

EL ARBITRAJE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN CONTRATOS BASADOS EN ACTOS ADMINISTRATIVOS¹

BRIAM BRITO POLO²

JOSE AUGUSTO DAZA³

RESUMEN

El arbitraje es una alternativa para la solución de conflictos judiciales, en Colombia. Esa figura es aplicable a los casos en los que las partes prefieren una vía extrajudicial pero que brinde plenas garantías de cumplimiento de lo acordado por cada una de las partes intervinientes, particularmente, en el caso objeto de discusión, cuando una de esas partes es el Estado. El árbitro asume una responsabilidad de actuar en derecho pero con sujeción a los acuerdos que se fijan con las partes, las cuales quedan obligadas a aceptar el resultado final del proceso. Esto impone la necesidad de fijar límites a la facultad del árbitro, particularmente en el caso del Estado, es decir, cuando el proceso se inscribe en el ámbito de lo Contencioso Administrativo. Tal es el tema que se aborda en este trabajo, aplicando la metodología de la exploración bibliográfica y de la observación directa no participante, producto de lo cual se concluye que si bien las normas son claras, los resultados que se obtienen con su aplicación no siempre consultan el interés de los ciudadanos, representado en la figura jurídica del Estado, lo cual implica que el perjuicio de éste es irradiado al interés legítimo de los coasociados colombianos.

Palabras Clave

Arbitraje, Estado, Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, Incumplimiento de Contrato.

¹ Este artículo es resultado de la investigación que se hizo para optar por el título de especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Aquino, de la ciudad de Bogotá.

² Abogado universidad Popular del César, auditor del Ministerio de Vivienda

³ Abogado universidad Popular del César, abogado junior de la Secretaria General del Senado de la República de Colombia.

ABSTRACT

The arbitration is an alternative for the solution of judicial conflicts, in Colombia. This figure is applicable to cases in which the parties prefer an extrajudicial route but which provides full guarantees of compliance with what was agreed by each of the parties involved, particularly in the case under discussion, when one of those parties is the State. The arbitrator assumes a responsibility to act in law but subject to the agreements that are established with the parties, which are obliged to accept the final result of the process. This imposes the need to set limits to the power of the arbitrator, particularly in the case of the State, that is, when the process falls within the scope of Contentious Administrative. This is the topic that is addressed in this work, applying the methodology of bibliographic exploration and non-participant direct observation, as a result of which it is concluded that although the norms are clear, the results obtained with their application are not always they consult the interest of the citizens, represented in the legal figure of the State, which implies that the damage of that is irradiated to the legitimate interest of the Colombian associates.

Keywords

Arbitration, State, State Contracting, Law 80 of 1993, Breach of Contract.

INTRODUCCIÓN

Contratar con el Estado es uno de los tantos derechos que, en el marco democrático y del Estado Social de Derecho, se hallan plenamente consagrados en la Constitución de 1991. Es decir, toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a contratar con el Estado siempre y cuando la relación contractual se inscriba dentro de los términos de la ley y la persona contratista cumpla los requisitos de diversa índole que para ello se requiere, en el marco normativo que regla la contratación con el Estado, en Colombia.

Los contratos son siempre escenarios conceptuales idóneos para la discrepancia entre las partes; el incumplimiento que en juicio de una de las partes se da por parte de la otra, es materia de permanente controversia y en los contratos del Estado no se da precisamente la excepción. Antes por el contrario, podría decirse que es el Estado un actor pasivo o activo en gran parte de los conflictos que son sometidos a discernimiento judicial, de lo cual no es necesario mucho esfuerzo para citar ejemplos. Sin embargo, no es intención de los autores referirse específicamente o delimitar el alcance de este ensayo a un determinado tipo de situaciones o formas de controversia que se dan entre un contratista (natural o jurídico) y el Estado sino, más bien, analizar el alcance de las competencias que tienen los árbitros cuando se ven frente a la necesidad de pronunciarse sobre un conflicto entre el Estado y un particular (natural o jurídico) en razón de la visión que se substrahe de la redacción de un contrato. ¿Hasta dónde llegan las competencias de un árbitro cuando a su juicio es sometido un conflicto, uno de cuyos actores es el Estado en razón de decisiones tomadas en el marco de un acto administrativo en materia contractual?

Y es que en el proceso contractual o de contratación con el Estado, éste, a través de funcionarios competentes, emite actos administrativos que buscan regular la realización de un contrato, velar por su cumplimiento, entre otras muchas motivaciones. Como en toda relación contractual, entre el Estado y la o las otras

partes comprometidas en el contrato, pueden surgir diferencias en materia de apreciación de los derechos de cada una de las partes; no siempre la solución se da en el marco de la conciliación directa sino que, en muchos casos, el problema puede trascender al ámbito jurídico, en busca de una decisión que ponga fin a la controversia, siempre dentro del respeto a los derechos que asiste a cada una de las partes.

Los conflictos en este ámbito suelen ser resueltos por los árbitros o personas que se presumen imparciales y que, mediante el estudio de cada problema y de las circunstancias que lo rodean, así como de las argumentaciones y pruebas que aporta cada parte interesada, están llamados a tomar una decisión que ponga fin al conflicto, siempre apuntando a la impartición sana de justicia pronta y ajustada a lo establecido en las leyes colombianas.

