

## **ARBITRAJE EN CONTRATOS ESTATALES: UNA VISION EN LATINOAMERICA**

Texto de la conferencia dictada en el Congreso de arbitraje ARBITAC, Curitiba-Brasil,  
junio 5 de 2006

### **Carmenza Mejía Martínez**

Abogada consultora, profesora universitaria,  
árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de  
Comercio de Bogotá, árbitro del ICDR  
(International Centre for Dispute Resolution de  
la AAA).

#### **Introducción.**

En el panorama legislativo latinoamericano se encuentra ampliamente reconocida la capacidad del Estado y de los entes públicos para someter a arbitraje las disputas derivadas de los contratos con los particulares. Los tribunales locales, en cambio, se muestran todavía renuentes a admitirla por considerar que ello implica la delegación del ejercicio de las potestades públicas, en materias que comprometen el interés general cuyo único gestor es el Estado.

Poner a tono la contratación estatal, las finalidades públicas, la iniciativa particular y la participación de capitales privados, con formas cada vez más ágiles y eficaces de resolver los conflictos, reclama varias tareas:

A nivel normativo y jurisprudencial, redefinir las nociones de servicio público e interés general, como finalidades del contrato estatal a cargo no sólo de la administración sino de los administrados. Adoptar nuevos criterios para acercar a una sola categoría contractual los contratos que celebre la administración, toda vez que las modernas formas de contratación con los particulares hacen que resulte cada vez más impreciso distinguir entre contratos administrativos y contratos privados de la administración. Unificar el régimen jurídico de esta categoría de contratos, con prevalencia del derecho

privado pero con plenas garantías del cumplimiento de las finalidades públicas. Reconocer, finalmente, en el arbitraje uno de los mecanismos idóneos para que la administración pueda cumplir más rápidamente su tarea pública y los administrados puedan tener la protección de sus intereses privados, sin ver amenazado el orden jurídico ni el poder estatal.

### **La normativa Latinoamericana**

En las legislaciones de los países de América Latina se registra, en general, una tendencia favorable al arbitraje como mecanismo de solución de controversias derivadas de contratos en que el Estado y sus entes son partes contratantes. Las normativas oscilan entre las que simplemente admiten el arbitraje en la contratación estatal o las que establecen el deber de acudir de manera preferente a los mecanismos de solución ágil de disputas en que sea parte el Estado o los entes públicos, hasta las que lo consagran como obligatorio en ciertos casos.

En cuanto a la llamada **arbitrabilidad subjetiva**, que hace relación a la capacidad del Estado y los entes de derecho público para acudir al arbitraje, las leyes de algunos países la consagran expresamente.

En forma completamente propicia al arbitraje y a la aptitud del Estado y de las entidades de derecho público de someterse al mismo, están las leyes de Perú, Colombia, Honduras<sup>1</sup>, Costa Rica<sup>2</sup>, Paraguay<sup>3</sup>, Ecuador y Guatemala.

Entre ellas se destaca la legislación peruana como una de las más favorables al arbitraje, teniendo consagrada en la Constitución de 1993 la capacidad de las entidades estatales

---

<sup>1</sup> Decreto 161 de 2000, Art. 31 “Arbitraje del Estado. Podrán ser sometidas a arbitraje las controversias derivadas de los contratos que el Estado hondureño y las entidades de derecho público celebren con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras”

<sup>2</sup> Decreto Legislativo 7727 de 1997, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Art. 18, inc.2º: “Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley el inciso 3º del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública”

<sup>3</sup> Ley de Medios de Resolución de Conflictos- ley 1879 de 2002, art. 2º “El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros...”

para acudir a este mecanismo<sup>4</sup> y reconocida en la Ley General de Arbitraje la posibilidad de hacerlo sin necesidad de autorización previa. Establece también esta ley que pueden acordar libremente el arbitraje nacional, sin requisito de previa autorización, las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta para “*controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes*”<sup>5</sup>.

Pero la norma quizás más audaz respecto de la utilización del arbitraje se encuentra en la ley peruana de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo No.012-2001-PCM, que se aplica en la contratación de bienes, servicios y obras por parte de todos los organismos y entidades estatales de Perú, necesarios para el cumplimiento de las funciones del Estado, en que se dispone que los conflictos “*...se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de conciliación o arbitraje*”<sup>6</sup>, al igual que las diferencias que no hayan quedado resueltas por Conciliación.

A su turno, en el artículo 186 del Reglamento de esta ley, contenido en el capítulo II del título IV, se reafirma la obligatoriedad del arbitraje para las controversias surgidas luego de perfeccionado el contrato y en el artículo 187 se dispone que todos los contratos deberán contener una cláusula de solución de controversias para que queden sometidas a arbitraje las que surjan desde la celebración del contrato, cuya decisión será mediante laudo en derecho, definitivo e inapelable.

