

**LA DECLARATORIA OFICIOSA DE NULIDAD ABSOLUTA DE CONTRATOS
ESTATALES EN EL MARCO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE
ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES: DICOTOMÍA ENTRE ESTABILIDAD
JURÍDICA E INTERÉS GENERAL**

NURY ANDREA PATIÑO JARAMILLO

TUTOR: CÉSAR ALBERTO CORREA MARTÍNEZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

BOGOTÁ D.C.

2021

LA DECLARATORIA OFICIOSA DE NULIDAD ABSOLUTA DE
CONTRATOS ESTATALES EN EL MARCO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE
ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES: DICOTOMÍA ENTRE ESTABILIDAD
JURÍDICA E INTERÉS GENERAL

Recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales en Colombia:
Particularidades y límites al control judicial

Resumen

Desde el análisis de las posturas interpretativas del Consejo de Estado al desatar el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral en aquellos eventos en los que sea evidente una causal de nulidad absoluta del contrato, el presente artículo pretende mostrar un ejercicio hermenéutico altamente razonado y razonable que le permite al funcionario judicial invalidar el acuerdo en virtud de la aplicación prevalente del principio del interés general pese a las restricciones propias del escenario judicial que lo convoca.

Palabras claves: Recurso extraordinario de anulación, Potestad oficiosa, Seguridad Jurídica, Principio de interés general.

Abstract

From the analysis of the interpretative positions of the Council of State when unleashing the extraordinary appeal for annulment of the arbitration award in those events in which an absolute nullity of the contract is evident, this article aims to show a highly reasoned and reasonable hermeneutical exercise that it allows the judicial official to invalidate the

agreement by virtue of the prevailing application of the principle of general interest despite the restrictions inherent in the judicial scene that summons it.

Key words: Extraordinary action for annulment, Unofficial power, Legal Security, Principle of general interest.

1. Introducción

La jurisprudencia y la doctrina colombianas han sostenido que las decisiones adoptadas en los procesos arbitrales revisten un atributo de intangibilidad, mediante el que se materializan principios como el de la estabilidad jurídica y la legalidad, fundantes del Estado Social de Derecho.

De otro lado, la normatividad colombiana consagra como una de las potestades otorgadas a los jueces, en su condición de directores de los procesos judiciales, la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta de contratos en el marco de cualquier trámite o instancia judicial, a condición de que se verifiquen dos requisitos, a saber: (i) la evidencia de la invalidez del acuerdo de voluntades; y, (ii) la concurrencia al proceso de las partes afectadas o sus causahabientes.

Ante este panorama, que de un lado privilegia la inmutabilidad de los laudos arbitrales y, del otro, permite al juez administrativo invalidar acuerdos abiertamente vulneradores del ordenamiento jurídico, el Consejo de Estado, como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, no ha dado un tratamiento uniforme a la interpretación de estas normas al momento de desatar los recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales, al advertir la configuración de una o varias causales de anulación absoluta del contrato estatal, lo que conlleva una problemática que suscita el interés de esta investigación.

El presente artículo pretende evidenciar la disparidad de criterios al interior de la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la posibilidad dada al juez de lo contencioso administrativo de declarar la nulidad absoluta de contratos estatales al desatar el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral a condición de que se verifiquen los dos requisitos señalados en precedencia. Estas, posiciones, como se ha enunciado, en algunos eventos, han privilegiado la inmutabilidad de los laudos arbitrales y, en otras, han sido proclives por la preponderancia de la facultad oficiosa asignada al juez.

Adicionalmente, la pretensión de este artículo de investigación, aunque se quisiera, no es encontrar la respuesta unánime, sino, por el contrario, presentar que las decisiones adoptadas debieran ser altamente razonadas y razonables. En ese sentido, no se pretenderá imponer una decisión o calificar la validez o invalidez de las mismas, por cuanto ellas, por criterio de autoridad, ya fueron adoptadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado. En ese sentido, la intensión académica consiste en ofrecer otra forma de interpretar de los insumos normativos que también son plausibles y que no se separan del precedente en sí mismo.

Por lo anterior, se hace necesario indagar, para resolver a la pregunta de ¿Cuál es la razón que determina que, en virtud del principio de prevalencia del interés general, el juez contencioso administrativo, pueda anular contratos en sede del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral?

Para resolver este interrogante, el objetivo general consiste en determinar por qué es más razonable y, por ende, ajustado al principio de prevalencia del interés general, permitirle al juez contencioso administrativo, en uso de su potestad oficiosa, invalidar contratos en los que sea manifiesta la configuración de causales de nulidad absoluta, al desatar el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral.

Para ello es necesario (i) abordar los aspectos generales del sistema arbitral como mecanismo alternativo en la solución de conflictos; (ii) examinar el tratamiento jurisprudencial del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral por parte del Consejo de Estado; (iii) revisar las causales de nulidad absoluta de los contratos; e, (iv) identificar el alcance de la potestad oficiosa del juez para anular contratos.

Uno de los tantos escenarios que convoca el conocimiento de la justicia convencional lo constituye el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, que fue concebido desde su incorporación a la legislación colombiana, con una suerte de blindaje en favor de la decisión de fondo adoptada por los árbitros, sometida a revisión de los jueces permanentes

desde una perspectiva meramente formal, sin que puedan considerarse aspectos relevantes en lo que a definición sustancial se refiere.

No obstante, frente a esta limitación que atiende a la necesidad lógica de fortalecer y privilegiar instituciones alternas de solución de conflictos que, sin lugar a dudas, contribuyen eficientemente en la preservación de la paz y el orden social, por comportar modelos de justicia material eficiente, debe imponerse la salvaguardia de principios de gran peso dentro del ordenamiento jurídico como el interés general. A esta custodia se ve compelido el juez permanente en cualquier escenario judicial en el que intervenga sin miramientos de índole formal, pues, ante la verificación de una causal de nulidad, surge como un imperativo su declaratoria con las consecuencias legales que esta acarrea.

Es por ello que el presente trabajo amplía el campo de acción de la posición jurisprudencial que tímidamente le permite, al juez, revisar las causales de anulación que pueden llegar a afectar las relaciones negociales adelantadas por el Estado. Esta posición privilegia la intervención del juez del recurso extraordinario para revisar de fondo la decisión de los árbitros, así ese análisis hubiese sido procurado en el trámite arbitral, ni se circunscriba al contenido del pacto arbitral –compromiso o cláusula compromisoria-, tal como ha sido avalado por el Consejo de Estado, en tanto no encuentra justificación legal alguna que esta facultad oficiosa deba ceder en tratándose del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral.

2. El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos en Colombia

En orden a establecer el enfoque que fungirá como marco orientador del presente artículo, se acude a fuentes que brindan claridad acerca del arbitraje y el recurso extraordinario de anulación y las posibles implicaciones que comportaría la declaratoria oficiosa de nulidad de contratos estatales viciados insaneablemente en el marco de aquel.

El arbitraje, como solución alternativa de conflictos, se define como mecanismo “paralelo a la administración de justicia propia del Estado, para dirimir conflictos que, por lo

general, se derivan de una relación negocial o contractual, asuntos que, cabe decir, son de libre disposición autorizados por la ley” (Reyes Sinisterra, 2019, pág. 174); tuvo su génesis en el seno de las comunidades primitivas en las que la aparición de controversias fue concomitante con la idea misma de sociedad¹. En esta dinámica conflictual, se erigió como necesario la aparición de un tercero neutral capaz de dirimir desde las reglas y procedimientos establecidos, los enfrentamientos suscitados entre los asociados, y así facilitar la consolidación y avance de las comunidades.

La Corte Constitucional de Colombia, en 1995, al realizar el estudio de constitucionalidad de la ley sobre mecanismos de solución alternativa de conflictos (Corte Constitucional, 1995, sentencia C-341, M.P. Hernando Herrera Vergara), concluyó que el arbitraje comporta un proceso autónomo e independiente al interior del cual se pueden ejecutar las mismas prerrogativas que las otorgadas a los procedimientos judiciales ordinarios, pues, si bien la habilitación dada a los árbitros proviene del acuerdo de voluntades de los contratantes, lo que le daría su naturaleza contractual (Hernández , 2009, pág. 7), lo cierto es que la autorización, en aras de administrar justicia, proviene directamente de la Constitución Política y la ley, por lo que su función entraña una actividad netamente jurisdiccional. Al respecto la Corte Constitucional señaló:

No obstante que el arbitramento se origina en un negocio jurídico privado, por virtud de la habilitación de las partes -una vez se ha llegado a acuerdo entre las partes-, quien le otorga la facultad de administrar justicia a los particulares en la condición de árbitros, es la misma Constitución Política. Dicha habilitación es transitoria, pues al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral. En este sentido, los árbitros obran en forma similar a cualquier juez. La existencia del pacto arbitral sustrae o excluye el negocio sub-lite, de la competencia de la jurisdicción ordinaria, sustituyéndola.

Como otro rango diferenciador de este modelo de justicia encontramos que la labor de los particulares, en orden a administrar justicia, difiere sustancialmente de la justicia

¹ En el plano nacional, la figura del arbitraje tiene como primer antecedente normativo la Ley 105 de 1890, codificación civil que a partir de su artículo 307 regula lo atinente al juicio por arbitramento y que comparte con la legislación actual las mismas características de este modelo de justicia a saber: (i) voluntariedad de las partes de sustraer de la justicia permanente sus diferencias; (ii) la transitoriedad de la facultad otorgada a los particulares para dirimir conflictos con la misma jerarquía que los jueces; (iii) fallos en derecho o en equidad; (iv) inmutabilidad del laudo arbitral.

permanente por la temporalidad de su labor, en tanto esa atribución jurisdiccional tan solo es ejercida por el tiempo y “dentro de los límites previstos en el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) celebrado por la partes, en la ley o en la Constitución Política, fuentes estas que otorgan y enmarcan la competencia de los árbitros” (Hernández , 2009, pág. 368).

Sobre la intangibilidad del laudo arbitral, y las consecuencias que de ella se deriva, el legislador colombiano previó el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral como la única herramienta moderadora de las decisiones adoptadas en el trámite arbitral, mecanismo circunscrito a la revisión de meros vicios de forma: “hay que afirmar que, al igual que la anulación, no puede utilizarse como una segunda instancia, ni tampoco se tiene como recurso, sino como acción; y además, por ser extraordinario tiene unas causales taxativas que no están relacionadas en sí mismas con poder discutir de fondo el asunto” (Reyes Sinisterra, 2019, pág. 176).