Mientras las decisiones de las personas naturales o jurídicas se manifiestan de manera libre y se sustentan en acciones que las acompañan, las decisiones del Estado se ven expresas en actos administrativos, algunos de los cuales pueden generar inconformidad y controversia lo que, cuando no es resuelto de manera directa, impone la asistencia a un tribunal, para que sea éste el que sienta una decisión en relación con las pretensiones de cada una de las partes.

Ahora bien, los actos administrativos son figuras consagradas en la juridicidad colombiana, a través de los cuales los funcionarios del Estado toman decisiones diversas; esas decisiones son tenidas como expresión de la voluntad del Estado y, en razón de ello, tienen un ámbito de aplicación y de forzoso acato, siempre dentro de las condiciones y competencias que asisten al funcionario que emite el acto administrativo. En los conflictos que se dan entre el Estado y el contratista en razón de actos administrativos que a su vez surgen de una relación contractual, se recurre normalmente a la tercera opinión o pronunciamiento arbitral y es aquí donde surge la pregunta a responder en este documento: ¿Cuáles son las competencias que asisten al árbitro en un conflicto que surge de un acto administrativo cuyo origen se produce al interior de una relación contractual? ¿Son

las competencias de los árbitros garantía plena para el Estado en un proceso Contencioso?

DISCUSIÓN Y DESARROLLO

Se considera oportuno abordar la temática expuesta, por la casi permanente situación que se da en torno a conflictos entre el Estado y particulares, en ocasiones promovidas por el Estado y en no pocas, por los particulares que contratan con el Estado. Es frecuente también que se den situaciones en las que las partes se acusan mutuamente y de ello hay un ejemplo claro en el caso del túnel de La Línea, el cual lleva años de retraso y aun así, el contratista alega que está siendo perjudicado económica por omisión del Estado en el cumplimiento de sus obligaciones financieras.

Lo anterior no sería de extrañar en ningún país; cualquiera de las partes puede incumplir y dar lugar a la generación de un conflicto judicial con la contraparte. Lo curioso del caso citado radica en que, mientras el contratista alegaba incumplimiento financiero por parte del Estado, éste mostraba cómo el costo de las obras había aumentado sensiblemente, afectando las finanzas públicas y, además, con un vencimiento de términos que el contratista justificaba con el mismo argumento del incumplimiento financiero.

En el curso del presente ensayo se aborda especialmente esta temática; es, de hecho, uno de los motivos para la escogencia del tema para efectos de este trabajo; las demandas contra el Estado por contratación estatal son frecuentes en medio de una situación en la que la corrupción invade todos los estamentos del aparato administrativo del país; no se trata de una afirmación arbitraria y de ello dan testimonio los casos de Odebrechet, empresa con muchos contratos en Colombia de los cuales un alto porcentaje están inconclusos; en esa misma dirección de pensamientos habría que citar al denominado “carrusel de la contratación” y muchos otros casos en los que el Estado sale lesionado sin recibir, al parecer, el resarcimiento que debe derivar de la acción administrativa por vía judicial.

El arbitraje, en lo Contencioso Administrativo, es definida como “mecanismo mediante el cual la Administración Pública, en cualesquiera de sus manifestaciones y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por la ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competente”. (Herrera, 2015).⁴

Es de tener en cuenta que el Estado es un sujeto de derechos y obligaciones; como persona jurídica, está llamada a asumir las responsabilidades que de sus actos deriven pero, al tiempo, le asiste el derecho de acudir a los medios legales cuando sus intereses están en juego, es decir, cuando la comunidad se ve amenazada o lesionada en sus intereses legítimos por otra persona, sea de orden natural o jurídico. Por consiguiente, el conflicto entre el Estado y otras personas, máxime en lo tocante a la contratación administrativa o estatal, en donde suelen presentarse, en Colombia, muchos eventos indeseados en los que, también con frecuencia, el Estado resulta lesionado en sus derechos, en ocasiones con pérdida definitiva de los mismos, por omisión o error de quienes actúan en su representación.

La honorable Corte Constitucional ha expresado al respecto lo siguiente:

Es perfectamente factible que para la resolución controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria

⁴ HERRERA MERCADO, Hernando. Arbitraje Administrativo. En: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/03/Arbitraje-Administrativo-Hernando-Herrera-Mercado.pdf>

objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar. No es necesario efectuar pronunciamientos sobre la validez de actos administrativos contractuales para efectos de adoptar una decisión sobre estos puntos.” (*Corte Constitucional, 2007*)⁵

Es este uno de los primeros elementos de la discusión que se plantea en este trabajo, ya que, por lo general, como bien lo apunta la Corte, la atención del funcionario judicial se centra en aspectos distintos a la naturaleza y validez del Acto Administrativo, dando por sentado que la simple calidad de Acto Administrativo conlleva la integridad y legalidad del mismo, obviando así el análisis que debe ser parte previa a la entrada en consideración de los alegatos de las partes.

Son muchos y de diversa naturaleza los pronunciamientos que ha emitido la honorable Corte Constitucional en relación con la competencia legal que tienen las personas naturales y jurídicas para hacer valer lo que consideran sus derechos en materia contractual. Ello no existe las acciones que deban, en determinados casos, emprenderse contra el mismo Estado, en razón de que el mismo es una persona que no ve, no entiende ni razona y esas funciones, tan fundamentales en la interacción sociojurídica, quedan en manos de funcionarios que, por su simple condición humana, pueden incurrir en acciones contrarias o controvertibles, en relación con el texto de la ley.