Independiente de las críticas que ha merecido para algunos doctrinantes la contradicción que encuentran entre esta ley, en particular su Reglamento, con la Ley General de Arbitraje, lo destacable es que se haya dispuesto la obligatoriedad del arbitraje en esta clase de contratos con la administración.

---

<sup>4</sup> El Artículo 62 de la Constitución de 1993 dispone que el “Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de una relación contractual a arbitraje nacional o internacional, en la forma que lo disponga la ley”

<sup>5</sup> Ley 26.572 de 1995, art 2°: “Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el estado y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí. Para los efectos de este artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales, Locales y sus respectivas dependencias”

<sup>6</sup> Art.53

Sin embargo de lo anterior, también en la legislación peruana se encuentra una norma que prohíbe expresamente el arbitraje, en la Ley No. 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, cuando las controversias se refieran a la autorización de presupuestos adicionales de obra y pago de mayores gastos de supervisión, que compete a ese organismo.<sup>7</sup>

Otra de las leyes abiertamente favorable al arbitraje estatal es la Ley de Arbitraje de Guatemala<sup>8</sup>, según la cual una vez que el Estado o las entidades estatales hayan celebrado un convenio arbitral válido “*no podrá objetarse la arbitrabilidad de la controversia o la capacidad del Estado y de las demás entidades citadas para ser parte del convenio arbitral, al amparo de normas o reglas adoptadas con posterioridad a la celebración de dicho convenio*”<sup>9 10</sup>

En Ecuador, por su parte, se encuentran varias normas específicas sobre la procedencia del arbitraje con entidades y organismos estatales y en materia de reclamos sobre actos administrativos. La Ley de Modernización del Estado dispone que “*...Los asuntos que versaren sobre materia comercial podrán resolverse a través de arbitraje nacional o internacional según se establezca en el respectivo contrato y de acuerdo con las leyes vigentes. El asegurado o beneficiario podrá acudir en juicio verbal sumario ante los jueces competentes o someter al arbitraje comercial o mediación, según sea el caso*”<sup>11</sup>.

En Colombia, desde la ley 4 de 1964 se facultó a las entidades estatales para incluir la cláusula compromisoria en contratos de obra pública. Posteriormente se admitió en todos los contratos que celebrara la nación y en los de empréstito. En el actual estatuto de contratación estatal, ley 80 de 1993, se establece como un **deber** de las entidades estatales “*acordar los mecanismos y procedimientos pertinentes para prevenir o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que se llegaren*

---

<sup>7</sup> Art.23

<sup>8</sup> Decreto 67 de 1995

<sup>9</sup> Con esta ley se despejaron, a mi juicio, las dudas que suscita la disposición del artículo 103 de la Ley de Contratación del Estado (D.57 de 1992) según la cual, de una parte, toda controversia debe someterse a la jurisdicción contencioso administrativa y, de otra parte, no se podrá iniciar acción penal “*sin la previa conclusión del procedimiento administrativo...siempre y cuando no exista sometimiento a la jurisdicción arbitral mediante cláusula compromisoria o convenio arbitral*”

<sup>10</sup> En Guatemala, la arbitrabilidad de las controversias de contratos en que el Estado o las empresas estatales sean parte, está reafirmada así mismo, en la Ley General de Telecomunicaciones (D.94/96).

<sup>11</sup> Artículo 63

a presentar”<sup>12</sup>, deber que en el artículo 68 se hace extensivo a los contratistas privados, de acudir al empleo del arbitraje entre otros mecanismos de solución de controversias.

El artículo 69 de esta ley contiene una previsión muy peculiar dentro del contexto latinoamericano al disponer que *“las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales. Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal”*. La ley quiso así conjurar la resistencia natural de los organismos estatales a renunciar a la jurisdicción administrativa. Lamentablemente, esta intención se ha visto frustrada con las decisiones de los más altos tribunales.

En el artículo 70, al tiempo que se confirma la posibilidad de incluir la cláusula compromisoria en los contratos estatales, se establece que el arbitraje será en derecho y que la constitución y funcionamiento del tribunal arbitral se regirá por las normas vigentes sobre la materia.<sup>13</sup>

En Colombia el arbitraje adquiere otras particularidades en la contratación estatal, previstas en esta misma ley 80 de 1993, unas de ellas relativas al contenido del documento de Compromiso<sup>14</sup>, ligeramente distintos a los que se refieren a controversias de contratos entre particulares, al número de árbitros y a la facultad de éstos de prorrogar el término del arbitraje. Otras particularidades hacen referencia a las causales de anulación de los laudos<sup>15</sup> a conocimiento del Consejo de Estado, máximo tribunal de la jurisdicción administrativa.