La doctrina y la jurisprudencia nacionales han entendido que la inmutabilidad de los laudos arbitrales descansa sobre el respeto por la decisión libre y racional de los contratantes de adjudicar a un particular la potestad para dirimir las desavenencias derivadas de su relación negocial, entendiendo que la injerencia del aparato estatal es mínima en función de la soberanía de la voluntad de las partes.

Como rasgo distintivo del recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral se tiene que su incidencia se limita a cuestiones estrictamente procesales, taxativamente regladas, regulación que, en principio, lo aleja de la fisonomía de los recursos instituidos para agotar la doble instancia, dentro de las que, en palabras Poveda Cubillos, algunas “destacan la inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral o la caducidad de la acción, falta de jurisdicción y de competencia” (2017, pág. 8), por lo que a continuación sigue afirmando “Cabe resaltar que a dicho recurso de anulación le fue conferido un carácter extraordinario y restrictivo en cuanto a sus causales de procedencia, las cuales se refieren normalmente a errores *in procedendo e in judicando*” (Poveda Cubillos, 2017, pág. 8), o cuando existe “extralimitación manifiesta de las facultades, falta de expresión de los motivos del laudo y quebrantamiento grave de una norma de procedimiento” (Lozada Pimiento, 2016, pág. 11).

La introducción del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral ha propendido por establecer, como causales de anulación, y de forma exclusiva, los llamados errores *in procedendo*; es así como el Código de Procedimiento Civil, pasando por los Decretos 2279 de 1989 y 1818 de 1998 hasta llegar a la codificación actual Ley 1563 de 2012, excluyen cualquier posibilidad de anular por errores de adjudicación.

Lo anterior se traduce, entonces, en la prohibición de que el juez se pronuncie frente a las motivaciones detrás de la decisión arbitral, como sobre la interpretación que de las normas aplicables y a la situación fáctica hayan realizado los árbitros. Es pues, la anulación de laudo arbitral un escenario propicio para efectivizar las normas procedimentales (Corchuelo, 2013, pág. 18), puesto que, como se anota en líneas antedichas, “Todos los requisitos, como puede apreciarse, son de forma y no de fondo” (Lozada Pimiento, 2016, pág. 6).

Así también lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia, 2008, expediente 384, M.P. Edgardo Villamil Portilla), autoridad que, en múltiples ocasiones, ha resaltado la poca injerencia del establecimiento de justicia convencional para modificar el resultado final del proceso arbitral; al respecto ha indicado que :

Bajo dicha premisa, si los particulares han ajustado su voluntad a las normas que regulan el pacto arbitral y este se acomoda estrictamente a las leyes imperativas, el Estado mediante la justicia permanente no puede erosionar la autonomía negocial, pues el querer de las partes en esta materia demanda tanto respeto como en cualquier otra y, por lo mismo, el celo y la prudencia deben ser la nota distintiva cuando de interferir esa voluntad expresada en el contrato de arbitraje se trata. Lo dicho sirve a propósito de explicar por qué el legislador, al diseñar el recurso de anulación, proscribió una injerencia indiscriminada de la justicia permanente en las labores que las partes han deferido al juez arbitral, depositario de toda su confianza, tanta, que al instituir este equivalente jurisdiccional, declinan inclusive el derecho constitucional a las dos instancias. De modo estricto, ni siquiera es posible afirmar que el recurso de anulación sustituye al de apelación, pues aquel conserva su propia fisionomía e identidad, caracterizadas por la función que está llamado a cumplir en defensa de las garantías básicas en el proceso arbitral, es decir, que solo opera para cuestiones estrictamente procesales y de orden público, por lo cual en ningún modo puede tomarse como un recurso en pleno *cognito*.

La primera codificación en la que se recogió la anulación, como medio impugnativo del laudo arbitral en materia civil, fue el Decreto 2279 de 1989, artículo 39. Allí estableció 9 causales de anulación, todas referentes a vicios de forma, retomadas luego en la Ley 489 de 1998, cuya redacción suprimió la causal 3° referente al tema de publicidad, específicamente a lo que de notificaciones se trata. En paralelo, la Ley 80 de 1993, artículo 72, en lo concerniente a la actividad contractual del Estado, consideró 5 causales para la interposición del recurso extraordinario circunscritas a errores de procedimiento. Su aplicación no fue pacífica al interior del Consejo de Estado, como órgano competente para desatarlo, pues la postura jurisprudencial optó por dar cabida, no solo a las causales del estatuto de contratación, sino extrapolar las causales de la codificación civil al campo del derecho administrativo dependiendo de la naturaleza del contrato sometido a discusión fuese público o privado (Hernández, 2016, p. 29). Posteriormente, con la expedición de la ley 1150 de 2007, esta controversia fue superada, pues esta codificación hizo remisión expresa a las causales previstas en el Decreto 1818 de 1998, ya vigente para esa época.

Actualmente se encuentran compiladas en una sola ley las causales de anulación de laudo arbitral. Se trata de la Ley 1563 de 2012, la cual mantuvo el mismo número de causales, algunas de ellas fueron cualificadas en función de ampliar su espectro de aplicación, eso sí, atadas esencialmente a errores de procedimiento.

Así entonces, la anulación del laudo arbitral, por tratarse de un medio impugnatorio extraordinario, se afinsa en el principio de inmutabilidad de la decisión final de los árbitros designados por las partes en conflicto, quienes, desde el inicio de su relación negocial o en su ejecución misma, optaron libremente por no llevar el conflicto a la jurisdicción estatal para someterse a la solución que, en su parecer, resultaba más óptima, decisión que implica, a su vez, el menor grado de intervención posible por parte del Estado. Tal como lo apunta Claros “Si el mecanismo del arbitraje está dirigido precisamente a excluir la vía de la jurisdicción y facilitar la solución de disputas, se entiende mal que quepa ulteriormente una vía de judicialización de la decisión que hayan adoptado los árbitros, que además prolongue la litigación” (Claros , 2004, pág. 215).

La procedencia de la anulación del laudo arbitral se inscribe en el respeto por la decisión definitiva adoptada por los árbitros designados por las partes, por lo que al interior

de nuestra legislación está proscrita la posibilidad de invalidar pronunciamientos arbitrales, aduciendo errores en la valoración de las pruebas, la interpretación de las leyes aplicables, o por la forma en cómo se materializan la adjudicación de derechos.

3. De las causales de nulidad absoluta de los contratos

Al interior de nuestra legislación civil y comercial se han establecido como causales de nulidad absoluta de los negocios jurídicos las contenidas en los artículos 1741 del Código Civil y 899 del Código de Comercio, referidas a objeto y causa ilícitas, celebración por parte de sujetos absolutamente incapaces o contrarias a una norma de orden público, a menos que la misma ley establezca otra cosa, casos en los cuales las partes, el Ministerio Público, un tercero afectado con ello o el mismo juez, de manera oficiosa, deben advertir de su ocurrencia, no solo como una mera posibilidad sino más bien como un imperativo legal que pretende salvaguardar el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, se establece que, para la procedencia de la declaratoria de nulidad, de conformidad con el artículo 1742 del Código Civil, se hace necesario que la irregularidad sea manifiesta y que las partes que resultaren afectadas con tal decisión estén convocadas al escenario judicial en el que se realice tal declaración. En lo que tiene que ver con su saneamiento, la ley lo ha permitido para los eventos de la celebración por parte de incapaces absolutos y por contrariar una norma imperativa a través de la ratificación de las partes o, en todo caso, por prescripción extintiva, no así para la causa u objeto ilícito cuyo saneamiento era improcedente bajo la redacción original del referido artículo, la que luego fue modificada por la Ley 50 de 1936² en el entendido en que cualquier causal de nulidad se saneaba, en todo caso, por prescripción extraordinaria. (Consejo de Estado, sentencia del 24 de abril de 2013, expediente 23042, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

Debe entenderse, desde el punto de vista contractual, que el objeto del negocio jurídico lo constituye las cosas actuales o futuras que no estén por fuera del comercio de los

² “Artículo 2º.-La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la mora o de la Ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes u en todo caso por prescripción extraordinaria”.

hombres, así como los servicios que no atenten contra la moral y las buenas costumbres (Diez-Picazo, 2001, pág. 28).

De conformidad con el artículo 1519 del Código Civil, el objeto ilícito es aquel que contraviene en orden público de la Nación. Por su parte el artículo 1521 dispone, de manera enunciativa, tres supuestos que configurarían una causal capaz de anular absolutamente los contratos. El primero, en los eventos en que el acuerdo de voluntades recaiga sobre objetos que estén por fuera del comercio; el segundo, una descripción referente a los derechos y privilegios que no son susceptibles de traspasarse a otra persona; y, la tercera consiste en los bienes afectados por un decreto judicial de embargo, a menos que el juez lo autorice. Así mismo, la ley estableció una suerte de causal genérica, según la cual, padece de objeto ilícito todo aquel contrato prohibido por la ley.

Por su parte, en lo que tiene que ver con la causa del contrato, elemento que ha suscitado gran controversia -al menos dos corrientes en torno a ella la causalista y la anticausalista- (Arnau, 2009, pág. 146), la legislación colombiana inscribió la causa como elemento fundante de la obligación, en tanto se extrae de su redacción que aquella pende de la existencia de causa lícita, sin que sea necesario que la intención de los contratantes se plasme en el texto original del convenio, pues la misma se presume.

Tal como lo ha expresado la doctrina española, en total consonancia con la colombiana, la nulidad de pleno derecho tiene plenos efectos para la población en general, pese a que no sea declarada por el juez, pues su configuración comporta tal gravedad que no es susceptible de ser convalidada por quienes suscribieron el acto afectado con ella, ni tampoco saneada por el simple transcurso del tiempo, en tanto su repercusión supera el interés propio de los suscriptores del contrato y en cambio permea el interés general (Fernández, 1969, pág. 72).

Así las cosas, por atentar en contra del orden público las nulidades absolutas deben ser declaradas de oficio por el operador judicial en cualquier contexto judicial, sin que le sea posible sustraerse a esa obligación por meras cuestiones de forma. Y es que en contraposición al principio de justicia rogada que enmarca la mayoría de nuestro sistema jurídico colombiano, el papel del juez ante a configuración de una causal de nulidad absoluta debe

propender por la salvaguarda del ordenamiento jurídico amenazado por la aparición de acuerdos viciados que no se pueden sanear.