Por mandato expreso del constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirle a particulares. Tal acuerdo recibe

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 174/07. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

en nuestro sistema diferentes denominaciones –pacto arbitral, pacto compromisorio-, puede revestir diferentes formas –cláusula compromisoria, compromiso-, y puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación negocial. (*Corte Constitucional, 2007*)⁶

Quizá en gran parte el sentido de lo expresado en el párrafo anterior lo que busca es sentar las razones del arbitramento, en el sentido que el mismo es producto de la voluntad de las partes en conflicto; esa voluntad no puede ser manejada arbitrariamente y por el contrario entraña un compromiso de las partes de respetar la decisión del árbitro. Lo anterior es importante de resaltar porque la condición de tribunal no judicial puede prestarse a engaño o a interpretaciones sesgadas, razón por la que se estima necesario dejar claramente sentado que el tribunal de arbitramento no es una figura decorativa y que sus decisiones tienen peso jurídico, luego las partes interesadas deben razonar debidamente, antes de decidir someterse a sus decisiones.

Herrera (2015) cita como causales justificadas para la celebración de un arbitraje administrativo:

- Que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.
- Si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales.

Para que el proceso contencioso administrativo tenga lugar, existe una condición básica, elemental y podría decirse sine qua non, que es la calidad de contratación

⁶ Corte Constitucional. Sentencia 174 de 2007. M.P.

estatal o contratación administrativa, debidamente respaldada por el Acto Administrativo correspondiente, es decir, que esté demostrada la relación contractual entre las partes, siendo una de ellas el Estado, a través del funcionario competente. En tal sentido dijo el honorable Consejo de Estado:

“son contratos estatales “todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales”, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos” (*Consejo de Estado, 1998*)⁷

La figura del arbitraje en la legislación colombiana cobra cada vez más relevancia, ante la avalancha de casos en los que el Estado se ve involucrado en conflictos con contratistas de distintas obras y servicios. En la actualidad existen casos como los del nuevo puente sobre el río Magdalena y el túnel del Alto de La Línea en límites entre los departamentos de Quindío y Tolima.

A lo anterior podrían sumarse muchos ejemplos más de obras inconclusas, mal realizadas o que, simplemente, no se iniciaron o se hallan sumamente retrasadas; en esta última variable podría incluirse la Carretera de la Prosperidad, que una vez construida, correrá paralela a la margen derecha del río Magdalena, en el departamento del mismo nombre, comunicando a municipios como Sitionuevo,

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera en auto del 20 de agosto de 1998, expediente 14.202, reiterado en auto del 8 de febrero de 2001 (exp. 16.661).

Remolino, entre otros, con la carretera que comunica a las ciudades de Barranquilla y Santa Marta.

En los casos citados se observa el conflicto de intereses entre los contratistas de cada obra mencionada (apenas unas de las tantas que ameritarían ser incluidas en el inventario de frustraciones contractuales del Estado colombiano) y el gobierno nacional, en representación del Estado. Resulta llamativo cómo los contratistas alegan (sólo cuando son requeridos legalmente) que no se les ha cumplido por parte del gobierno o que los costos fueron mal calculados o, en otros casos, que se hallan en dificultades financieras; no faltan las alusiones a falta de maquinaria adecuada, incursiones de subversivos que extorsionan al contratista, con lo cual se da lugar a que el interesado alegue que es deber del Estado garantizarle su seguridad.

Independientemente de las razones que asisten a las partes en cada conflicto, lo cierto es que el problema se suscita y por consiguiente es necesario dirimir fuerzas legales para solucionarlo. Es en estos casos donde la figura del árbitro cobra importancia, ante los alegatos de las partes, cada una alegando tener la razón en el conflicto que se genera.

El arbitraje es definido por la Ley 1563 de 2012 como un mecanismo alternativo de solución de conflicto al que acuden las partes en litigio, con el fin de hallar salidas a situaciones conflictivas, siempre dentro del marco de permisividad establecido en la Constitución y la Ley. El inciso 2º del artículo 1º de la mencionada ley, establece que el arbitraje debe centrarse en los principios de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción. No es necesario un mayor esfuerzo que estos principios rectores son elementos que hacen parte de la figura que en el mandato superior se define en el artículo 29 como el Debido Proceso. Sobre ese aspecto, cabe citar a la honorable Corte Constitucional (2014), cuando expresa:

Con fundamento en el precepto superior citado, la Corte ha señalado que el arbitramento es un mecanismo para impartir justicia, a través del cual se hace efectiva la función pública del Estado en este sentido, luego los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional, mediante el desarrollo de un auténtico proceso, sujeto a ciertas regulaciones legales, dado que aun cuando la justicia arbitral debe ser habilitada por las partes, ello no impide que el legislador “regule el procedimiento que rige este tipo de mecanismos de solución de conflictos, conforme se desprende, además, del artículo 29 superior, que establece el derecho de toda persona a ser juzgada ante juez o tribunal competente, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (*Corte Constitucional, 2014*).

Ciertamente, el concepto de arbitraje en la solución de conflicto se inscribe claramente en la impartición de justicia, facultad y obligación simultáneas que están depositadas constitucionalmente en manos del Estado, el cual debe velar sobre ese aspecto en guarda de la paz y concordia entre los ciudadanos, a partir de una justicia basada en el respeto de los legítimos derechos de cada ciudadano.