Las restantes legislaciones estudiadas, aunque propicias también al arbitraje estatal, establecen algunos requisitos para su validez y funcionamiento.

Así el Decreto-ley 5 de 1999, régimen sobre arbitraje, mediación y conciliación de Panamá, establece que se requiere aprobación del Consejo de Gabinete y concepto favorable del Procurador General de la Nación para su utilización.

---

<sup>12</sup> Artículo 4

<sup>13</sup> Las normas generales sobre arbitraje están compiladas en el Decreto 1818 de 1998

<sup>14</sup> Art.71

<sup>15</sup> Art.72

En Ecuador<sup>16</sup>, cuando se trate de arbitraje con entidades que conforman el sector público se requiere, entre otras particularidades, el dictamen del Procurador General del Estado para pactar el Compromiso si no había pacto arbitral previo. Así mismo, el convenio arbitral por el cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, debe ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

La Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela ordena que *“Cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, los municipios y los institutos autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutariamente competente y la autorización por escrito del ministro de tutela.(...)”*<sup>17</sup>

En Brasil, la ley 9307 de 1996 que regula el arbitraje exige que las partes suscriban Compromiso aun cuando esté pactada cláusula compromisoria y si no es suscrito de manera voluntaria, debe pedirse al juez competente que lo haga (art. 7). Otros requisitos hacen referencia a que la sede del arbitraje sea en Brasil, lo cual se ha interpretado de diversas maneras, y en idioma portugués.

Pero, ciertamente, la tendencia legislativa en Brasil es cada vez más favorable al arbitraje estatal en los contratos en que sean parte las entidades del aparato estatal. La reciente ley 11.196 de 2005 introdujo modificaciones a la ley de Concesiones<sup>18</sup> entre ellas la de prever que en el contrato de concesión se pueda pactar el empleo del arbitraje y en general los mecanismos privados de resolución de disputas derivadas del mismo. Esa misma posibilidad estaba ya establecida en la Ley General de Telecomunicaciones<sup>19</sup>; Ley Nacional de Energía<sup>20</sup>, Ley de Transporte<sup>21</sup>; la Ley de Mercado Eléctrico y, más recientemente, en la Ley 11079 de 2004 que permite el uso de

---

<sup>16</sup> Ley de Arbitraje y Mediación de 29 de agosto de 1997

<sup>17</sup> Art.4

<sup>18</sup> No.8.987/95

<sup>19</sup> No.9.472/97

<sup>20</sup> No.9.478/97

<sup>21</sup> No.10.233 de 2001

mecanismos de resolución de disputas, entre ellos el arbitraje, en los contratos de las asociaciones público-privadas PPP (*Parcerías Público-Privadas*).

Finalmente, aunque en algunos países no existe norma expresa sobre la capacidad del Estado y de los entes públicos para someter sus disputas al arbitraje, como tampoco existe prohibición de hacerlo, se ha entendido que la aptitud está implícita en la previsión general contenida en las leyes que regulan internamente el arbitraje. Así ocurre, por ejemplo, en México.

Como se observa, en el panorama legislativo en Latinoamérica no se encuentra una normatividad adversa al arbitraje. Aunque con diversos matices, se observa una clara tendencia a dotar al Estado y a sus entes de mecanismos ágiles en la solución de las disputas derivadas de los contratos que celebra. Poco a poco se ha ido abandonando el “estatismo” a medida que la administración ha ido delegando en los particulares o realizando en asocio con ellos, la ejecución y prestación de importantes obras y servicios.

En cuanto a la llamada **arbitrabilidad objetiva**, que hace relación a la naturaleza de las disputas que pueden ser sometidas a decisión arbitral, las legislaciones coinciden en que debe tratarse de materias transigibles o derechos o cuestiones disponibles, por oposición a las que versan sobre cuestiones de orden público, estado civil de las personas, la responsabilidad penal, los asuntos laborales o que tengan un procedimiento especial y aquellos en que exista una sentencia en firme.

Algunas leyes admiten el arbitraje no solo para disputas de índole contractual sino también extracontractual. Así ocurre, por ejemplo, en Panamá, Guatemala y Costa Rica.