4. De la potestad oficiosa del juez

Con la expedición de la Constitución de 1991, el juez fue trasegando de la simple labor que el legislador le confió, consistente en aplicar leyes de manera mecánica, para convertirse en un artífice del derecho mismo, función en la que le es permitido adoptar decisiones mediante las cuales no solo adjudique derechos sino, además y primordialmente, conserve el orden Constitucional y legal.

En esta labor de preservar valores de alta entidad, debe, de manera imperiosa, adoptar todas las medidas que le permitan proveer una decisión lo más justa posible, en uso de las prerrogativas que como conductor del proceso se le han otorgado, entre ellas, la posibilidad de decretar pruebas de oficio en aras de esclarecer la verdad o, por ejemplo, la de sancionar a las partes en caso de incumplimiento de sus deberes o una última, que es la que incumbe a esta investigación, la prerrogativa de declarar de oficio nulidades insaneables.

Y es que esta prerrogativa no responde a la protección de intereses particulares, caso en el cual sería justificable que el juez pudiese sustraerse a su reconocimiento, en tanto tendría que mediar una solicitud expresa de parte; sino por el contrario, atiende a la defensa de un orden justo que evite el reconocimiento de un acuerdo que, de bulto, contraría los principios fundantes del Estado Social de Derecho (Lohmann, 2002, pág. 58).

Esta potestad oficiosa, tratándose de contratos estatales, fue concedida normativamente en la Ley 1437 de 2011, art. 141, mediante la cual, el juez contencioso administrativo se encuentra compelido a declarar, en caso de encontrarla configurada, la nulidad absoluta del acuerdo de voluntades siempre que las partes afectadas hubiesen concurrido al proceso.

Así, y dada la naturaleza imperativa de esta norma que, como sostiene Fabio Núñez del Prado “el recurso de anulación tiene naturaleza estatal, toda vez que su partida de nacimiento no encuentra sustento en el pacto de las partes, sino en la ley” (Núñez del Prado Chaves, 2017, pág. 19); el operador judicial no puede sustraerse a su declaratoria invocando para ello el respeto por la decisión adoptada por los árbitros, pues si bien esta consideración

podiese en principio resquebrajar la competencia como juez del recurso extraordinario, lo cierto es que su primer deber es la protección del ordenamiento jurídico y el interés general.

5. Posiciones jurisprudenciales del Consejo de Estado

5.1. Metodología de análisis de las sentencias del Consejo de Estado

Métodos de lectura de la Jurisprudencia

Existen diversos métodos de interpretación de las decisiones judiciales. Dentro de ellas se encuentran, al menos, tres (3) mecanismos. El primero consiste en un análisis estático y dinámico de la jurisprudencia constitucional. A este se le reconoce como la técnica de línea jurisprudencial (López, 2016). El segundo consiste en un estudio de la jurisprudencia a partir de la diferencia de *voz* y *voto* (Kanh, 2017). Esta técnica tiene como finalidad determinar si el proceso de adjudicación judicial fue razonable o, si, por el contrario, las decisiones fueron tomadas por mayoría sin respetar la racionalidad de la decisión.

En el presente texto, se abordarán estos mecanismos de interpretación de las sentencias del Consejo de Estado por dos razones. La primera consiste en que el método de análisis dinámico y estático de la jurisprudencia permite establecer el comportamiento jurisprudencial del Consejo de Estado sobre un determinado punto de derecho. En ese sentido, permite evidenciar las diversas posiciones jurisprudenciales -o una única y constante- a través de una determinada comprensión temporal. La segunda porque, con base en los objetivos previstos en el presente texto, es necesario mostrar y analizar cuál es la racionalidad que ha tenido las diversas posiciones jurisprudenciales frente a la declaratoria oficiosa de la nulidad absoluta de contratos estatales en el marco del recurso extraordinario de laudos arbitrales.

Estas dos comprensiones de la jurisprudencia nos permiten ver, por una parte, la construcción teórica y jurídicas de las posiciones del Consejo de Estado en un determinado tiempo; y, por la otra, cómo ha sido la argumentación concreta de las sentencias al momento de decidir la declaratoria oficiosa de la nulidad absoluta de contratos estatales en el marco del recurso extraordinario de laudos arbitrales.

Primer mecanismo de interpretación de sentencias. Análisis dinámico y estático de la jurisprudencia. El concepto de línea jurisprudencial

La línea jurisprudencial consiste en una técnica de estudio de las decisiones judiciales la cual tiene la finalidad de revisar cuál ha sido el comportamiento de los Tribunales Constitucionales sobre una plataforma fáctica y jurídica concreta. Su evaluación consiste en dos momentos. El primero, un análisis estático de las sentencias; mientras que el segundo es un análisis dinámico de la jurisprudencia.

El análisis estático consiste en la identificación de la plataforma fáctica desarrollada en la sentencia y su similitud fáctica y jurídica con el caso a desarrollar y resolver. Dicha identificación se denomina *escenarios constitucionales*. La teoría de los escenarios constitucionales consiste en la precisa identificación, a partir del problema jurídico de la sentencia, de las reglas de derecho a partir de los hechos de la sentencia. Ello tiene un fin primordial: evitar la jurisprudencia conceptual o jurisprudencia de conceptos (López, 2016).

A partir de la identificación del fallo que resuelve el *escenario constitucional*, luego se debe identificar la *ratio decidendi* y el *obiter dictum* de la decisión. La primera consiste en las reglas concretas identificadas por la Corte Constitucional para la resolución del caso – como se evidencia en la Sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional- y se trata la identificación de la *regla controlante*. Por su parte, el *obiter dictum* son los *dichos de paso*. Estos se caracterizan por ser la parte filosófica del fallo y su finalidad es contribuir a la pedagogía constitucional. En otras palabras, como lo plantea la Corte Constitucional se refiere a: “Toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión; esto es, las opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario” (Sentencia T-292 de 2006).

Una vez identificada la sentencia a través del escenario constitucional a desarrollar en el presente caso por el operador jurídico, se debe realizar el análisis dinámico de las sentencias (López, 2016). Este consiste en identificar aquellas que han desarrollado el escenario constitucional y, por tanto, el problema jurídico que se desenvolverá en el caso concreto por parte del operador judicial.

Asimismo, en dicho análisis el operador encuentra las sentencias que “*tienen un peso estructural fundamental*” no sólo en la resolución del caso, sino en la dogmática de los derechos fundamentales, es decir, aquellas providencias que definan en contenido y los

límites del derecho fundamental que rodea el escenario constitucional. Sobre el *peso* de las sentencias, se entiende que es distinto a la conveniencia que tenga para los fines del operador jurídico, y no pierde su importancia por el hecho de que no favorezca tales fines (López, 2016).

En esta técnica, López (2016) ha identificado dos tipos de sentencias. La primera consiste en sentencias que no son importantes; mientras que las segundas son las sentencias importantes.

En el primer tipo de sentencias, aunque no son definidas por el autor, son aquellas que, aun cuando se relacionan con los derechos inmersos en el escenario constitucional, no resuelven el problema jurídico que se pretense resolver. Por su parte, las *sentencias importantes* corresponden, de manera más técnica, a las *sentencias hito*. Este tipo de sentencias corresponde a la resolución de un caso que ha tenido consecuencias conceptuales profundas y duraderas en la configuración de una o varias líneas jurisprudenciales.

Dentro de las sentencias hito, López (2016) sostiene que existen cinco (5) clases, a saber: i) sentencia fundadora de línea; ii) sentencia consolidadora de línea; iii) sentencia reconceptualizadora de línea; iv) sentencia modificadora de línea -cambio de jurisprudencia-; y, v) sentencia dominante. A partir de ello, López (2016) afirma que: “Una línea jurisprudencial tiene varias sentencias hito, esto es, sentencias que tienen un peso estructural fundamental dentro de la misma” (pág. 162).

Sin embargo, ¿cómo se encuentran dichas sentencias en el universo jurisprudencial? Para ello, el mismo autor sugiere la implementación metodológica en tres (3) pasos, así: i) la identificación del punto arquimédico de apoyo; ii) la ingeniería en reversa; y, iii) la telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia (López, El derecho de los jueces, 2016, pág. 168).

De manera breve, la identificación del punto arquimédico de apoyo consiste en encontrar la última sentencia proferida por parte de la Corporación judicial que resuelve de manera directa el problema jurídico que se pretende responder por parte del operador judicial. Una vez identificada la sentencia -punto arquimédico-, se procede a realizar la ingeniería en reversa. Esta consiste en el estudio de las citas del *punto arquimédico*. En este paso consiste en identificar las citas que utiliza la sentencia arquimédica para la resolución del caso. Una vez identificadas las citas, se procede a revisar todas las sentencias citadas en las sentencias citadas en el punto arquimédico; ello es lo que se conoce como el nicho citacional. Por último,

las sentencias que se citan repetidamente son los denominados *puntos nodales* de la línea jurisprudencial. A partir de allí, se grafica la línea jurisprudencial.

La técnica de línea jurisprudencia tienen la finalidad de hallar el precedente vinculante; las reglas jurisprudenciales que determinan la resolución de los casos e, incluso, funciona como método para cambio de jurisprudencial, pues, la plena identificación de las reglas judiciales, posibilita la legítima interpretación de la jurisprudencia dominante, incluso, para su propio cambio -esto puede verse claro en *Los Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*, del mismo autor-.

Finalmente, López establece métodos legítimos e ilegítimos de interpretación de las sentencias judiciales. Dentro de los primeros se encuentran la obediencia al precedente, la disanalogía entre un caso nuevo y el precedente aparentemente aplicable, y la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. Por su parte, dentro de las técnicas ilegítimas de interpretación de precedente se evidencia la negación del precedente, la ignorancia del precedente y la desobediencia del precedente (López, 2016).

Estas interpretaciones permiten a los lectores de jurisprudencia evaluar cuál es el comportamiento de las autoridades judiciales con respecto al precedente y, así, lograr entrever si la decisión de un asunto concreto obedeció a un ejercicio de la autonomía e independencia judicial y la garantía del principio de igualdad o, si por el contrario se debió a un desconocimiento de las reglas de derecho aplicables al caso que conllevan una desconfianza a la actividad judicial, una falta a la seguridad jurídica y una violación al principio de igualdad.