Quiere decir lo anterior que, si bien se autoriza el arbitraje en Colombia, ello no implica que la acción pueda realizarse de manera arbitraria o en detrimento de los intereses de una o unas de las partes que conforman el litigio y por ello se entiende que el arbitraje gira en torno a la exposición de argumentos, razones, pruebas, planteamiento de propuestas y de contrapropuestas, todo ello dirigido a que el resultado final sea el acuerdo entre las partes, de manera que todas den por alcanzados sus objetivos, dentro de las posibilidades que a cada una asistía en el proceso.

El proceso de arbitraje termina con la promulgación de laudo arbitral, el cual puede basarse en Derecho, en la aplicación de la equidad sobre las pretensiones

de las partes o en un concepto técnico, dependiendo de la naturaleza del litigio. Es de resaltar que, si bien los arbitramentos tienen fin con laudos basados en las características anteriormente mencionadas, cuando interviene en el conflicto un ente oficial en el que puedan darse consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho. (*Ley 1563, art.1*)

Esta posición del legislador es entendible si se tiene en cuenta que la administración pública tiene siempre contraída una responsabilidad con el ciudadano, máxime cuando se trata de procesos en los que pueden verse afectados los fondos públicos, cuyo manejo cuidadoso y transparente se entiende como una de las funciones básicas de quienes administran lo público, en razón de un cargo, cualquiera sea el origen del mismo, siempre y cuando se trate de cargo de administración pública.

El arbitraje, a la luz de la Ley 1563 de 2012, puede ser ad hoc, cuando las partes acuerdan acudir a un arbitraje por ellos elegido o institucional, cuando la diligencia se celebra en un centro especializado y debidamente autorizado por la ley. No obstante y para efectos de este trabajo, es de señalar que la misma norma señala claramente que cuando una de las partes sea una institución pública o en el contenido del arbitraje se incluyan acciones de contratación pública, el arbitraje deberá ser institucional, lo cual es entendible si se tiene en cuenta que la administración pública tiene una responsabilidad contraída en relación con el manejo de los fondos públicos.

Los procesos arbitrales, establece la norma ya mencionada anteriormente, serán de menor cuantía cuando alcance la suma equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes y de superior cuantía cuando superen ese valor. Es entendible

que, por lo general, los procesos arbitrales en los que intervienen entidades del Estado superan el monto de los 400 salarios mínimos vigentes, razón por la que se puede decir, en términos generales, que los procesos en los que se involucra el Estado son (con contadísimas excepciones) siempre de mayor cuantía.

La norma reguladora del proceso de arbitraje establece ciertas condiciones que apuntan a la transparencia; regula la designación de árbitros y las opciones que tienen las partes para efectos de rechazar u objetar a uno de quienes conforman el cuerpo arbitral, por cualquiera de las partes. En tal sentido establece el cuidado que se debe tener en relación con los nexos que puedan existir entre el árbitro y cualquiera de las partes, sea relación de trabajo, de familia o de cualquier otra índole. En tal sentido y con miras al debido proceso, establece que cuando existen casos relacionados con este aspecto, el árbitro debe hacer claridad sobre los aspectos que lo unen a cualquiera de las partes. También establece un mínimo de dos años cuando el árbitro ha tenido vínculos con cualquiera de las partes, fijando un término de dos años anteriores a la fecha de su designación

En todo caso, los conflictos que tienen que ver con entidades del Estado, como se estableció anteriormente, se desarrollarán en instituciones o centros especializados, debidamente autorizados para su funcionamiento. Aun así, existe siempre la posibilidad de impugnación de uno o varios nombres, por las razones y limitaciones que al respecto establece la Ley, siempre en procura de la equidad y la igualdad en el manejo de los derechos legítimos de las partes. Para tales casos, la ley establece términos y condiciones en las que se debe diligenciar la posición subjetiva de cualquiera de las partes.

Las audiencias, según lo establece la Ley 1563 de 2012, se realizarán de tal forma que todas las partes puedan acceder a la misma por cualquier medio. Es decir, se

abre la posibilidad de que se apliquen medios tecnológicos, cuando las partes no puedan reunirse por razones diversas, principalmente de distancia. De esta manera, se garantiza el acceso a las audiencias en igualdad de condiciones, atendiendo así el sentido del debido proceso que debe ser uno de los ejes rectores de las audiencias.

En relación con las pruebas, las mismas se reglamentan en la misma norma, dejando claro que las que se ordenen no tienen objeción, a diferencias de las que se presenten, por razones obvias, por cualquiera de las partes, las cuales pueden ser objeto de controversia en su análisis e interpretación. Las pruebas pueden realizarse incluso en el exterior, guardando las formas de las normas que apliquen en el respectivo país y con sujeción a los acuerdos internacionales que apliquen en cada caso. Es necesario aclarar que cuando faltare la prueba a practicar en el exterior, los tribunales podrán suspender de oficio el proceso hasta la recepción de la prueba, aun en los casos en los que las demás pruebas hayan sido realizadas y presentadas al proceso.