En algunas otras se menciona la exclusión expresa de las materias concernientes al ejercicio del poder público del Estado. Con una disposición idéntica, las leyes generales de arbitraje de Perú y de Venezuela reconocen la procedencia del arbitraje con el Estado y las entidades estatales, salvo para las controversias “*concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público*”<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Ley general de Arbitraje de Venezuela, No.26572 de 1995 y Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela de 1998, art.3o

Una particularidad se encuentra en la Ley de Medios de Resolución de Conflictos de Paraguay, ley 1879 de 2002, que dispone en el artículo 2º que *“El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado”*.

En general, se ha presentado la dificultad no solo doctrinaria sino también jurisprudencial de determinar qué se entiende como “derechos disponibles” y un criterio común ha sido el de identificar los derechos disponibles con los de contenido puramente económico.

Pero una primera perplejidad surge de atribuir al derecho privado la actividad económica y los intereses patrimoniales, en forma antagónica a los intereses públicos. Mientras se asigne a lo privado el contenido patrimonial, como criterio diferenciador entre una y otra materia, se mantendrá una dicotomía artificial, inconveniente a la actividad contractual de la administración. En efecto, por qué asimilar los intereses privados a los puramente económicos? Al propio tiempo, no es acaso deseable, y aún exigible, que el Estado moderno garantice servicios y empresas eficientes y rentables económicamente?

Otra dificultad de interpretación ha derivado de que las leyes no mencionan si el arbitraje con las empresas estatales procede tanto para los “contratos de derecho privado de la administración”, como para los “contratos administrativos”, en los países que conservan esta división. Y la tendencia es a creer que sólo sea para los primeros por considerar que la “libre disposición” no existe en los contratos administrativos.

Uno de los problemas radica, a mi juicio, en emplear diversos criterios para determinar cuáles contratos son administrativos y de derecho público, por oposición a los contratos de derecho privado. Si se mira, por ejemplo, desde el punto de vista de su finalidad, el contrato que celebre la administración será administrativo. En tanto que si se lo mira desde su objeto y forma, este será civil o comercial. Por qué entonces, no buscar un

criterio uniforme que comprenda todos los sujetos e intereses involucrados en la contratación estatal, tanto públicos como privados?

Finalmente, las consecuencias de una u otra interpretación confluyen en la dificultad de determinar la jurisdicción competente, en el sentido de resolver si la jurisdicción administrativa es la única que debe conocer de los contratos administrativos y de sus efectos económicos y la jurisdicción común la que debe conocer de los contratos privados de la administración, o aún si los efectos patrimoniales de los contratos administrativos pueden ser sometidos a la jurisdicción común o a la decisión arbitral en cuanto se consideran derechos disponibles.

### **Actividad de la Administración**

En la actividad de la administración se identifican, de un lado, los actos de poder o autoridad en los cuales actúa unilateralmente en ejercicio del poder público primario y los actos de gestión, entre ellos los contratos en los cuales debe despojarse de su poder de autoridad para actuar en igualdad de condiciones a los particulares.

Ciertamente, se reconoce en el Estado la facultad de obrar unilateralmente en ejercicio del poder público que le es propio y para preservar el orden jurídico, pero también se reconoce su participación como sujeto de la actividad mercantil.

Los interrogantes que se formulan son, entonces, de una parte si se debe aplicar a los contratos que celebra el Estado el mismo régimen jurídico de los particulares o si se aplica un régimen especial y, de la otra, cuál debe ser la jurisdicción competente para conocer de sus conflictos?

Desde el punto de vista de su actuación, son clasificados como contratos administrativos aquellos en que la administración actúa como sujeto de derecho público y de derecho privado de la administración si lo celebra como sujeto de derecho privado. Otro criterio, quizás el que se presta a más equívocos, es el de la naturaleza patrimonial que se

atribuye exclusivamente a los contratos privados, por oposición a la naturaleza de contrato administrativo que se identifica con las prerrogativas de Estado.

También se utiliza el criterio de vinculación al servicio público para determinar que son contratos administrativos los relacionados con la prestación de un servicio público y actos privados de la administración los que son ajenos a esa actividad. Pero la noción de servicio público ha dejado de ser exclusiva del Estado y del derecho público, dando paso a nuevas formas de contratación en que participa la iniciativa privada, como la concesión, o la prestación del servicio público a cargo únicamente de los particulares, o por la nacionalización de las empresas y actividades encargadas de su prestación. Y de ahí ha derivado la dificultad actual de determinar, nítidamente, tanto el régimen jurídico aplicable como la jurisdicción competente para conocer de las controversias contractuales.

### **Fines de la contratación estatal**

La contratación estatal debe ser una actividad que atiende tanto los intereses públicos como los privados, lo cual implica buscar un equilibrio entre ellos, aproximando cada vez más ambos regímenes, en procura de relaciones más concertadas y comerciales.