Segundo mecanismo de interpretación de sentencias. La voz y el voto en la toma de decisiones judiciales

Kahn (2017) parte de la distinción entre leyes y sentencias. Mientras que las primeras no necesitan poder de persuasión -simplemente ordenan-, las sentencias, por definición, es un ejercicio de persuasión. De manera preliminar, el autor sostiene que la sentencia está dirigida, de manera preferente, a quien pierde el litigio. Sin embargo, a todos se les debe explicar el contenido del derecho y su ejercicio de adjudicación.

Al igual que las leyes, las sentencias ordenan derechos y responsabilidades, así como advierte de sanciones por sus incumplimientos. Pero, de manera concreta, la sentencia

judicial, al ser un acto performativo del habla, debe contener en sus consideraciones la potencia de la persuasión. La parte motiva de las decisiones judiciales es un recurso que configura la vigencia de la sentencia. Su función consiste en articular argumentos en el futuro y que sigue existiendo después de que la decisión, que se tome con respecto a unas partes específicas, se haya vuelto irrelevante. Así, cuando se cambia el foco de atención hacia la parte motiva de la sentencia, “pasamos de asuntos relacionados con el cumplimiento de las decisiones a los relacionados con la persuasión; nos movemos del voto a la voz” (Kahn, 2017, pág. 58).

Kahn (2017) sostiene que las Cortes Supremas expiden sentencias a partir de su autoridad. Esta práctica se reproduce tanto a nivel personal de los magistrados, como a los niveles inferiormente jerárquicos; pues cada uno de ellos expresa lo que es el derecho a través de sus posiciones y las competencias que les permite tal fin. Sin embargo, para Kahn, éste fenómeno no se trata de persuasión, por el contrario, es demostración. Por ello, según el autor, estas consideraciones podrían usarse para predecir la posición de los jueces en un fallo, mas no si el mismo persuade o no.

Conforme con Kahn (2017), toda autoridad pública tiene dos dimensiones: voto y voz. Sin embargo, ello es inversamente proporcional en la relación Legislador-Judicatura. En efecto, para los legisladores, aun cuando es importante escuchar las razones de sus posiciones sobre determinada política pública, finalmente las decisiones serán obligatorias a partir del voto mayoritario; es decir, en últimas, será el voto el que imprima la fuerza normativa de dichos actos. Por el contrario, para la judicatura, aun cuando también se vote -ello no se debe desconocer, más en cuerpos judiciales colegiados-, el papel de las Cortes no es solo el de votar, sino también el de hablar.

El voto y la voz tienen resultados concretos en el mundo. En efecto, mientras que el voto tiene efectos concretos para las partes; la manifestación de la voz, la parte motiva, afectará a un sinnúmero de individuos y grupos, algunos de los cuales ni siquiera exista en ese momento (Kahn, 2017). En ese sentido, la decisión de una corte debe seguir a su explicación y no al revés, es decir, la fuerza ordenadora de la misma no debe recaer en la configuración de las cortes como autoridades públicas. Cuando la Corte Suprema decide un caso importante sin expedir una sentencia en nombre de toda la institución, una donde hay múltiples aclaraciones de voto, sabemos quién ganó, pero no sabemos lo que el derecho es.

Asimismo, frente a una decisión siempre habrá un *¿Por qué?* La Corte debe explicar y su explicación no debe señalar los intereses de los votantes o de los grupos de los electores, ni tampoco la última decisión. Así, para Kahn (2017) deben existir argumentaciones en derecho y no es política; indicando allí que el papel de la Corte Suprema es el de dirigir un seminario nacional sobre el significado de la Constitución.

Sin embargo, para el autor no es suficiente con la voz de las sentencias. También es necesario alguien que las escuche. De manera particular, se refiere a los abogados, pues son estos el puente entre la sociedad y la institución. De manera preliminar, Kahn (2017) refiere que leer sentencias es igual que aprender un idioma extranjero. Sin embargo, el buen lector de sentencias es igual a quien en el idioma, es capaz de imaginar las lógicas del lenguaje. Es capaz de interpretar el Estado de Derecho. Por tanto, el abogado:

“No sólo comprende cómo se hacen las cosas: entiende qué es lo que nuestra nación está tratando de lograr cuando hablamos de Estado de Derecho. Entiende el Derecho como una cultura viva que tiene su propia forma de hablar, sus propios valores, su propia forma de ver el mundo. Comprende que el Estado de Derecho es el proyecto de una comunidad democrática que tiene un pasado particular y que aspira a tener esa identidad en el futuro” (Kahn, 2017, pág. 66).

Así, para que alguien escuche la voz de la sentencia, es necesario lo que debe contener la misma, es decir, precisar la forma de su narrativa.

En principio, las sentencias pareciesen que tuvieran una estructura lógica: hechos, aplicación del derecho y resolución del conflicto. Sin embargo, para Kahn (2017) ello no es de manera sencilla. Ello por dos razones. La primera, mediante los hechos, las sentencias nos permiten ver la forma de cómo la sociedad se comporta y, a su vez, cómo nos comprendemos a nosotros mismos como pueblo que está comprometido con un proyecto de autogobierno que se somete a derecho. La segunda, las sentencias no son un ejercicio abstracto de formalismo jurídico ni un recuento descriptivo de los hechos y, por tanto, no son una demostración de un ejercicio de deducción lógico. Por el contrario, es el reflejo de la identidad del proyecto de Estado de Derecho.

En ese sentido, de acuerdo con Kahn (2017): “Las sentencias nos persuaden cuando vemos que las situaciones que presentan tienen sentido a la luz de estas grandes ideas organizadoras que estructuran nuestra comprensión, tanto de nosotros mismos como de

nuestras comunidades” (pág. 83). En ese sentido, la sentencia llama la atención no por la aplicación formal de una regla, sino por la narrativa que ofrece.

La metodología de análisis estático y dinámico de la jurisprudencia y el método de voz y voto de las sentencias nos permiten evidenciar un análisis no solo sobre el comportamiento del Consejo de Estado en la construcción judicial de la procedencia de la nulidad absoluta de los contratos estatales en el marco del recurso extraordinario de anulación, sino que permite mostrar cuál es el diseño de las facultades del juez contencioso administrativo en el marco de la protección de valores públicos protegidos por la Constitución y la Ley ante situaciones que envuelven nulidades absolutas en el marco de acciones judiciales rígidas, rogadas y formales entre las cuales está el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales.

Aplicación de las metodologías utilizadas a las sentencias del Consejo de Estado en materia de procedencia oficiosa de la nulidad absoluta de contratos estatales en el marco del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales

El arbitraje³, dada su condición de justicia alterna que comporta en sí mismo la expresión de la preeminencia de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, regido por un procedimiento propio cuyas decisiones están en principio excluidas de la intromisión de la justicia estatal (Ledesma, 2009, pág. 18), encuentra como único mecanismo moderador el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral instituido sobre la inmutabilidad del mismo (Bejarano, 2016, pág. 23), característica que restringe su procedencia a aspectos meramente formales o mejor conocidos como errores *in procedendo*.

Partiendo de la noción legal del recurso extraordinario que lo circunscribe de manera exclusiva a errores de tipo formal enlistadas taxativamente, gracias a lo que la jurisprudencia y la doctrina han entendido que la revisión por criterios de adjudicación de derechos o lo que es lo mismo, por errores sustanciales, están por fuera de su alcance, fundamenta la posición

³ Desde finales del siglo XIX, propiamente con la expedición de la Ley 105 de 1890, en una incipiente demostración del poder dispositivo de las partes, se introdujo al ordenamiento colombiano la institución del arbitraje, entendida desde su inicio como la potestad de los particulares de someter sus diferencias a los arbitadores, como se les denominaba en esta época, originadas en asuntos de carácter transigible cuya estipulación podía pactarse antes de entablado el litigio o una vez iniciado, características que se han replicado casi de manera idéntica, en toda la legislación que rige la materia, inclusive en la Ley 1563 de 2012 vigente hasta la fecha.

según la cual el “Estado se reserva únicamente el derecho de revisar la regularidad del proceso y, por esa vía, proteger el derecho al debido proceso” (Corchuelo, 2013, pág. 13).

En este sentido, la inmutabilidad de las decisiones arbitrales, que son decididamente protegidas por el legislador no solo por respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, sino gracias a la idoneidad en la designación de los árbitros, han sido objeto de intromisiones. Además del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, también en contextos judiciales como la tutela y la acción de incumplimiento prevista en el derecho andino (Corchuelo, 2013, pág. 13) por ejemplo. En estos procesos se inobservó la rigurosidad con que debe abordarse el estudio de los laudos arbitrales, es decir, se adentraron en circunstancias que atañen al derecho sustancial (Corte Constitucional, sentencia del 20 de mayo de 2013, expediente T-288, M.P. Jorge Ignacio Pretelt).

Si bien la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han defendido la intangibilidad de las decisiones arbitrales en cuanto a lo que el fondo del asunto se refiere, tratándose de causales de nulidad absoluta de los contratos, se ha morigerado esta posición para dar cabida a una suerte de tesis intermedia que busca favorecer la potestad oficiosa del juez en orden a invalidar acuerdos en los que sea evidente la configuración de una causal de nulidad insaneable al momento de desatar el recurso extraordinario de anulación.

Desde esta óptica, se evidencia que en uno y otro escenario existen fundamentos normativos que sustentan las posiciones jurisprudenciales y doctrinales, pues, si bien el recurso extraordinario de anulación contempla 9 causales que atienden estrictamente a vicios de forma, actualmente inscritos en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, el artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo faculta al juez de esta jurisdicción para que ante la presencia de una causal insaneable de nulidad declare su existencia a condición de que hubiesen comparecido la parte afectada o sus causahabientes.

Y es que el papel del juez se encuentra vinculado no solo a la ley misma, sino, además, y de forma prevalente, a los principios constitucionalmente reconocidos o introducidos a nuestro ordenamiento interno mediante la adhesión a tratados internacionales, tarea que le impone sopesar en cada caso cuáles derechos y en qué medida se encuentran comprometidos en la decisión a adoptar (Soriano, 1991, pág. 69). En desarrollo de este ejercicio que puede

llegar a presentarse la colisión de principios de similar entidad, escenario que maximiza su labor interpretativa.