Medidas cautelares

Es competencia de los tribunales de arbitramento, a petición de parte, decretar medidas cautelares, las cuales serán efectivas en un proceso ordinario o de lo contencioso administrativo. Esas medidas cautelares, en su decreto, práctica y levantamiento, se regirán por lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para lo cual el tribunal podrá comisionar al Juez Civil para efectos de la medida pero, si en el proceso una de las partes es una entidad pública, el tribunal podrá comisionar al juez administrativo, en caso de considerarlo conveniente.

También podrá el tribunal decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o

evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, generar cesación de daño causado o asegurar la efectividad de la pretensión. Es necesario precisar que el tribunal dispone de facultades para modificar, por iniciativa propia o a petición de partes, los alcances y formas de la medida cautelar, siempre salvaguardando el interés legítimo de las partes y en esa línea de pensamientos podrá modificar e incluso sustituir las medidas a que hubiese dado lugar el desarrollo del proceso.

De otro lado es conveniente mencionar que el árbitro que faltare dos veces injustificadamente a las sesiones del proceso o tres sesiones debidamente justificadas, dejará de ser parte del tribunal. En estos casos, los demás componentes del tribunal deberán notificar a quien designó al desistido miembro, para que proceda al nombramiento oportuno de su reemplazo.

El tribunal cesará en sus funciones en condiciones específicas fijadas por la ley:

- Por falta de consignación oportuna de gastos y honorarios que se hallen previstos en la Ley 1563 de 2012.
- Cuando las partes en litigio consideren oportuno cesar el proceso.
- Por falta de notificación al litisconsorte que no suscribió el pacto arbitral o cuando el litisconsorte no manifieste con oportunidad su voluntad de adhesión al mismo.
- Por vencimiento de los términos fijados para el proceso o vencimiento de la prórroga.
- Por ejecutoria del laudo o providencia que resuelva sobre la aclaración, corrección o adición.

- Por interposición de recurso de apelación, aunque en este caso el tribunal mantendrá su competencia para la sustentación del recurso.

Evidentemente las condiciones que aparecen reseñadas en líneas anteriores son ajenas en su naturaleza a la voluntad y competencia del árbitro. Es decir que los vicios en la configuración de la figura del arbitramento, atribuibles a cualquiera o a la totalidad de las partes en conflicto, será suficiente para el cese del proceso. Es importante el último punto en el que se señala la posibilidad de un recurso de apelación, cuando por omisión se entiende que la figura del árbitro lleva implícita, por parte de los interesados, la aceptación de la decisión que tome el árbitro.

El arbitramento desde la perspectiva de la honorable Corte Constitucional

Aunque Colombia es un “país de leyes” lo cierto es que en algunos casos las mismas no cumplen a cabalidad su cometido de sentar claridad sobre derechos de quienes, en una u otra forma se sienten comprometidos en sus intereses personales, familiares o financieros y estiman que el estrado judicial puede ser la alternativa para poner fin al conflicto.

En Colombia la figura de la conciliación es obligatoria en muchos casos; cuando esa figura no logra el cometido de conciliar intereses, las partes pueden acudir al arbitramento, teniendo en cuenta que para ello se requiere el aporte de voluntades, ya que se trata de delegar en un tercero imparcial, las reclamaciones de quienes configuraron el contrato objeto de la discusión. El arbitramento, en Colombia, es también objeto del interés de la honorable Corte Constitucional, la cual dice al respecto en una de sus sentencias (*Corte Constitucional, 2016*).⁸

Las características esenciales del arbitraje, (...) son la voluntariedad, la temporalidad, la excepcionalidad y su naturaleza procesal. (i) La voluntariedad se basa en reconocer que la activación de la justicia arbitral

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL (2016). Sentencia C-538 de 2016. MP Luis Ernesto Vargas Silva.

en cada caso concreto es una variable dependiente del acuerdo previo, libre y voluntario de las partes de someter a los árbitros la solución del caso. Como se indica en la sentencia C-947 de 2014 “al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, “... tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”. En ese orden de ideas, “... es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo.”

Es decir, el alto tribunal concede a la voluntad de las partes una importancia vital para el éxito del arbitramento, voluntad que conlleva el compromiso de aceptar el resultado del arbitramento en forma indeclinable, en forma total. Acudir al arbitramento es renunciar al proceso por la vía ordinaria, aceptando de antemano la decisión que tome el árbitro en la solución del problema. Esto, con el fin de evitar la prolongación innecesaria o inconveniente del conflicto.

Y sigue diciendo la honorable Corte: “(ii) *La temporalidad significa en que la actividad jurisdiccional encomendada a los árbitros es de carácter transitorio y está circunscrita a la decisión del caso sometido por la partes a estos. Por ende, en modo alguno desplaza de forma permanente la función estatal de adjudicación*”.

Ciertamente, la facultad decisoria del árbitro se circunscribe al tema objeto de discusión y en ningún momento se erige como algo permanente ni autoridad para intervenir en otros procesos o conflictos distintos al que ha sido encomendado de manera taxativa y clara.

(iii) La excepcionalidad radica en el carácter limitado de los asuntos que pueden ser sometidos a la justicia arbitral. En efecto, solo aquellos bienes

jurídicos que puedan ser sujetos de transacción pueden someterse a este mecanismo, resultando inejecutables los pactos arbitrales que dispongan la inclusión de asuntos diferentes, como son aquellos relacionados con la garantía de los derechos fundamentales. En estos casos, la competencia privativa de adjudicación corresponde a los jueces.

