Referencia: RECURSO DE ANULACION
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C.

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá, D.C., Veintiuno (21) de febrero de dos mil once (2011). RADICACIÓN: 11001-03-26-000-2010-00025-00 (38.621). ACTOR: VARELA FIORELLI & COMPAÑÍA LTDA y HEYMOCOL LTDA. DEMANDADO: SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ D. C. PROCESO: Recurso de anulación. ASUNTO: Sentencia.

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04638-01(20683). Actor: LUIS ANTONIO RODRIGUEZ MELO. Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA-ESP-.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., Auto del veintidós (22) de marzo de dos mil once (2011). Radicación: 38.924.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00580-02(23650). Actor: SIXTO ACUÑA ACEVEDO Y OTRO. Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA-E.T.B.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION B. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00072-00(37082). Actor: UNION TEMPORAL PAZ SOCIAL. Demandado: DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO. Referencia: RECURSO DE ANULACION LAUDO ARBITRAL
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C. Consejera Ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ Bogotá D.C. quince (15) de noviembre de dos mil once (2011) Radicación: 23001233100019970893401 Actor: Petrona Sierra de Fuentes y otros Demandado: La Nación - Inpec Referencia: Acción de reparación directa.

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., dieciocho (18) de enero de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-26-000-2010-00078-00(40082). Actor: BANCOLOMBIA. Demandado: FONDO DE GARANTIAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS – FOGAFIN. Referencia: ANULACION LAUDO ARBITRAL
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. CONSEJERO PONENTE: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013). Radicación: 17.859 (R-0035). Actor: Julio César García Jiménez. Demandado: Departamento de Casanare.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 76001-23-31-000-1999-00020-01(21024). Actor: ECOVAL LIMITADA. Demandado: MUNICIPIO DE YUMBO. Referencia: APELACION SENTENCIA - APELACION SENTENCIA.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Bogotá D.C., Dos (2) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-31-000-2002-00279-01. Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., seis (6) de junio de dos mil trece (2013). Radicación: 11001-03-26-000-2013-00003-00 (45922). Actor: CONCESIONES PARQUEADEROS CALLES 85, 90, 97 S.A. Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU Acción: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación número: 66001-23-31-000-2002-01171-01(29121). Actor: DEPARTAMENTO DE RISARALDA.

Demandado: MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS. Referencia: ACCION PUBLICA DE NULIDAD.

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A. Rad.: 110010326000201200085-00 (45.778). Bogotá D.C., Veintisiete (27) noviembre de dos mil trece (2013). Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón. Demandante: Empresa de Telecomunicaciones de Pereira S.A. ESP. Demandado: Sociedad Torre Central S.A. Asunto: recurso extraordinario de anulación contra laudo arbitral.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero Ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN. Bogotá, D. C., cinco (5) de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación: 25000-23-42-000-2013-06871-01. Actor: GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO. Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. ASUNTOS CONSTITUCIONALES
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación: 11001-03-26-000-2014-00037-00 (50219). Actor: VÍCTOR ANDRÉS SANDOVAL PEÑA. Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN – AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Medio de control: NULIDAD SIMPLE
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá D.C., agosto seis (6) de dos mil catorce (2014). Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Radicación: 25000-23-27-000-2008-00132-01 (19682). Demandante: URRÁ S.A. E.S.P. Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00162-00(52556). Actor: EMGESA S.A. Demandado: SOCIEDAD HOTELERA TEQUENDAMA S.A.

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL (SENTENCIA).

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá D.C., quince (15) de abril de dos mil quince (2015). Radicación: 76001-23-31-000-2009-00555-01 (19483). Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Demandante: VEHIVALLE S.A. Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: William Zambrano Cetina Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015). Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00174-00 (2223).
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E). Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015). Rad. No.: 50001-23-31-000-2008-00031-01(38600). Actor: SOCIEDAD CONSTRUF YA LTDA. Demandado: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO Y VILLAVIVIENDA EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO. Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO Bogotá D. C., veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015). Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04681-01(26137) Actor: COMUNIDAD DEL BUEN PASTOR Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC Referencia: ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (AUTO APRUEBA O ACCEDE SOLICITUD DE TERMINACION DE PROCESO POR TRANSACCION).
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D.C, veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015). Radicación número: 47001-23-31-000-2010-00002-01(41578). Actor: GESTION Y CONSULTORA LIMITADA “GEYCON LTDA”. Demandado: DISTRITO DE SANTA MARTA Y OTROS.

Referencia: ACCION DE CONTROVERSIA CONTRACTUALES (APELACION-SENTENCIA).