Así por ejemplo, al desatar el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, el juez, al constatar la configuración de una causal que invalida absolutamente el contrato que las partes de común acuerdo decidieron sustraer de su conocimiento, se halla ante dos posibilidades a saber: (i) dar aplicación preferente a la ley sobre arbitraje, cuyo texto lo limita a pronunciarse acerca de las causales invocadas por las partes en la sustentación del recurso, actuación con la que garantiza la supremacía de valores como la estabilidad jurídica y el debido proceso o; (ii) declarar de manera oficiosa la nulidad absoluta del contrato y con ello dar prevalencia a bienes como la supremacía del interés general, el patrimonio público o la buena fe.

En este ejercicio hermenéutico, al que está convocado el juez en aras de ponderar cuáles derechos debe privilegiar con su decisión, puede adelantarse desde sistema de ponderación de principios propuesto por Robert Alexy, mecanismo que, solo a modo ilustrativo, pueden ayudar al juez a desarrollar su labor con un mayor grado de razonabilidad.

La labor interpretativa realizada por el Consejo de Estado a la hora de desatar el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, , no ha sido consistente en definir cuál es la interpretación que debe realizar el juez cuando encuentre configurada una o más causales de nulidad absoluta de los contratos siempre que comparezcan las partes afectadas. En algunos pronunciamientos, ha defendido la tesis de acuerdo con la cual (i) el juez, en virtud del principio dispositivo que enmarca el recurso extraordinario de anulación, se encuentra sujeto a las causales invocadas por las partes al interponer el recurso; en otro sentido, (ii) otras posiciones en las que, en sede de recurso extraordinario de anulación, ha permitido abordar el análisis del pacto compromisorio y no del contrato que le dio origen; e incluso, (iii) una tercera corriente que habilita al operador judicial para pronunciarse sobre la validez del acuerdo de voluntades en el mencionado contexto, siempre y cuando la justicia arbitral no hubiese emitido un pronunciamiento en ese sentido.

5.1. Tesis restrictiva

Siguiendo la primera corriente jurisprudencial, en el 2017, la Sección Tercera del Consejo de Estado, (Consejo de Estado, 2017, expediente 54 080, C.P. Danilo Rojas Betancourth) al resolver un recurso extraordinario de anulación promovido por la entidad pública vencida en el trámite arbitral, lo declaró infundado, tras advertir que no se había proferido un fallo en conciencia como lo alegaba la contratante por cuanto:

17.1. Tal como se indicó en los apartes 7.1.6.1. a 7.1.7 de la presente providencia, el Tribunal inició por el análisis del régimen de nulidad de los contratos estatales y explicó que este se encuentra compuesto por las causales previstas en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y las demás del derecho privado que fuesen aplicables por la naturaleza del contrato.

17.2. Posteriormente, expuso la forma en que se podía producir cada una de las causales y consideró que estas no eran evidentes en el contrato n.º 136 del 2007. Particularmente, se refirió a la argumentación presentada por el IDU respecto de la nulidad que se podría configurar con base en la condena del señor Inocencio Meléndez, quien aceptó en ella haber violado normas para favorecer la escogencia de los adjudicatarios en varios contratos, entre los que se encontraba el 136, para su escogencia en las respectivas licitaciones, así como para su beneficio durante la etapa preconstructiva. En este sentido, hizo suyas, sin agregar nada más, las consideraciones del Ministerio Público en el concepto que rindió durante su trámite procesal.

17.3. Según se explicó en párrafos anteriores, en el marco de la resolución del recurso extraordinario de anulación, no puede entrar la Sala a evaluar si estas consideraciones son correctas o no, pero lo cierto es que de su lectura queda absolutamente claro que la pretendida ausencia de sustento normativo en la decisión no existe.

17.4. Así, aunque en cierta forma puede ser una práctica controversial la manera en que se resolvió el asunto de la nulidad, en cuanto el Tribunal se limitó a hacer suyos los argumentos del Ministerio Público con la simple transcripción *in extenso* de los mismos, nada puede reprocharse legalmente sobre esto ni contraviene norma alguna aplicable a la administración de justicia.

17.5. La causal, entonces, no está llamada a prosperar y el recurso de

anulación se declarará infundado.

En aquella oportunidad la causal invocada por la entidad recurrente fue la contemplada en el numeral séptimo del artículo 141 de la Ley 1563 de 2012 referida a la expedición de un fallo en conciencia debiendo corresponder a uno en derecho. Como fundamento de su solicitud, la contratante advirtió la configuración de una causal de nulidad absoluta del contrato (objeto y causa ilícita) objeto de controversia, derivada de una sentencia penal en la que se condenó a uno de sus funcionarios como responsable en la comisión de los delitos de interés indebido en la celebración de contratos y contratos sin cumplimiento de requisitos legales en calidad de coautor, en concurso con los delitos de prevaricato por acción y omisión en calidad de autor. Este supuesto fáctico había sido expuesto como una excepción de mérito en la contestación de la demanda arbitral y desestimada por el tribunal de arbitramento.

En la parte considerativa de la sentencia, el Consejo de Estado resaltó que su competencia en esta instancia se encontraba supeditada exclusivamente a los errores *in procedendo*. Este alcance le impedía revisar el fondo del asunto, así como la valoración probatoria hecha por los árbitros y las consideraciones que motivaron su decisión, pues, a su juicio, el trámite del recurso no correspondía a una segunda instancia.

Esta decisión es demostrativa, como muchas otras⁴, de la adopción de ejercicio hermenéutico mucho más restrictivo de cómo el juez contencioso administrativo concibe el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, cuyos rasgos diferenciadores entrañan el carácter excepcional, limitado y no convencional de este medio de impugnación. Sentencias que también precisan que el recurso extraordinario no sule segunda instancia, por tanto, la competencia del juez convencional no abarca la revisión de errores sustanciales.

En esta línea argumentativa las decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, en esta sede, prohíben de manera expresa el pronunciamiento respecto de asuntos que no fueron ventilados mediante las causales taxativas contempladas en el artículo 41 de la Ley 1563. En otras palabras, el alto tribunal de lo contencioso administrativo concibe el principio

⁴ Véase las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sección Tercera: 5 de abril de 2020, C.P. María Adriana Marín; 13 de diciembre de 2019, expediente: 2018-146, C.P. Marta Nubia Velásquez; sentencia del 12 de diciembre de 2019, expediente:2019-151, C.P. Marta Nubia Velásquez; 28 de octubre de 2019, expediente. 2109-111, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; 28 de octubre de 2019, expediente: 2018-108, C.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas; 3 de octubre de 2019, expediente: 2019-98, C.P. Carlos Alberto Zambrano; 28 de agosto de 2019, expediente:2018-138, C.P. María Adriana Marín; 10 de julio de 2019, expediente: 2019-79, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

dispositivo como un pilar fundamental del medio impugnatorio.

La razón que fundamentó la anterior línea de interpretación se sujeta a la consideración que, en la resolución del recurso extraordinario, el juez convencional no puede valorar la forma en cómo los árbitros adjudican los derechos en conflicto, ni el método que utilizan para llegar a esa resolución, ni el análisis probatorio, así como tampoco las fuentes normativas que sustentan decisión. Estas limitaciones se encuentran explicadas y justificadas en la independencia y autonomía de la justicia arbitral que, a su vez, entraña la observancia de principios de rango constitucional como la seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad

En punto de la decisión de 2017, aunque sin ser explícitos en el texto de la misma, los principios que afianzan la posición hermenéutica asumida por los jueces del recurso corresponden, al menos, al de la seguridad jurídica y a la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto. Principios que, de manera razonable, ofrecen una solución plausible de la problemática expuesta y que potencializan la tesis restrictiva que orienta al funcionario judicial a una aplicación privilegiada de la disposición normativa contemplada en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

En términos de la Corte Constitucional (Corte Constitucional, 2002, expediente T-554767, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet) la seguridad jurídica constituye una garantía de certeza en la adopción de decisiones por parte de los órganos que conforman el Estado. Este principio, según el entendimiento de la corte, no puede aplicarse autónomamente y no puede invocarse para justificar el desconocimiento de otros derechos constitucionales.

En materia de asignación de competencias, la cual importa para este trabajo de investigación, la seguridad jurídica garantiza a los asociados el campo de acción de los distintos funcionarios judiciales, así como los términos en que deben ser adoptadas las decisiones. En este sentido, la convicción con la que un ciudadano en ejercicio de una actividad comercial, asigna a un determinado juez la resolución de su conflicto, materializa el postulado general del debido proceso que lleva inmerso este principio constitucional.

En este entendimiento de la seguridad jurídica debe señalarse que los procesos judiciales deben estar a su servicio (Losing, 2002), postulado que comporta que las reglas instituidas para su adelantamiento, no pueden ser cambiadas ni desconocidas por el aparato jurisdiccional, reglas que no solo tiene que ver con la actuación de las partes sino, y en mayor

medida, con el comportamiento del juez, quien debe adoptar las decisiones que motivaron su intervención en el conflicto sin que pueda abrogarse competencias adicionales.

En lo que tiene que ver con la autonomía de la voluntad, facultad que sin lugar a dudas contribuye potencialmente a la consolidación de la primera línea jurisprudencial referida, el alto tribunal constitucional la definió como aquel derecho fundamental creador de derechos y obligaciones con efectos vinculantes entre particulares, cuyo limitante lo constituye las buenas costumbres y el orden público (Corte Constitucional, 2013, expediente D- 9661, M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

La autonomía de la voluntad en palabras de Malaquer “siempre ha sido entendida como el poder de autodeterminación de la persona que marca su propia independencia y libertad y que le faculta en todo lo relativo a la disposición, uso y goce de sus propios derechos y facultades, e incluso sobre la creación, modificación y extinción de los mismos” (Malaquer Montes, 2001).

En el contexto de la justicia arbitral, la autonomía de voluntad se erige como un pilar fundamental en ese modelo de resolución de conflictos, pues a él se llega únicamente por la vía del consenso entre las partes contratantes, quienes atribuyen la competencia para juzgar sus diferencias en cabeza de los árbitros. Por ello, y como se ha reiterado a lo largo de este documento, la intervención del juez institucional en sede del recurso extraordinario de anulación, quien ha sido consensuadamente excluido del caso, se somete exclusivamente a errores de forma.

Y es que en desarrollo de esa autonomía de la voluntad las partes no solo acuerdan los pormenores de su relación negocial, sino que precaven la resolución de sus diferencias, decisión que muestra con mucha vehemencia la posibilidad que les otorga el ordenamiento jurídico para autodeterminarse hasta el punto de prescindir de la intervención del juez convencional para ese efecto.