Es importante este aspecto que anota la Corte, en el sentido que no todo es susceptible de discusión arbitral, ya que hay aspectos que son privativos del deber y derecho del Estado para intervenirlos. La libertad y demás derechos fundamentales no pueden ser objeto de un arbitramento, porque ello sería aceptar que la Carta puede ser controvertida por un fallo arbitral, lo cual resultaría absurdo desde el punto de vista netamente jurídico.

(iv) Finalmente, el carácter procesal del arbitraje tiene que ver con la sujeción del mecanismo a las reglas previas en la Constitución y la ley, en particular las garantías que integran la cláusula del debido proceso. Por ende, en el arbitraje tendrá que garantizarse los derechos de contradicción y defensa, la publicación de las actuaciones, la existencia de un procedimiento previo y conocido por las partes, la adecuada valoración de la prueba, la igualdad de oportunidades para las partes, etc. Además, otra de las cautelas que debe ser eficaz al interior de la justicia arbitral es la garantía de independencia e imparcialidad de los árbitros.

En ese sentido se reafirma lo antes dicho; el arbitraje no sólo es limitado en su alcance, sino que tiene que apoyarse en la normatividad vigente, por parte del árbitro, el cual no podrá tomar decisiones que vulneren el derecho consagrado en la Constitución o la Ley, los cuales son patrimonio de cada persona, sea natural o jurídica. Luego el alcance del arbitramento está sujeto a la normativa vigente y sobre ella debe aplicarse el árbitro en sus decisiones.

La Ley 80 y el Arbitramento

Cuando se liquida un contrato, realmente lo que se hace es un proceso administrativo, orientado a determinar las condiciones en que se definió el contrato, el comportamiento mutuo de las partes y establecer cuál es la situación entre las mismas, es decir, quién le debe a quién y el monto de la deuda pendiente.

La Ley 80 de 1993, en su artículo 60, establece que la finiquitación del contrato debe hacerse de común acuerdo entre las partes, al tenor de lo establecido en el acuerdo escrito; dice la misma norma que, en caso de que esto no se dé, se tiene como término para la finalización los cuatro meses siguientes a la finalización del contrato o, en su defecto, lo determinado en un acto administrativo que ordene la finalización del contrato.

En esa misma línea de pensamientos, el artículo 61 establece que la finalización del contrato puede darse por acto administrativo de la administración contratante, cuando el contratista no se presente a llenar dicho requisito. En este caso, el proceso de liquidación deberá iniciarse a los dos meses de los cuatro establecidos para ello. Al contratista le asiste el derecho, si la administración no procede de esta forma, de acudir a la autoridad competente para poner en su conocimiento la situación y obtener la liquidación del contrato por parte del contratante.

En caso de arbitramento, el mismo se halla reglado desde la Carta Política en su artículo 116, así como por la Ley 80 de 1993, Ley 270 de 1996 y Decreto 1818 de 1998, para lo pertinente a procedimientos del trámite. Dentro de esa normativa, se incluye la posición de la honorable Corte Constitucional, en el sentido que cuando se acude al arbitraje no siempre se desconfía de la justicia ordinaria sino que, en determinados casos, la justicia alternativa entra a suplir falencias que bien pueden ser del contrato mismo o falencias en la norma para ser aplicada a un caso específico.

La importancia de esta posición del alto tribunal radica en el reconocimiento de que no siempre la justicia ordinaria es el canal idóneo para la finalización de un

contrato, cuando existen pretensiones particulares de las partes o de una de ellas; en esos casos, el arbitramento sienta bases especiales para que el procedimiento de finalización consulte el interés de ambas partes y se dé dentro de un marco de equidad y sujeción a la ley. (Romero, 2003)⁹.

Dentro de este marco no sólo legal sino conceptual de las altas cortes, el arbitramento en la contratación pública es una figura sumamente importante, que en el modelo administrativo que aplica en Colombia, identificado por la desidia y el poco cuidado con los bienes del Estado, en gran parte de quienes tienen a su cargo velar por el patrimonio estatal es una realidad basada en:

- El conflicto que requiere de arbitraje debe tener su origen en alguna circunstancia relacionada con la celebración de un contrato de figura estatal, en lo que se incluye su ejecución, terminación y liquidación.
- - Dentro de las partes, una de ellas debe tener calidad de entidad estatal.

El contrato ha de enmarcarse dentro de los que se rigen explícitamente por leyes de derecho común.

Es de tener en cuenta que el arbitraje en este caso exige que haya tres árbitros para los conflictos de mayor cuantía y las partes pueden optar por elegir un solo árbitro. En cuanto al procedimiento para el arbitraje, el mismo se halla contenido en el Decreto 1818 de 1998, al que se hizo referencia en líneas anteriores.

A estas alturas se estima conveniente citar a la honorable Corte Constitucional, cuando expresa que:

“Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que

⁹ ROMERO GALVEZ, Leopoldo. (2003). El arbitraje en los contratos estatales. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Derecho Público.

tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular.” (*Corte Constitucional, 2000*)¹⁰

Queda entonces establecido claramente que el particular no puede entrar a calificar el acto administrativo en su naturaleza misma, ya que esa facultad es potestativa del honorable Consejo de Estado. Ello impone al particular, si lo estima necesario en su proceder contencioso, la necesidad de confrontar la normatividad vigente para determinar la calidad del acto administrativo o en su defecto acudir al organismo competente, en busca de claridad sobre la situación problema que enfrenta.