En la celebración de los contratos y en su ejecución, el Estado debe participar de manera más estratégica para atender, de una parte, los imperativos económicos y las necesidades sociales que no alcanza a satisfacer directamente, y de la otra los intereses privados de aquellos con quienes contrata, cuya cooperación es cada vez más indispensable.

Pero, cómo puede el Estado lograr este complejo equilibrio de contratar con los particulares sin renunciar al ejercicio del poder público ni ceder la noción de interés general que le son propios? Al propio tiempo, cómo atraer cada vez más la iniciativa particular y los capitales privados si persiste en mantener una posición privilegiada en el contrato?

### **Deber de colaboración. Función social del contratista**

La noción de interés público es y debe seguir siendo el fin último de la actividad contractual del Estado, pero no deben justificarse en esa noción sus prerrogativas en el contrato, puesto que ha dejado de ser exclusivo del Estado la satisfacción de ese interés.

El particular, a su turno, debe saber que en la contratación estatal no sólo debe buscar la obtención de utilidades y provecho económico como en la contratación entre particulares, lo que en todo caso debe serle garantizado por el Estado, sino que debe tener siempre presente que el contrato estatal busca satisfacer un interés general y que el particular tiene el deber de **colaborar** para que se logre la satisfacción de ese interés.

De esta manera, al contratista privado ya no se le concibe como un subordinado jurídico, sometido al imperio y prerrogativas del Estado soberano, sino que se le toma como un colaborador de la administración en el logro de la finalidad de la actividad contractual estatal, cual es la de satisfacer el interés general.

En otras palabras, esta noción de interés público persiste como concepto implícito en todo contrato que celebre la administración pero ya no para explicar o justificar las prerrogativas del Estado frente a los particulares, sino como el fin último de la actividad contractual en cuyo logro el particular tiene el **deber** de cooperar mediante la obra o servicio contratado y con arreglo a los principios de la contratación estatal.

Pero hacer efectiva esta idea de colaboración recíproca en lugar de la subordinación de los administrados en el contrato, no es posible sino se limitan, al propio tiempo, los privilegios de la administración.

En las legislaciones con una concepción clásica del contrato administrativo, la administración está dotada de enormes privilegios entre ellos los de obrar unilateralmente y hacer efectivos ella misma, sin necesidad de acudir a decisión judicial, los actos administrativos contractuales que emita. Nada más contrario a la naturaleza contractual.

Lo que se propone, en primer lugar, es adoptar una noción del **interés general** distinta a la tradicional.

En su noción clásica el Estado era el único gestor del interés general y el proveedor exclusivo de los servicios públicos. Los intereses económicos del contratista privado se miraban como mezquinos frente al interés general. En ello hacía radicar el Estado sus prerrogativas y privilegios en el contrato. Pero con las formas modernas de contratación, en que participa cada vez más la iniciativa privada, el interés general ya dejó de ser una prerrogativa exclusiva del Estado para convertirse en una finalidad a cargo tanto de la administración como del particular encargado de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio.

Así pues, aunque el concepto de interés general sigue vigente en toda actuación pública de la administración, en la actividad contractual esa noción se concreta en una finalidad específica: la prestación de un **servicio público** que tanto la administración como el particular deben satisfacer. Bajo esta concepción, el contratista privado ya no es un subordinado jurídico a quien se mira con desconfianza, sino un **colaborador** de la administración.

En la contratación estatal, la noción abstracta y general de **interés público** es reemplazada por la de **servicio público**, no en su acepción funcional sino como concepto inherente a la actuación misma del Estado que ahora es prestado también por los administrados, y eso hace que las relaciones con los particulares deban ser más igualitarias, con visión de empresa común, eficiente y rentable.

La noción de servicio público ya no es un simple criterio para dividir los contratos estatales en públicos y privados. Más allá de ese concepto, se concibe ahora como la particularización de la noción del interés general en el contrato. Se reconoce como la **finalidad** misma de la contratación estatal, en la cual ya no sólo está comprometida la administración sino el contratista particular, a quien por lo mismo se le asigna una **función social** en la ejecución del contrato.

En Colombia, luego de un amplio tránsito legislativo y jurisprudencial, se establecieron varios mecanismos a nivel legal<sup>23</sup> en procura de un mayor equilibrio entre las funciones públicas y los intereses privados.

---

<sup>23</sup> Ley 80 de 1993 actual estatuto de la contratación estatal

Se unificaron los contratos de la administración en una sola categoría. Son contratos estatales todos aquellos que celebren la nación y las entidades estatales de cualquier orden, sin distinguir entre contratos administrativos ni contratos privados de la administración. Es una sola categoría de contratos pero con una doble finalidad: el cumplimiento de tareas públicas junto con la protección y garantía de los intereses privados.