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION A. Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00028-01(56346). Actor: AGUAS DE URABA S.A. E.S.P. Demandado: PRESEA APARTADO S.A. E.S.P. Referencia: RECURSO ANULACION LAUDO ARBITRAL (AUTO).
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-26-000-2016-00052-00 (56703). Actor: EMPRESA DE ASEO DE BUCARAMANGA -EMAB- S.A. E.S.P. Demandado: PROACTIVA CHICAMOCHA S.A. E.S.P. Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-41-000-2013-00506-01. Actor: XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADO S.A.- XM S.A. E.S.P. Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA Y LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ. Bogotá D. C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00841-01(21087). Actor: DIANA CORPORACIÓN S. A. Demandado: MUNICIPIO DE EL ESPINAL.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número.: 08001-23-31-000-2006-00871-01 (21911). Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Demandante: INDUSTRIAS COLOMBIA S.A.- INDUCOL. Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA. Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 08001-23-33-004-2014-00278-01(22323). Actor: SOLLA S.A. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-24-000-2010-00001-00. Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C. dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18. Actor: JORGE LUIS OSPINA CARDONA. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá D.C., tres (03) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02611-01(44520) Actor: MARIO ERNESTO VACCA GÁMEZ Y OTROS Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Acción: REPARACIÓN DIRECTA.
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 250002326000201000160 01 (46590) Actor: SOCIEDAD CJP ENTERPRICE S. EN C. Y OTROS Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL Y OTROS Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Radicación número:

73001-23-33-000-000-2018-00383-01. Actor: FÉLIX SALGADO CASTILLO. Demandado: OMAR ALBEIRO MEJÍA PATIÑO – RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DEL TOLIMA

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA. Bogotá D.C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00133-01(47254). Actor: CÉSAR AUGUSTO BRITO JIMÉNEZ Y OTROS. Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-543, 1992.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-079, 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-131, 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-173, 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-198, 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-226, 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-368, 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-511, 1993.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-231, 1994.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-570, 1994.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-057, 1995.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083, 1995.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 225, 1995.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-294, 1995.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-431, 1995.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037, 1996.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-178, 1996.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-492, 1996.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-242, 1997.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-251, 1997.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-008, 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-400, 1998.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-404, 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-600, 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-608, 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-047, 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-136, 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-160, 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-163, 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-557, 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1017, 1999.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037, 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-211, 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330, 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1140, 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1436, 2000.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-014, 2001.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-060, 2001.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-098, 2001.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-557, 2001.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-836, 2001.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1038, 2001.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1195, 2001.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-159, 2002.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-251, 2002.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-426, 2002.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-837, 2002.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-983, 2002.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1038, 2002.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-058, 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-949, 2003.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1228, 2003.

- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-192, 2004.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-294, 2004.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-569, 2004.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-800, 2004.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-920, 2004.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-971, 2004.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1056, 2004.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-148, 2005.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-453, 2005.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-590, 2005.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-878, 2005.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-881, 2005.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1040, 2005.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1201, 2005.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1222, 2005.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-284, 2006.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1017, 2006.
- . Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-087, 2007.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-104, 2007.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-147, 2007.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-170, 2007.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-174, 2007.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-244, 2007.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-782, 2007.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-808, 2007.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-972, 2007.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1031, 2007.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330, 2008.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-335, 2008.
- . Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-378, 2008.

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -713, 2008.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1154, 2008.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-372, 2009.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-436, 2009.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141, 2010.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-551, 2010.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1028, 2010.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-122, 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-634, 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-816, 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-178, 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-195, 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-415, 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-455, 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-588, 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-570, 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-836, 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia ST-118A, 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-132, 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-222, 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-288, 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-304, 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-765, 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-768, 2013.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-418, 2014.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-572A, 2014.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-259, 2015.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-186, 2015.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-500, 2015.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-072, 2018.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano vs. Estado de Chile*, 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Boyce y otros Vs. Estado de Barbados*, del 20 de noviembre de 2007
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. Bogotá D. C., catorce de diciembre de dos mil doce. Ref. Exp. 11001-31-03-028-2002-00188-01.