Obsérvese cómo la manifestación del alto tribunal da por sentado que el acto administrativo es proferido siempre con el lleno de los requisitos que son exigibles para su validez como tal pero, en el evento de dudas, no es dable al particular calificar el acto en su validez jurídica sino a los organismos que están constitucionalmente facultados para tal acción.

Ahora bien, en defensa del interés común de los colombianos, existen también normas que apuntan a garantizar la integridad de ese interés y en tal sentido se ha establecido que:

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-136 de 2000. MP Alfredo Beltrán Sierra.

- Tratándose de procesos en los que es demandada una entidad pública, el centro de arbitraje correspondiente deberá remitir comunicación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, informando de la presentación de la demanda. La remisión de la comunicación a que se refiere este inciso, es requisito indispensable para la continuación del proceso arbitral.
- En los arbitrajes en que sea parte el Estado o alguna de sus entidades, se aplicarán además las causales de impedimento y recusación previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.(Herrera, 2015).

La vulnerabilidad del Estado en muchos procesos deriva de la poca aplicación que parecen aplicar sus propios funcionarios, lo que en no pocas ocasiones ha dado lugar a suspicacias acerca del sentido de pertenencia que tienen algunos funcionarios públicos hacia lo que es el Estado y los derechos que como persona jurídica le asisten. Esto obliga a un permanente celo legislativo, manifiesto en la emisión de nuevas normas que buscan corregir los excesos u omisiones que se dan en la normatividad, con el fin de que esas normas sean realmente prenda de garantía de justicia, ya que tampoco es deseable que el particular se vea en desventaja cuando dirime conflictos con el Estado, el cual es reconocido por la Carta como persona jurídica que encarna el sentir de los coasociados, condición esta que no impone la necesidad de exonerar al Estado del cumplimiento de normas que son exigibles al particular, salvo aquellas que, como las ya enunciadas, buscan exclusivamente proteger al Estado de situaciones en las que sus intereses dependan de defectos procedimentales, ya en la emisión del acto

administrativo que da origen a una contratación o en procedimientos relacionados con dicha contratación y que pudieran llegar a afectar al particular en sus intereses legítimos.

Lo anterior no obsta para que el Estado mismo sea sometido a mandatos legales que debe cumplir, en su condición de persona jurídica, objeto de derechos y obligaciones. Por ejemplo, el artículo 136 del estatuto administrativo establece que:

“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento”. Este término es al tiempo una garantía y una conminación al Estado, en el sentido que su condición de persona representativa del interés general no la faculta para la omisión de deberes en relación con un elemento importante en el mundo jurídico, como lo son los términos en que es aceptable una acción judicial. Obviamente, se dirá que la norma aplica en ambos sentidos pero, por lo expresado en líneas anteriores, el Estado es objeto de situaciones en las que la negligencia o poco interés de sus funcionarios, se ve precisado a claudicar judicialmente ante las pretensiones de terceros, independientemente del grado de razón que les asista en la acción judicial.

Salvo las consideraciones que forzosamente debe tomar el ordenamiento jurídico en preservación del interés general, protegido especialmente en la Constitución y la Ley, el arbitramento aplica de igual manera en los eventos en los que el Estado se erige como parte interesada. La calidad de Estado Social de Derecho, pregonada en el mandato superior, es prenda de garantía para las partes en conflicto, brindando las mismas oportunidades y sentando las mismas bases de procedimiento para las partes, aun en los casos en que una de ellas es el mismo Estado.

Como se manifestó anteriormente, el Estado, por ser representación de la generalidad ciudadana, goza de un fuero especial no delimitado pero sí claro en sus expresiones, ya que busca aplicar el sentido de que el interés general prima sobre el interés particular, sin invadir el ámbito de los derechos inalienables que asisten al ciudadano en razón del Estado Social de Derecho, uno de cuyos principales preceptos es la protección garantizada de los derechos de los ciudadanos.

CONCLUSIÓN

Analizar toda la normatividad que aplica en relación con el tema objeto de discusión ocuparía mucho espacio y por ello se estima necesario hacer énfasis en algunos aspectos que aplican en el proceso contencioso administrativo, en Colombia.

Quiere referirse el grupo a un aspecto que, si bien no tiene nexo jurídico alguno con el tema desarrollado, sí se muestra como una de las causas de que el legislador pretenda reglamentar debidamente el proceso contencioso administrativo, ya que es el escenario en el que se desarrollan muchas batallas jurídicas, en las cuales se dirimen intereses de la comunidad, representada en la figura demandada del Estado, por parte de particulares.

Se hace alusión a la corrupción que, como lo reconoce ampliamente la clase gobernante y la clase política en general, ha invadido todos los espacios de la administración, sin que con ello se pretenda decir que ha salpicado a todos los funcionarios del Estado. Simplemente, en todos los espacios en donde se trabaja sobre ejes rectores del interés común en lo económico, está siempre una figura que empaña la imagen institucional y lesiona gravemente al Estado.

Se alude este tema, porque en la actualidad se dan algunos casos en los que evidentemente chocan los intereses de la generalidad de los colombianos con los intereses particulares de los contratistas. Casos como los del túnel de La Línea y el Puente sobre el río Magdalena, ponen de presente la necesidad de que la normatividad endurezca su contenido, con el fin de lograr un cambio de actitud en los contratistas, en relación con los compromisos que adquieren con el Estado.