Se estableció que dentro de los **finés de la contratación estatal** también está la protección de los derechos e intereses de los administrados pero, al propio tiempo, se les asigna a éstos el cumplimiento de una **función social** que como tal les impone obligaciones<sup>24</sup>.

Para preservar el interés general y el orden jurídico inherentes a toda la actuación de la administración, se estableció una serie de **principios** que rigen toda la actividad contractual del Estado. Se estableció un **régimen jurídico mixto**, en que se aplica de manera prevalente el derecho privado y por excepción el derecho público y, además, una serie de **derechos y deberes** recíprocos de la administración y de los administrados para buscar tanto el interés general como la utilidad económica del particular privado.

Al propio tiempo se restringieron los privilegios de la administración eliminando la potestad de ejecutar ella misma los actos administrativos contractuales sin acudir a la jurisdicción contenciosa. Por último, se estableció la unidad jurisdiccional dejando a la jurisdicción administrativa la competencia para conocer de tales contratos y de los actos administrativos contractuales, tal como ocurre en Costa Rica, Venezuela y en los códigos de algunas provincias de Argentina.

Finalmente, en el estatuto de la contratación estatal en Colombia, la “jurisdicción arbitral” obtuvo reconocimiento como mecanismo para resolver las disputas derivadas de los contratos estatales. En este país los árbitros ejercen **función jurisdiccional**, por expreso mandato constitucional<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Artículo 3°. ley 80 de 1993

<sup>25</sup> Art.116. “... Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”

## **Jurisprudencia Adversa**

Frente a un panorama legislativo favorable al arbitraje, ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de poner límites y restricciones, en unos casos respecto de la capacidad de los entes estatales para someterse al arbitraje, en otros respecto del ámbito de competencia de los árbitros frente a actos administrativos contractuales y finalmente respecto de las materias sobre las cuales puede versar la decisión.

En Elettronica Industriale S.P.A. v. Compañía Anónima Venezolana de Televisión, empresa mercantil del Estado, la entidad estatal demandó la nulidad del laudo que había resuelto el contrato por incumplimiento, aduciendo, entre otras razones, que las empresas del Estado no podían ser obligadas a someterse a arbitraje, no obstante la expresa disposición de la Ley de Arbitraje Comercial que lo permite.

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela resolvió que la junta directiva de la empresa estatal carecía de atribuciones para someter la disputa a la decisión de árbitros, por tratarse de un acto que excede de la simple administración y que ningún mandatario puede hacerlo sin tener mandato expreso, atribuyendo a los directores la calidad de mandatarios de la empresa. Pero lo que causa más perplejidad es que el Tribunal venezolano consideró que los contratos celebrados por empresas estatales mercantiles no son contratos comerciales, pues buscan fines públicos y que por tal razón las controversias derivadas de esos contratos no pueden llevarse a arbitraje.<sup>26</sup>

En Bolivia, en acción contenciosa ante la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio de Defensa Nacional demandó la nulidad del contrato de prestación de servicios suscrito con la empresa Asesoría y Gestión Naval S.A. (AGN S.A.), contrato en el que estaba pactada cláusula compromisoria.

La Corte declaró improbadamente la “excepción de arbitraje” planteada por AGN SA. y por tanto se declaró competente para seguir conociendo del proceso, con base en que lo que se estaba analizando era la validez de la integridad del contrato, demandada por

---

<sup>26</sup> Sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de 4 de abril de 2006, Expediente 2001-100

supuesta ilicitud y que, por lo tanto, la aplicación de sus cláusulas –entre ellas la cláusula compromisoria- dependía de la validez o invalidez del contrato. Esta decisión resulta contraria al principio de la autonomía del pacto arbitral.

Respecto de la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer el asunto, determinó que es imperativo que la nulidad de un contrato sea pronunciada judicialmente y que las partes deben acudir a la administración de justicia para obtener la declaración que establezca si existe o no la causa de nulidad del mismo.

En Colombia existe ya nutrida jurisprudencia del Consejo de Estado, en ocasiones restrictiva y adversa al arbitraje en los contratos con el Estado.