En esta perspectiva y acudiendo de una forma muy general a los principios que, sin ser explícitos en la providencia que viene de ser analizada, utilizó el Consejo de Estado para declarar infundado el recurso de anulación interpuesto por la entidad pública contratante, responde a una interpretación razonada, cuyos fundamentos se nutren de los principios enunciados y que son demostrativos de la forma como el juez, en su razonamiento, da alcance a las disposiciones jurídicas -amparadas por la Constitución- de las que se sirve para la

resolución del caso.

5.2. Tesis intermedia

En lo que respecta a la segunda y tercera línea jurisprudencial, que por asunto metodológicos serán analizadas en conjunto, relativas a la habilitación del juez contencioso administrativo de pronunciarse acerca de asuntos que no fueron solicitados en el recurso extraordinario de anulación y que originaban la declaratoria de nulidad del pacto arbitral o del contrato objeto de controversia siempre que este pronunciamiento no hubiese sido dispensado por el tribunal de arbitramento. En estos escenarios, el Consejo de Estado estableció una suerte de restricción de competencia, en aras de salvaguardar el principio dispositivo de las partes contratantes, en los que en un primer momento (Consejo de Estado, 2000, expediente: 16973, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez) apeló a la facultad oficiosa consagrada para ese momento en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, disposición normativa a partir de la cual se abrogó la potestad de declarar la nulidad absoluta de la cláusula compromisoria⁵, pronunciamiento para el que no medió una solicitud del impugnante.

Posteriormente, el alto tribunal estableció una suerte de subregla de interpretación, según la cual la potestad oficiosa del juez en sede de recurso extraordinario se agotaba en el análisis del pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) sin que pudiese adentrarse en el estudio del contrato administrativo que este regulaba. Esta restricción la explicó de la siguiente manera (Consejo de Estado, 2002, expediente 21652, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez):

Sin perjuicio de lo expresado en el acápite anterior, la Sala debe reiterar lo dicho en otras oportunidades, en el sentido de que, en el curso de un proceso, de cualquier naturaleza, el juez contencioso administrativo puede pronunciarse de oficio respecto de la nulidad de un contrato, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el inciso tercero del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, esto es, que dicha nulidad sea absoluta y esté plenamente demostrada en el proceso, y que en éste intervengan las partes contratantes o sus causahabientes. En la sentencia del 8 de junio de 2000, expediente 16973, la Sala consideró, además, que la existencia

⁵ Clarificó que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia aceptaban la connotación de contrato del pacto arbitral, bien se tratase de cláusula compromisoria o compromiso.

de esta potestad oficiosa del juez administrativo, y la posibilidad de ejercerla en todo tipo de procesos, inclusive en el trámite de un recurso de anulación de un laudo, explica la decisión del legislador de no incluir la nulidad del pacto arbitral, dentro de las causales de anulación aplicables respecto de los laudos proferidos con ocasión de la definición de conflictos contractuales. En efecto, entendió la Sala que su inclusión habría implicado el cercenamiento de la facultad oficiosa del juez, teniendo en cuenta que su ejercicio, como es obvio, no requiere de la solicitud expresa del recurrente, lo que resulta indispensable, en cambio, en los recursos tramitados con fundamento en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 38 del Decreto 2279 de 1979. Ahora bien, tratándose del trámite del recurso de anulación de un laudo arbitral, debe precisarse que la facultad indicada está referida, exclusivamente, a la declaración de la nulidad absoluta de la cláusula arbitral o del compromiso pactados por las partes con el fin de habilitar a los árbitros -de manera excepcional y transitoria- para administrar justicia. Una conclusión diferente, en el sentido de que dicha facultad estuviera referida a la declaración de nulidad de cualquier otro contrato celebrado entre las partes, implicaría invadir las competencias del respectivo tribunal de arbitramento y desconocer la naturaleza misma del recurso de anulación, cuyo objeto es la corrección de errores in procedendo, y no in judicando, lo que se deduce claramente del contenido mismo de las causales legales. Adicionalmente, debe anotarse que la última disposición citada se refiere, exclusivamente, a la nulidad absoluta proveniente de objeto ilícito o causa ilícita, y a aquella -absoluta o relativa- fundada en los demás motivos establecidos en la ley, que sólo podrá invocarse cuando éstos hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.

Si bien este ejercicio hermenéutico fue concebido desde el respeto por el poder dispositivo de las partes y la competencia del tribunal de arbitramento para conocer de manera preferente de la controversia contractual suscitada, no queda claro cuál es el sustento de la diferenciación que se hace entre uno y otro acuerdo de voluntad. Justificó la declaratoria de la nulidad absoluta del pacto arbitral en la exclusión de ese supuesto en el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, vigente para aquel momento, a partir de lo cual concluyó que el legislador quiso mantener la potestad oficiosa en su espectro de acción. Por el contrario, en lo que al contrato originario se refería, estimó que el escrutinio del juez del recurso constituía una afrenta en contra de la autonomía del tribunal de arbitramento.

El anterior argumento, si bien puede explicar la posición jurisprudencial, no justifica la razón del trato diferenciado, teniendo en cuenta que las dos instituciones responden a contratos suscritos por entidades públicas susceptibles de ser afectados por causales de nulidad absoluta, irregularidad que podría ser conjurada con la intervención del juez institucional en aras de preservar el interés general.

Este mismo entendimiento dotó de argumentos otros pronunciamientos del máximo tribunal del contencioso administrativo (Consejo de Estado, 2006, expediente 32.398 C.P. Ruth Stella Correa) para sustraerse al análisis de las causales de nulidad absoluta del contrato estatal, pese a la presencia de las partes interesadas y la evidencia de su configuración. Bajo esta interpretación, el ejercicio de la potestad del juez del recurso contemplada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo se restringía al pacto arbitral en sí mismo con exclusión de cualquier otra relación negocial.

En relación con la tercera posición jurisprudencial (Consejo de Estado, 2013, expediente 45007; 2014, expediente 46992; 2014, expediente 41064, todas proferidas por la consejera ponente Stella Conto Díaz del Castillo) que sea este el momento para decirlo, solo constituyó una posición nominal, en tanto las plataformas fácticas presentadas en los casos analizados no guardaban relación con la presencia de causales de nulidad absoluta de los contratos objeto de controversia, quiso implementar una forma de interpretación un poco menos restrictiva. En este ejercicio hermenéutico las decisiones indicaron, como un *obiter dictum*, la posibilidad de que el juez institucional declarara la nulidad del contrato estatal en sede de recurso, a condición de que ese pronunciamiento no hubiese sido realizado por la justicia arbitral.

Esta condición trazada por la jurisprudencia del Consejo de Estado no señala, o por lo menos no de forma estricta, la razón que funda esta surte de requisito de procedencia del ejercicio de la facultad oficiosa del juez, pues solo se limita a enunciar los supuestos en que el juez puede adentrarse en el estudio de instituciones jurídicas sin que medie una petición en ese sentido.

5.3. Tesis dúctil

Con todo, frente a estas líneas jurisprudenciales esbozadas, existe otro ejercicio hermenéutico que permite abordar el caso en comento y que, en su momento, provocó que

tres de los magistrados que integraban la Sección Tercera del Consejo de Estado presentaron su voto disidente contra la sentencia del recurso de anulación de 2017, citada en precedencia, (Consejo de Estado, salvamentos de voto en contra de la sentencia del 20 de junio de 2017, expediente 54080, suscritos por los Consejeros de Estado Danilo Rojas Betancourth, Ramiro Pasos Guerrero y Carlos Alberto Zambrano). Este salvamento muestra, en gran medida, la interpretación que, para este artículo, resulta más razonable y plausible y que privilegia la potestad oficiosa del juez para anular contratos estatales en los que se configure una causal de nulidad absoluta.

Como principio que orienta esta posición hermenéutica encontramos el interés general como límite de la configuración de los contratos estatales. Es oportuno advertir que, si bien existe en la actualidad una tendencia casi generalizada de ubicar la potestad negocial de las entidades públicas dentro de las previsiones del derecho privado, el que en gran medida permea las disposiciones del Estatuto General de la Contratación Pública, aún subsisten prerrogativas dadas al contratante público para garantizar la efectividad de los derechos de los asociados y al cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

En este contexto, la Corte Constitucional ha considerado que el interés general comprende en su acepción (Corte Constitucional, 1999, expediente D-2268 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa):

El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general.

Como valor axiológico de la contratación estatal (Corte Constitucional, 2019, expediente D-12877, M.P. Cristina Pardo Schlesinger) el interés general garantiza la satisfacción de las necesidades básicas del conglomerado social, quien, en últimas, es el titular de los bienes jurídicos que el Estado está en la obligación de proteger. Por ello, la

suscripción de contratos en desarrollo de la función pública encuentra un derrotero insuperable y es la prevalencia de este valor constitucional frente a las estipulaciones contractuales que se pacten.

En la misma línea argumentativa (Corte constitucional, 2003, expediente D-4190.MP Álvaro Tafur Galvis), el alto tribunal constitucional ha puntualizado que en la configuración normativa, labor encomendada en gran medida al Congreso de la República, el interés general debe posicionarse como un valor que soporte todo el procedimiento contractual, cuyas etapas garanticen la escogencia del mejor contratista y la ejecución más transparente del objeto, medidas todas que buscan la concreción del principio constitucional.

Es pertinente recordar que, en el marco de un Estado Social de Derecho como el consagrado en la Constitución Política Colombiana, los fines del Estado están al servicio del interés general, postulado del que se desprende que en todas las actuaciones de las entidades públicas deben estar encaminadas a la satisfacción de las necesidades colectivas, inclusive por encima de intereses particulares de altísimo valor.

En otro aparte jurisprudencial, la Corte Constitucional (Corte Constitucional, 2015, expediente D-10626, M.P. Mauricio González Cuervo), en síntesis, consideró que el interés general “es una finalidad primordial (...) y, además, un elemento relevante para su fundamento y estructura. Por ello, toda entidad estatal debe cumplir con dicho principio y garantizar que los contratistas también los cumplan, tanto en planeación como en la celebración y ejecución del contrato estatal”

Con el fin de dar un sustento teórico al ejercicio hermenéutico que este artículo de investigación plantea, es oportuno dar una mirada a la teoría de la ponderación sostenida por Robert Alexy, a partir de la cual se justifica la adopción de la tesis dúctil.