En el caso del túnel de La Línea, llama la atención el alegato de un contratista en el sentido que está siendo perjudicado cuando, en realidad, el Estado ha cumplido

con las normas pactadas en cuanto a lo financiero, que es lo que le compete específicamente. No se puede decir lo mismo del contratista que, ahora, alega imprevisión en los diseños, razón que esgrime en su defensa, en el sentido que se están dando impactos ambientales que retrasan el trabajo y por ello no ha sido posible cumplir dentro de los términos establecidos originalmente.

En cuanto toca a la construcción del Puente sobre el río Magdalena, no hay explicación que satisfaga la zozobra del retraso de un año, hasta el momento, en la terminación de la obra. Recientemente el organismo rector de las obras públicas en Colombia manifestó que se han cumplido los compromisos financieros; de otro lado, el entorno ambiental no perjudica el desarrollo de la obra y, sin embargo, ésta, como se dijo anteriormente, presenta un retraso de un año, hasta el momento.

Llama la atención en este caso específico que el Estado no inició acción alguna contra el contratista, concediéndole un plazo adicional de un año. Se dice que no hay sobre costos en la obra pero ¿cuál es el lucro cesante de una obra como el puente sobre el río Magdalena, en un año? Se hace mención a ello porque los contratistas suelen esgrimir ese argumento contra el Estado, cuando éste incumple el plazo para el pago de los derechos económicos del interesado.

Muy seguramente el representante del Estado en este caso pensó que convenía más a la necesidad de la obra su continuidad y aceleración de procesos y que un proceso contencioso demoraría demasiado tiempo, con parálisis de la obra; la alternativa de un arbitramento ni siquiera fue considerada, lo que evidencia un proceder muy favorable al contratista incumplido, que recibe una palmada en la espalda para que, simplemente, se tome un año más para terminar la obra que debió estar terminada en Mayo del año en curso.

Estos casos deben constituirse en un llamado de atención al legislativo, en el sentido de simplificar algunos procedimientos, haciendo más asequible la figura

del arbitramento o de la demanda contenciosa, con el fin de poner fin al conflicto. Inexplicablemente, se alegó que era preferible conceder una prolongación en el contrato (al igual que sucedió en La Línea) y, mientras tanto, las dos obras, vitales para la comunicación terrestre entre el interior del país y la Costa, se ven paralizadas, en detrimento del interés de la comunidad nacional.

De otro lado y, retomando el tema central del presente trabajo, se estima que la normatividad en cuanto al proceso Contencioso Administrativo está sumamente clara y sólo resta que la misma se aplique a conciencia cuando existan méritos suficientes para ello. Además, la normatividad no contiene complejidades ni párrafos de doble sentido o susceptibles de ser interpretados de diversa manera, porque su contenido es claro y conciso.

Ahora bien, lo que no está del todo claro es que, tratándose de un proceso arbitral, no se determine claramente la competencia del funcionario que debe tomar la decisión del arbitramento. En aras de la transparencia, se estima que no debe ser el mismo funcionario que, en razón de su cargo contrató y tiene asignada una competencia específica, sino de un organismo que, como la ANI, por citar un ejemplo, tome, a partir de determinados montos en el costo de las obras, la decisión de acudir a un arbitramento, tomando en consideración todos los aspectos que inciden en el conflicto y que afectan, en mayor o menor grado, al interés de la comunidad.

La figura del arbitramento es, ciertamente, una alternativa para la solución de conflictos pero, en determinados casos, se deben priorizar aspectos como la necesidad imperante de que el contratista cumpla con su compromiso, el monto de la obra y el perjuicio económico que el Estado recibe cuando no se le cumple adecuadamente. Son muchos los ejemplos que podrían citarse en apoyo de este punto de vista, tanto en la tradición administrativa como en la contemporaneidad de sucesos que se inscriben dentro del alcance de las normas actuales y que, sin embargo, pasan inadvertidos, quizá como consecuencia del poco interés que

despiertan en los funcionarios del Estado, para asumir posiciones que sean coherentes con lo que se dirime, desde la perspectiva del interés común de los colombianos.

La revisión de la normatividad no debe ceñirse estrictamente a los procedimientos sino a las causas que pudieran dar lugar a un arbitramento, figura que, por lo general, es más favorable al particular contratista que al interés del Estado, luego su aplicación debe ser comedida y delimitada mucho más claramente en la normatividad correspondiente.

BIBLIOGRAFÍA

Consejo De Estado. Sección Tercera en auto del 20 de agosto de 1998, expediente 14.202, reiterado en auto del 8 de febrero de 2001 (exp. 16.661).

Corte Constitucional. Sentencia SU 174/07. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

Corte Constitucional. Sentencia C-136 de 2000. MP Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia 174 de 2007. M.P.

Corte Constitucional (2016). Sentencia C-538 de 2016. MP Luis Ernesto Vargas Silva.

Herrera Mercado, Hernando. Arbitraje Administrativo. En: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/03/Arbitraje-Administrativo-Hernando-Herrera-Mercado.pdf>

Romero Gálvez, Leopoldo. (2003). El arbitraje en los contratos estatales. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Derecho Público. En: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS48.pdf>.