Sobre el ámbito de competencia de los árbitros, en una primera etapa la jurisprudencia del Consejo de Estado fue reiterativa en el sentido de que la cláusula compromisoria no derogaba la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias que surgieran con motivo de la cláusula de caducidad y de las demás cláusulas exorbitantes, hoy denominadas cláusulas excepcionales al derecho común, que estuvieran previstas en el contrato, como eran las de caducidad o terminación unilateral por la administración en caso de incumplimiento del contratista particular.<sup>27</sup>

Posteriormente, en el proceso de Consortio Domi Prodeco Auxini v. Carbocol ese Tribunal precisó que el juzgamiento sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales expedidos para hacer efectiva una cláusula excepcional al derecho común prevista en el contrato, correspondía exclusivamente a la jurisdicción administrativa pero admitió la competencia de los árbitros para conocer y decidir respecto de las consecuencias económicas, puramente patrimoniales, de dichos actos administrativos<sup>28</sup>

A partir de esta sentencia del 15 de mayo de 1992, sostuvo que si bien el juzgamiento sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales estaba reservado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo “( ) *las partes podían válidamente atribuir*

---

<sup>27</sup> Sección Tercera, auto de 2 de noviembre de 1977

<sup>28</sup> Sección Tercera, sentencia de mayo 15 de 1992 Expediente No. 5326

*competencia a los jueces arbitrales para conocer de las consecuencias económicas de dichos efectos ( )”.*

Esta tesis fue revaluada, sin embargo, por el propio Consejo de Estado en el proceso de Pinski y Asociados S.A. v. Carbocol<sup>29</sup>, en sentencia de 16 de junio de 1997, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual las consideraciones de índole económica no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros y porque **“La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados”**

En esta sentencia se señaló, además, que *“no era posible escindir el conocimiento de las causas en atención al principio de plenitud e integridad de la jurisdicción y de la competencia”*. A juicio de esa Corporación, no sería posible resolver las peticiones de nulidad del acto sin resolver, así mismo, sobre sus consecuencias patrimoniales que están lógicamente relacionadas.

Con base en esta tesis, varios laudos arbitrales fueron anulados por pronunciarse sobre el acto de liquidación unilateral del contrato, no obstante estar referidos exclusivamente a los efectos patrimoniales, al haber reconocido el desequilibrio económico del contrato y condenado al pago de los costos indirectos a favor del particular. En criterio del Consejo de Estado, el tribunal arbitral habría roto el principio de la *continencia de la causa*<sup>30</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional en Colombia, al estudiar los artículos 70 y 71 del estatuto de contratación estatal (ley 80 de 1993)<sup>31</sup>, señaló que la función de los árbitros es limitada en cuanto a las materias de su competencia, no sólo porque las partes pueden restringir el ámbito de decisión a una o algunas de las disputas, sino también porque tal función debe ejercerse con sujeción a la Constitución y la ley, pues

---

<sup>29</sup> Expediente 10882

<sup>30</sup> Entre ellos, en el fallo sobre recurso de anulación del Laudo en IDU v. World Parking S.A. Exp.19090

<sup>31</sup> **Artículo 70 de la ley 80 de 1993. Compilado D. 1818/98, art. 228. De la cláusula compromisoria.** En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que surjan por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación (...).”

en un Estado de Derecho “no son de recibo las competencias implícitas, ni tampoco las sobreentendidas, ni para el juez ordinario, y mucho menos para el juez excepcional, como lo son los árbitros y, de otra existen materias o aspectos que por voluntad del constituyente o por ministerio de la ley, están reservados a las autoridades normalmente instituidas para ejercer la función jurisdiccional.”<sup>32</sup>

En Sentencia C-294/95, al analizar el artículo 116 de la Constitución Política, la Corte Constitucional reiteró que dichas materias sólo pueden versar sobre asuntos susceptibles de transacción y que “( ) Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia. Escapan, por el contrario, a la autonomía de la voluntad, las obligaciones amparadas por ‘las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres’, de conformidad con el artículo 16 del mismo Código Civil”, restricciones éstas que son prácticamente universales.

La tesis de la Corte Constitucional es contundente respecto a que “...Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así estos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna (... )”

---

<sup>32</sup> Sentencias C-42 de 1991 y C-431 de 1995

Esta posición fue reiterada por el Consejo de Estado en varias providencias, entre ellas en los procesos de Consortio Hispano Alemán v. Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá<sup>33</sup> y Consortio Amaya Salazar v. Invama<sup>34</sup>, reafirmando el principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos y la competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa para resolver sobre la legalidad y los efectos que sean consecuencia de ella.

El Consejo de Estado señaló que dentro del ámbito de competencia no se encuentra comprendido el control jurídico de los actos administrativos por no estar instituido así legalmente y, conforme al principio de legalidad, quienes ejerzan funciones públicas solo pueden desempeñar aquellas funciones atribuidas en la Constitución o en la ley.<sup>35</sup>

Por virtud de este mismo principio, los árbitros pueden decidir, en cambio, sobre la nulidad absoluta del contrato, por objeto o causa ilícita, por estar previsto en la ley<sup>36</sup>, no obstante que se discute que se trata de un asunto de orden público y por lo tanto de materia no transigible.