Para Alexy, la argumentación jurídica constituye un caso especial del razonamiento práctico general. En efecto, éste ha de fundamentarse desde un procedimiento discursivo donde todo acto del habla encierra una pretensión de corrección. Sin embargo, sus limitaciones están señaladas en las reglas que la sociedad ha aceptado en común; en ese sentido, el proceso de corrección judicial, por una parte, se basa en la adopción de decisiones de manera dialógica; y, por la otra, deben estar conformes con las reglas establecidas por la sociedad (Alexy, 1989, pág. 538).

De acuerdo con Alexy (1989), las bases principales de la argumentación iusfundamental son, en primer lugar, la sujeción al texto de las disposiciones fundamentales -Constitución- y a la voluntad del Constituyente y el Tribunal deberá dar razones a favor de soluciones contrarias al texto, así como presentar razones justificantes para apartarse de la génesis constitucional. En segundo lugar, son los precedentes. Estos, conforme al autor, contribuyen a la seguridad jurídica de la Constitución. Además, la fuerza de las decisiones jurisprudenciales puede enmarcarse en las siguientes reglas: i) si puede aducirse un precedente a favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo; y, ii) quien quiera apartarse de un precedente, corre con la carga de argumentación.

La toma de decisión para Alexy (1989) se da en un escenario práctico. Interpreta lo que está prohibido, permitido u ordenado. Así, es la interpretación de estas cuestiones, junto con las disposiciones constitucionales o normativas, el precedente o la doctrina, de donde se entiende que una decisión es razonada. Pero se ha identificado que, aun con los mismos instrumentos, se puede llegar a distintas soluciones jurídicas. En este sentido, el autor ha precisado que no existe ningún motivo para este tipo de actitud de *todo o nada*, pues la discusión ética actual -influida por distintas posiciones filosóficas- han demostrado que no existen teorías morales materiales que arrojen una única respuesta (Alexy, 1989, pág. 530). Por ello, para Alexy, aun cuando se llegue a decisiones contrarias, si se observan en el debate judicial las reglas racionales discursivas, la decisión puede pretenderse correcta.

Para racionalizar las decisiones, Alexy ha propuesto la proporcionalidad. Este método parte de tres supuestos: (i) la actividad estatal está encaminada a garantizar un derecho fundamental; (ii) ésta, sin embargo, implica una restricción de otros derechos fundamentales; y, (iii) ante la colisión entre un derecho fundamental no satisfecho y otro derecho fundamental que espera garantizarse, es necesario encontrar una solución que implique el menor sacrificio del primer derecho y una mayor garantía del segundo (Bernal, 2009).

Para resolver este conflicto, se debe, en primer lugar, determinar la existencia de un fin legítimo. Este es todo fin perseguido por el Estado que no contraría la Constitución o la Ley y, a su vez, garantice el goce o protección de un derecho fundamental o de un principio constitucional. Bernal (2009) ha sostenido que el fin legítimo debe revisarse desde dos perspectivas: a) la perspectiva inmediata del fin - persecución de metas fácticas-, y b) la perspectiva mediata del fin-intención de garantía de bienes jurídicos constitucionales-.

En segundo lugar, se debe establecer la idoneidad de la medida estatal, la cual debe ofrecer ayudas óptimas para alcanzar el fin. El examen de este paso es excepcional, pues ello implica realizar un estudio de los efectos previsibles de la aplicación de la norma. Además, conlleva a considerar que el examen realizado en este paso es de posibilidad, donde se evidencia que dicha restricción puede lograr tal fin.

En tercer lugar, es necesario verificar la necesidad de la medida. Debe evidenciarse que garantice, en gran parte, el derecho fundamental o principio fundante del Estado objeto de protección y que, a su vez, implique la restricción menos gravosa del derecho fundamental afectado (Bernal, 2005).

Finalmente, en cuarto lugar, se encuentra la proporcionalidad en estricto sentido. Este paso consiste en la aplicación de las reglas de ponderación que, de forma sintética, pueden describirse así: a) el operador jurídico debe identificar los contenidos constitucionales (derechos fundamentales o principios fundantes del Estado) que entran en colisión, a fin de someterlos a un ejercicio de comparación; b) posteriormente, se determina la importancia abstracta, tanto del fin perseguido por el Estado, como del derecho fundamental restringido; c) identificada la importancia abstracta, se procede a establecer la importancia concreta, tanto del fin perseguido, como del derecho fundamental afectado, a través del grado de afectación de la acción estatal; y d) se determina la apreciación empírica de la afectación, es decir, se establece el grado de certeza respecto de la consecución del fin y de la restricción del derecho.

Estos pasos se resumen, como lo sostienen algunos autores, en la máxima “cuanto mayor sea la restricción o no satisfacción de un derecho fundamental, mayor deberá ser la necesidad de protección o satisfacción del otro derecho fundamental o principio fundante del Estado (Ibler, 2004)

Bajo la aplicación de esta máxima, y para aterrizar al caso concreto, se advierte que, en la resolución del caso de 2017, que suscitó el interés del presente artículo, el Consejo de Estado privilegió la aplicación de dos principios orientadores relativos a seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad. Con ello garantizó los intereses de aquel contratante que prestó su colaboración para el cumplimiento de los fines del Estado, en concreto, el desarrollo y mejoramiento vial del Distrito de Bogotá. Esta postura, como se ha dicho a lo largo del trabajo, guarda una alta dosis de razonabilidad, pues le apuesta a la protección irrestricta de la competencia del juez arbitral para resolver los conflictos suscitados en las fases

contractuales, labor para la que fue convocado en atención a la nominación que los mismos contratantes le hicieran, ello también en ejercicio de la autonomía de su voluntad.

No obstante, existe también otra interpretación que se sirve de la prerrogativa de otro principio fundante del Estado Social de Derecho: el interés general. Bajo este y en un ejercicio hermenéutico distinto frente a los mismos supuestos fácticos, el juez institucional al resolver el recurso pudo, de haber sido su decisión, declarar la nulidad absoluta por objeto y causa ilícita. Esa decisión se encontraba avalada por la presencia de las partes interesadas (Instituto de Desarrollo Urbano -IDU- y la Constructora Bogotá Fase III S.A.-Confase S.A.) y la configuración de un objeto y causa ilícita (derivada de la declaratoria de responsabilidad penal del director de la entidad pública)⁶, únicos requisitos necesarios para la anulación del contrato estatal en esa sede judicial.

En este hipotético escenario, el máximo órgano del contencioso administrativo, en uso de la potestad oficiosa, debió restaurar la legalidad quebrantada con la suscripción de ese acuerdo de voluntad y suprimir con ello el reconocimiento de prestaciones económicas del él derivadas. En desarrollo de esa interpretación hubiese propendido por la preeminencia del interés general representado en la escogencia de la mejor oferta constructiva, desprovista de favorecimientos personales y con el objetivo claro de satisfacer la movilidad e infraestructura vial de la capital de Colombia.

En la otra mirada que este trabajo pretende poner a disposición del servidor judicial, se resalta el valor concreto que un principio como el interés general puede representar al momento de adoptar una decisión que favorezca la aparición de ese juez valeroso y

⁶ Este extracto de la sentencia penal expedida por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito con Función de Conocimiento el 24 de agosto de 2011, fueron extraídos del salvamento de voto de los consejeros ponentes Danilo Rojas Betancourth, Ramiro Pazos Guerrero, Carlos Alberto Zambrano Barrera: “Como subdirector técnico legal y posteriormente jurídico, le correspondía coordinar y controlar los procesos de selección de contratistas, adjudicación y celebración de contratos con el fin que estos se ajustaran a los parámetros de Ley, y como tal participó en la elaboración y revisión de los “otro sí” (sic) del 16 de septiembre de 2008, 16 de octubre de 2008; 23, 26 y 29 de diciembre de 2008 que modificaron los contratos 134 a 138 de 2007 de la fase III de Transmilenio, los cuales implicaron: 1. Postergar la entrega de productos de la etapa de preconstrucción; 2. Cambio de requisitos para el inicio de la etapa de construcción en estos contratos y se introdujo el concepto de “actualización de estudios y diseños en los contratos de la fase III”, definición que no estaba contemplada en el pliego de condiciones, ni adendas, ni el texto de los contratos, y que favoreció a los contratistas permitiendo: diseñar los posibles faltantes de estudios y diseños, rediseño de los mismos por justificación. técnicamente demostrada, y postergó la entrega de la programación detallada

progresista que sopesa las herramientas normativas, jurisprudenciales y doctrinales que tiene a su alcance para optar por una interpretación opuesta a la que ha sostenido el Consejo de Estado.

No solo este ejercicio de ponderación sustenta la preferencia por este tipo de conducta del juez. En la búsqueda de sustentar una respuesta altamente razonada también se encontraron en la jurisprudencia del alto tribunal sentencias que han robustecido la potestad oficiosa del juez a la hora de anular contratos estatales en cualquier escenario judicial a condición de la presencia de los dos requisitos establecidos por la ley. En esta línea, a manera ilustrativa, la Sección Tercera del Consejo de Estado, decretó la nulidad absoluta de un contrato por objeto ilícito y desviación de poder, inobservando la limitación derivada del principio de no reforma en contrario, pues el apelante único, en favor de quien se había pronunciado la primera instancia, solicitó el reconocimiento de algunos otros emolumentos, escenario procesal que no obstó para que la Sala ejerciera su potestad oficiosa y luego del análisis de las respectivas causales, declarara la invalidez del acuerdo (Consejo de Estado, sentencia del 24 de marzo de 2011, expediente 18118, C.P. Jaime Orlando Santofimio; en el mismo sentido expediente 16326 del 24 de enero del mismo año y mismo ponente).

Escenarios como el recurso extraordinario de súplica y la acción de reparación directa, también han sido vehiculizados para exaltar el papel protagónico del juez en aras de proteger el ordenamiento jurídico y el interés general, haciendo uso de su prerrogativa oficiosa de anular contratos, que más que una posibilidad, es un imperativo de orden legal para quienes están llamados a impartir justicia.