España

- Auto del Tribunal Constitucional. No. 259 del 20 de julio de 1993.
- Auto del Tribunal Constitucional. No. 326 del 28 de octubre de 1993.
- Auto del Tribunal Supremo de Justicia. No. 5052. Sección 1. 24 de abril de 2000.
- Auto de Audiencia Provincial. Álava. Núm. 11, 2006. 7 de febrero de 2006. AC 2006, 875.
- Auto de Audiencia Provincial. Barcelona. Núm. 78 de 2007. 13 de marzo de 2007. JUR 2007, 24402.
- Auto de Audiencia Provincial. Barcelona. Secc. 15. 23 de octubre de 2006. JUR 2007, 113980.
- Auto de Audiencia Provincial. Barcelona. Secc. 15. Núm. 367, 2009. 4 de noviembre de 2009. JUR 2010, 45259.
- Auto de Audiencia Provincial. Barcelona. Núm. 151, 2010. 28 de septiembre de 2010. JUR 2011, 83226.
- Auto de Audiencia Provincial. Barcelona. Núm. 151, 2010. 28 de septiembre de 2010. JUR 2012, 310468.
- Auto de Audiencia Provincial. Castellón. Núm. 37 de 2011. 25 de marzo de 2011. AC 2011, 1809.
- Auto de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 331 de 2012. 15 de octubre de 2012. AC 2012, 2007.
- Auto de Audiencia Provincial. Pontevedra. Núm. 198 de 2011. 14 de diciembre de 2011. JUR 2012, 391326.
- Auto del Tribunal Constitucional. Núm. 10 del 12 de enero de 1983.

- Auto del Tribunal Constitucional. Núm. 69 del 17 de febrero de 1983.
- Auto del Tribunal Constitucional. Núm. 875 del 5 de diciembre de 1985.
- Auto del Tribunal Constitucional. Núm. 107 del 30 de enero de 1986.
- Auto del Tribunal Constitucional. Núm. 185 del 24 de abril de 1990.
- Auto del Tribunal Constitucional. Núm. 296 del 14 de octubre de 1992.
- Auto del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. 37 de 2012. 15 de marzo de 2012. RJ 2012, 6120.
- Auto de Audiencia Provincial. Islas Baleares. Núm. 136 de 2009. 21 de julio de 2009. JUR 2009, 362340.
- Auto de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 218, 2006. 18 de mayo de 2006. JUR 2006, 187854.
- Auto de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 75. 19 de abril de 2007. JUR 2007, 211780.
- Auto de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 221 de 2008. 3 de junio de 2008. AC 2008, 1172.
- Auto de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 182, 2011. 23 de septiembre de 2011. JUR 2011, 388137.
- Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 138, 2012. 8 de junio de 2012. JUR 2012, 263862.
- Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 189, 2012. 11 de julio de 2012. JUR 2012, 265468.
- Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 249, 2012. 18 de octubre de 2012. JUR 2012, 376783.
- Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 253, 2012. 5 de octubre de 2012. JUR 2012, 360205.
- Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 229, 2012. 9 de octubre de 2012. JUR 2012, 376588.
- Auto de la Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 337 de 2012. 14 de diciembre de 2012. JUR 2013, 39625.
- Auto de Audiencia Provincial. Zaragoza. Núm. 63 de 2010. 12 de febrero de 2010. AC 2010, 1098.

- Sentencia de Audiencia Provincial. Asturias. Núm. 367, 2012. 16 de julio de 2012. AC 2012, 1453.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Barcelona. Secc. 14. 3 de noviembre de 2003. AC 2003, 1763.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Cantabria. Núm. 289. 21 de abril de 2009. JUR 2009, 258014.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Girona. Núm. 352, 2004. 17 de noviembre de 2004. AC 2004, 2142.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Granada. Núm. 299 de 2006. 13 de junio de 2006. AC 2007, 129.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Granada. Núm. 118. 26 de marzo de 2010. JUR 2011, 92204.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Islas Baleares. Núm. 34 de 2008. 28 de enero de 2008. JUR 2008, 208430.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Islas Baleares. Núm. 455, 2010. 22 de noviembre de 2012. AC 2010, 2333.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Jaén. Núm. 213, 2012. 27 de julio de 2013. AC 2013, 550.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Las Palmas. Núm. 111 de 2009. 23 de marzo de 2009. JUR 2009, 248636.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. 18 de abril de 2000. AC 2000, 2142.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 335, 2005. 12 de julio de 2005. AC 2005, 1499.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 498. 30 de octubre de 2006. AC 2007, 1269.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 23 de 2009. 23 de diciembre de 2009. JUR 2009, 181181.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 24 de 2009. 22 de enero de 2009. AC 2009, 661.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 383. 20 de septiembre de 2010. JUR 2010, 368663.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 410 de 2010. 30 de septiembre de 2010. JUR 2011, 24596.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 498 de 2010. 20 de octubre de 2010. AC 2010, 1807.

- Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 14 de 2012. 27 de enero de 2012. AC 2012, 634.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Madrid. Núm. 114. 3 de febrero de 2009. JUR 2009, 238631.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Málaga. Núm. 671 de 2006. 13 de diciembre de 2006. JUR 2007, 180568.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Murcia. Núm. 89 de 2006. 28 de marzo de 2006. JUR 2006, 131847.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Pontevedra. Secc. 1. Núm. 418, 2006. 13 de julio de 2006. JUR 2006, 239942.
- Sentencia de Audiencia Provincial. Valencia. Núm. 706 de 2010. 20 de diciembre de 2010. AC 2011, 746.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 4 del 2 de febrero de 1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 14 del 29 de abril de 1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 17 del 1 de junio de 1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 119 del 5 de junio de 1981.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 6 del 24 de enero de 1984.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 67 del 24 de mayo de 1985.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 43 del 15 de abril de 1986.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 105 del 2 de febrero de 1988.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 4 del 2 de febrero de 1988.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 15 de 26 de enero de 1989.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 76 del 26 de abril de 1990.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 62 del 22 de marzo de 1991.

- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 238 del 17 de diciembre de 1992.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 83 del 8 de marzo de 1993.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 169 del 21 de junio de 1993.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 288 de 4 de octubre de 1993.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 114 del 14 de abril de 1994.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 218 del 18 de julio de 1994.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 294 del 7 de noviembre de 1994.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 174 del 23 de noviembre de 1995.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 176 de 11 de noviembre de 1996.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 9 de 17 de enero de 2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. No. 198 de 6 de noviembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Sección Tercera. No. 262. 16 de enero de 1996.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. No. 1823. Sección 7. 14 de marzo de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Sección Tercera. No. 8776. 30 de noviembre de 1992.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. No. 6140. Sección 7. 21 de julio de 2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. Sección Primera. No. 5038. 15 de julio de 2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia. 11 de febrero de 2010.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cantabria. Núm. 4 de 2013. 23 de septiembre de 2013. AC 2013, 1864.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. Núm. 29 de 2012. 10 de mayo de 2012. RJ 2012, 6368.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. 45 de 2012. 12 de julio de 2012. RJ 2012, 11139.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. 78 de 2012. 13 de diciembre de 2012. RJ 2012, 11189.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. 40. 6 de junio de 2013. RJ 2013, 6368.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. 44 de 2013. 15 de julio de 2013. RJ 2013, 6392.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. 72, 2013. 9 de diciembre de 2013. RJ 2013, 8311.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Cataluña. Núm. 9 de 2014. 6 de febrero de 2014. RJ 2014, 1987.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Extremadura. Núm. 2, 2013. 18 de febrero de 2013. AC 2013, 1710.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Galicia. Núm. 18. 2 de mayo de 2012. RJ 2012, 6364.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Galicia. Núm. 20. 10 de mayo de 2013. RJ 2013, 4815.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Madrid. Núm. 23, 2012. 25 de junio de 2012. JUR 2012, 290925.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Madrid. Núm. 45 de 2013. 26 de junio de 2013. AC 2013, 1722.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Madrid. Núm. 56 de 2013. 9 de julio de 2013. AC 2013, 1724.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Murcia. Núm. 2 de 2012. 28 de junio de 2012. AC 2012, 848.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Murcia. Núm. 2, 2012. 19 de diciembre de 2012. AC 2013, 1704.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Navarra. Núm. 216. 26 de julio de 2007. AS 2008, 335.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. País Vasco. Núm. 3, 2011. 10 de noviembre de 2011. RJ 2012, 5917.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. País Vasco. Núm. 5 de 2012. 13 de junio de 2012. RJ 2012, 11124.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. País Vasco. Núm. 7, 2012. 25 de septiembre de 2012. RJ 2012, 10946.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Valenciana. Núm. 15 de 2012. 8 de mayo de 2012. RJ 2012, 8781.

Comparada

- Consejo Constitucional francés. DC-44, 1971.
- Consejo Constitucional francés. DC-51, 1973.
- Consejo Constitucional francés. DC-132, 1982.
- United States Supreme Court. *MARBURY* vs. *MADISON*, (1803).