6. Conclusiones

La posición jurídica que el trabajo defiende, al igual que la que se está pretendiendo controvertir, tiene similares estándares de calidad en materia de razonabilidad que hacen que la regla de derecho en este momento sea discutible. En buena medida, el argumento central de este trabajo se concentra en mostrar que la jurisprudencia no está viendo todos espectros en materia de decisión y ello implica una inseguridad jurídica. Esto porque dice cómo interpretar una norma en un determinado contexto, pero desconoce que esa forma no es la

única y que las interpretaciones desechadas también contienen un alto grado de razonabilidad que puede llegar a aparejarse con la que fundamentó la decisión adoptada.

De esta manera, lo que se crean son diferentes escenarios de litigio, de decisión, de racionalidad, en los que a través de cláusulas que creemos son taxativas, en realidad lo que se está haciendo es la formación de distintos comportamientos judiciales. Y no es problema de los insumos normativos, el problema es cómo yo interpreté la función del juez. Ello, porque la contrariedad no está sujeta a cómo deben abordarse los artículos en tensión sino a cómo debe interpretarse el comportamiento del juez contencioso administrativo.

La consecuencia práctica de esta consideración y en punto de la búsqueda de la decisión más razonable, es que al igual que la tesis que se pretende reevaluar, la propuesta de este trabajo es también blanco de otra interpretación dotada de argumentos altamente razonados. Ello significa, que este ejercicio hermenéutico muestra una forma diferente de abordar la discusión del papel del juez al verse abocado al conocimiento de la configuración de una causal absoluta de un contrato estatal.

Este trabajo logra identificar que la problemática no radica en la interpretación de las normas a aplicar, porque las causales del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y las atribuciones del juez ante la configuración de causales de nulidad absoluta de los contratos estatales se encuentran consagradas en el ordenamiento jurídico sin que se avizore una contraposición entre ellas. El problema lo constituye la lectura que los jueces le dan, el comportamiento del juez frente a su contenido y alcance.

Lo anterior significa que no existe un precedente consolidado, porque la interpretación de las normas no hace parte integrante de este. La liberalidad interpretativa en sí misma no vincula, de modo que otro juez puede abanderar la posición que aquí se defiende y en nada estaría desconociendo el precedente. Esto por cuanto, lo que los pronunciamientos del Consejo de Estado sostienen es que en sede del recurso extraordinario de anulación el funcionario judicial se encuentra supeditado a las restricciones impuestas en las causales taxativas que vehiculizan el recurso extraordinario de anulación en sacrificio de la potestad y el papel protagónico que la normativa contenciosa administrativa le otorga para sustraer del mundo jurídico negocios viciados insaneablemente.

Bajo este contexto, el papel de observador del juez no está condicionado por ninguna disposición jurídica, porque ellas nada dicen de la posición hermenéutica y esta es inestable en el tiempo por una razón sencilla: porque la hermenéutica está sujeta a los interlocutores de la acción (Gadamer, 2009), es decir, el ejercicio interpretativo es tremendamente liberativo.

En este sentido, la regla de derecho de cómo el juez debe interpretar la norma constituye un escenario muy distinto al de la interpretación de la norma en sí misma. De ahí, que el ejercicio hermenéutico que esta ante el texto es extremadamente variable, pues corresponde a comportamientos judiciales que, porque no decirlo, se enmarcarían en lo que se puede denominar como autonomía judicial, sin que ello constituya desconocimiento del precedente.

Partiendo de estas precisiones, puede decirse que la adopción de una tesis dúctil, menos restrictiva al advertir el acaecimiento de causales de nulidad absoluta de contratos estatales, le permite al juez fortalecer el papel protagónico que la normativa ha previsto para defender el interés general y el mismo ordenamiento jurídico. El uso de esta prerrogativa materializa la consecución de los fines del Estado, pues permite consolidar procesos contractuales sujetos no solo a la voluntad de los suscriptores, sino y en mayor medida, al cuidado de los recursos públicos destinados para ese fin.

Es por ello que, pese a las estipulaciones que se pacten en los diferentes negocios jurídicos, entre ellas, la sustracción del conocimiento de la justicia institucional de los conflictos que en su desarrollo se susciten, el juez debe ejercer a plenitud sus competencias para salvaguardar el interés general, a si esto signifique el sacrificio de otros principios constitucionales.

Un entendimiento distinto significaría que la intangibilidad de los laudos arbitrales comporta la permisión de cualquier tipo de acuerdo negociado que se celebre, sin importar si este, como en el caso analizado, violenta la legalidad y perjudique la consecución de los fines estatales. Con ello de ninguna manera se intenta deslegitimar el modelo de justicia arbitral, el que ha ganado gran importancia en nuestra realidad conflictual, pero si evidencia una arista que debe ser contemplada a la hora de resolver casos en los que se configure una nulidad absoluta.

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo debe ejercer su potestad oficiosa para invalidar de forma absoluta contratos en los que se configure una o varias causales de nulidad que comporten esa sanción, escenario que incluye el recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral. Facultad que se fundamente no solo en el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sino en la prevalencia del interés general, valor consagrado en la Constitución Política, así ello implique el sacrificio de otros principios de igual valor como el de seguridad jurídica y la autonomía de la voluntad.

Referencias Bibliográficas

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo.* (M. Atienza, & I. Espejo, Trads.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arnau, F. (2009). *Lecciones de derecho civil II.* Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions.
- Bejarano, R. y. (2016). *Recurso de anulación de laudos arbitrales.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales.* Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Claros, P. (2004). *Comentarios a la nueva ley de arbitraje.* Barcelona: Difusión jurídica y temas de actualidad .
- Corchuelo, D. (2013). *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Díez-Picazo, L. (2001). Derecho de daños. *Anuario de derecho civil Vol. 54, n. °3.*
- Fernández, R. (1969). Orden público y nulidad de pleno derecho. *Revista de Administración Pública, n. 059, CEPC Centro de Estudios Políticos y Constitucionales., 72.*
- Gadamer, H. (2009). *El papel de la reflexión en la hermenéutica.* Málaga: Revista Internacional de Filosofía, vol. XIV .
- Hernández, G. (2009). Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿taxatividad o enunciación de las cautelas. *Revista Estudio Socios Jurídicos.*
- Ibler, M. (2004). Importantes aspectos de la historia y la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania. *Revista Iusta, 21, 15-25.* Obtenido de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/2977/2844>
- Ledesma, M. (2009). *Jurisdicción y arbitraje.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Lohmann, J. (2002). *Nulidad manifiesta, su declaración de oficio.* Ius Et Veritas .
- Losing, N. (2002). *Estado de Derecho, Seguridad Jurídica y Desarrollo Económico.* Traducción del alemán de JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO.
- Lozada Pimiento, N. E. (2016). El mecanismo de anulación de los laudos arbitrales del CIADI: qué es y para dónde va. *Revista de derecho privado No. 55, 1-29.*
- Malaquer Montes, C. (2001). Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral. *Estudios sobre Consumo N° 59.*
- Núñez del Prado Chaves, F. (2017). El recurso de anulación de laudo y el derecho a patallar. *THEMIS Revista de Derecho 71, 13-30.*
- Poveda Cubillos, G. (2017). Tutela contra laudo arbitral: una controversia sin fin. *Revista de derecho público No. 38, 1-20.*
- Reyes Sinisterra, C. C. (2019). El control de convencionalidad de laudos arbitrales en Colombia: una historia que aun no ha sido contada. *Revista de derecho del Estado No. 43, 159-190.*
- Soriano, J. (1991). Los poderes del juez, la ley, y la reforma contencioso. *Revista de Administración pública Editado Centro de Estudios Políticos y Constitucionales., 69.*

Referencias Jurisprudenciales

Sentencia C-431, (Colombia, Corte Constitucional 23 de marzo 1995)
 Sentencia S-O25, (Colombia, Consejo de Estado 6 de septiembre de 1999).
 Sentencia 12.387, (Colombia, Consejo de Estado 7 de octubre de 1999).
 Sentencia 16.973, (Colombia, Consejo de Estado 8 de junio de 2000).
 Sentencia 21.652, (Colombia, Consejo de Estado 11 de abril 2002)
 Sentencia 21.041, (Colombia, Consejo de Estado 1 de agosto 2002)
 Sentencia 384, (Corte Suprema de Justicia 15 de marzo 2008)
 Sentencia 16.326, (Colombia, Consejo de Estado 24 de enero de 2011)
 Sentencia 18.118, (Colombia, Consejo de Estado 24 de marzo 2011)
 Sentencia 23.942, (Colombia, Consejo de Estado 24 de abril 2013)
 Sentencia T-288, (Colombia, Corte Constitucional 20 de mayo 2013)
 Sentencia 49.812, (Colombia, Consejo de Estado 9 de julio de 2014)
 Salvamento de voto, 54080, (Colombia, Consejo de Estado 20 de junio 2017)
 Sentencia T-502 de 2002. (Colombia, Corte Constitucional, 27 de junio de 2002)
 sentencia C- 934, (Colombia, Corte Constitucional, 11 de diciembre de 2013)
 Sentencia C-400 de 1999. (Colombia, Corte Constitucional, 2 de junio de 1999)
 Sentencia C-207 de 2019. (Colombia, Corte Constitucional, 16 de mayo de 2019)
 Sentencia C- 128 de 2003. (Colombia, Corte constitucional, 18 de febrero de 2003)
 Sentencia c-499 (Colombia Corte Constitucional, 5 de agosto de 2015)
 Expediente: 16973. (Colombia, Consejo de Estado, 8 de junio de 2000)

Expediente 21652. (Colombia, Consejo de Estado, 11 de abril de 2002)
 Expediente 32.398. (Colombia, Consejo de Estado, 8 de junio de 2006)
 Expediente 45007. (Colombia, Consejo de Estado ,3 de mayo de 2103)
 Expediente 4699. (Colombia, Consejo de Estado, 29 de mayo de 2014)
 Expediente 41064 (Colombia, Consejo de Estado, 20 de febrero de 2014)

Normas legales:

República de Colombia, Congreso de la República. Ley 50 de 1936.
 República de Colombia, Congreso de la República. Ley 2279 de 1989.
 República de Colombia, Congreso de la República. Ley 489 de 1998.
 República de Colombia, Congreso de la República. Ley 80 de 1993.
 República de Colombia, Congreso de la República. Ley 1150 de 2007.
 República de Colombia, Congreso de la República. Ley 1437 de 2011
 República de Colombia, Congreso de la República. Ley 1563 del 2012.
 República de Colombia, Presidencia de la República. Decretos 2279 de 1989.
 República de Colombia, Presidencia de la República. Decreto 1818 de 1998.