Normativa

Colombia

- Acuerdo 080, Reglamento Interno del Consejo de Estado, 2019.
- Código Civil, Colombia.
- Constitución Política de Colombia, 1886.
- Constitución Política de Colombia, 1991.
- Decreto 2663 (1950). Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.
- Decreto 1400 (1970). Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. (agosto 6). Diario Oficial 33.150 de 21 de septiembre de 1970.
- Decreto Ley 410 (1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. (marzo 27). Diario Oficial 33.339 de junio 16 de 1971.
- Decreto 2279 (1989). Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones. (octubre 7). Diario Oficial No. 39.012, del 7 de octubre de 1989.
- Decreto Ley 2591 de 1991, Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. (noviembre 19). Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991.

- Decreto 1818 (1998). Por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. (septiembre 7). Diario Oficial 43380 de septiembre 7 de 1998.
- Decreto 4108 (2011). Por el cual se modifican los objetivos y la estructura del Ministerio del Trabajo y se integra el Sector Administrativo del Trabajo. (noviembre 2). Diario Oficial 48.421 de 2 de noviembre de 2011.
- Decreto 1069 (2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho. (mayo 26). Diario Oficial No. 49523 del 26 de mayo del 2015.
- Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. (agosto 15). Diario Oficial 7151 y 7152 de agosto 28 de 1998.
- Ley 103 de 1923. Sobre organización judicial y Procedimiento Civil. (diciembre 5). Diario Oficial No. 19498 a 19509, de 18 de febrero de 1924.
- Ley 105 de 1931. Sobre organización judicial y procedimiento civil. (17 de octubre). Diario Oficial No 21.823, de 24 de octubre de 1931.
- Ley 2 de 1938. Por la cual se da validez a la cláusula compromisoria. (25 de febrero). Diario Oficial 23.727, de 12 de marzo de 1938.
- Ley 23 (1991). Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones. (marzo 21). Diario Oficial 39752 de marzo 21 de 1991.
- Ley 80 de 1993, Colombia. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. (octubre 28). Diario Oficial No. 41.094 de 28 de octubre de 1993
- Ley 446 (1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. (julio 7). Diario Oficial 43335 del 8 de julio de 1998.
- Ley 1480 del 12 de octubre de 2011, “*Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*”. (octubre 12). Diario Oficial No. 48.220 de 12 de octubre de 2011.

España

- Código Civil, España.
- Constitución Política de la Monarquía Española de 1812.
- Constitución de la Monarquía Española de 1837.
- Constitución de 1845, España.
- Constitución de la Nación Española de 1869.
- Constitución de la Monarquía Española de 1876.
- Constitución de la República Española de 1931.
- Constitución Española de 1978.
- Estatuto Real para la Convocación de las Cortes Generales del Reino de 1834, España.
- Ley 2 de 1979, de 3 de octubre, Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Ley 26 del 19 de julio de 1984, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Ley 6 de 1 de julio de 1985, Orgánica del Poder Judicial.
- Ley 16 de 30 de julio de 1987, por la cual se hace la Ordenación de los Transportes Terrestres.
- Ley 29 de 13 de julio de 1988, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Ley 30 de 26 de noviembre de 1992, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 6 de 14 de abril de 1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
- Ley 1 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 60 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje.
- Ley 13 de 2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, España.
- Ley 11 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, España.
- Ley 39 de 1 de octubre de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

- Ley 40 de 1 de octubre de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Real Decreto Ley 17 de 4 de marzo de 1977, sobre relaciones de trabajo.
- Real Decreto 636 del 3 de mayo de 1993, por el que se regula el sistema arbitral de consumo.
- Real Decreto Legislativo 1, del 16 de noviembre de 2007, Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Real Decreto Legislativo 231 del 15 de febrero de 2008, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

Comparada

- Código de Procedimiento Civil, Francia (2011).
- Código de Procedimiento Civil, países bajos.
- Código Judicial, Bélgica (2013).
- Código Procesal Civil Alemán (ZPO). Traducción de Juan Carlos Ortiz Pradillo, Álvaro J. Pérez Ragone. Uruguay. 2006.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional
- Constitución Política de Massachusetts, Estados Unidos de Norteamérica (1780).
- Constitución Política de New Hampshire, Estados Unidos de Norteamérica (1783).
- Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, 1787.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) ("Convención de Nueva York"),
- Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1961.
- Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados CIADI
- Declaración Francesa de derechos del hombre y del ciudadano de Francia (1789)
- Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.
- Ley de Arbitraje de Inglaterra, 1966.

- Ley de Arbitraje de la India, 1996.
- Ley Federal Suiza sobre el Derecho Internacional Privado, 1987.
- Ley Modelo de la Misión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional CNUDMI.
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, 2017.
- Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI.
- Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, 1998.
- Reglas de arbitraje comercial y procedimientos de mediación de la *American Arbitration Association*.
- Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, art. 33.