Así las cosas, por una parte, con fundamento en el principio de legalidad se circunscribe la competencia de los árbitros a lo que está permitido expresamente en la ley, esto es, materias susceptibles de transacción, y por otra parte no pueden escindir los efectos patrimoniales de los actos expedidos con base en las cláusulas excepcionales, para que sean decididos separadamente por dos jurisdicciones, porque los principios de **unidad de jurisdicción** y de **continencia de la causa** impiden hacer tal división.

Adicionalmente, se ha señalado que aún cuando las partes no limiten las materias o asuntos de que pueden conocer los árbitros, estas facultades no son ilimitadas, no solo por las materias que el legislador ha excluido expresamente de la justicia arbitral, sino porque resultaría ilegal una cláusula compromisoria que otorgue competencia a los árbitros para el juzgamiento de cuestiones de orden público o de actos de autoridad del Estado. Si las partes llegaran a pactar una cláusula compromisoria que así lo dispusiera,

---

<sup>33</sup> Exp. 16394 de febrero 23 de 2000

<sup>34</sup> Exp.16973 de 8 de junio de 2000

<sup>35</sup> Art.121 y ss. Constitución Política

<sup>36</sup> Art.116 ley 446 de 1998

los árbitros no podrían, en todo caso, pronunciarse sobre aquello por ser una función del Estado en ejercicio del poder público que sólo este puede detentar.

A pesar de este oscuro panorama, por fortuna la jurisprudencia administrativa ha ido cediendo espacio a la competencia arbitral.

En efecto, el Consejo de Estado ha reconocido que los árbitros pueden asumir competencia sobre las materias de orden patrimonial, así la administración haya expedido unilateralmente el acto administrativo de liquidación del contrato. Pero lo ha hecho con base en consideraciones distintas a la de dividir las causas y la jurisdicción, lo que sería contrario a la doctrina constitucional que antes se mencionó.

En el proceso de la Universidad del Tolima v. Consorcio Carlos Julio Rivera y José Fernando Peñalosa, ante la liquidación unilateral del contrato por parte de la administración, el Consejo de Estado precisó<sup>37</sup> al decidir el recurso de anulación contra el laudo arbitral, que dicho acto, así formalmente fuera un acto administrativo y legalmente estuviera comprendido como tal, no todos los hechos o declaraciones contenidos en ese acto de liquidación tienen el carácter de acto administrativo, sino que lo tienen sólo los que constituyen el ejercicio de poderes o prerrogativas del Estado. Por tal razón, los árbitros serían competentes para conocer íntegramente de dicho acto que, materialmente, no constituye acto administrativo en cuanto se refiere a la simple liquidación de cuentas entre las partes.

En tal orden de ideas, si se notifica la demanda arbitral antes de que la administración la efectúe de manera unilateral, la competencia para liquidar el contrato es íntegra y exclusivamente de los árbitros. No obstante esta última tesis, en el caso arbitral de Concesiones de Infraestructura CISA S.A. v. Departamento del Valle del Cauca una vez fue notificada la demanda arbitral, el Departamento procedió a liquidar unilateralmente el contrato mediante acto administrativo, pretendiendo suspender el trámite del arbitraje, pero el tribunal arbitral continuó conociendo de la demanda que había sido instaurada por desequilibrio financiero del contrato y profirió el laudo.

---

<sup>37</sup> Exp. 19333, providencia de 4 de Julio de 2002

El Departamento logró, inicialmente, mediante acción de tutela, que la Corte Constitucional declarara sin efectos el laudo arbitral y la decisión del Consejo de Estado sobre su validez<sup>38</sup>, con el argumento, de nuevo, que la potestad de emitir los actos administrativos no es transigible ni su conocimiento es delegable a los particulares y que la entidad estatal no había perdido la facultad de liquidar unilateralmente el contrato por acto administrativo, así estuviera ya en curso el proceso arbitral.<sup>39</sup>

Por fortuna, este fallo de la sala de tutela fue anulado por la Sala plena de la misma Corte Constitucional.

## **CONCLUSIONES**

A pesar de un contexto legislativo propicio al arbitraje en el contexto latinoamericano, la jurisprudencia de los tribunales locales ha sido muy restrictiva, en contravía de la necesidad cada vez mayor de la vinculación de la iniciativa particular y de los capitales privados en la contratación estatal

Para lograr el equilibrio de las relaciones entre la administración y los particulares se propone adoptar una sola categoría de contrato concebido como un acto de colaboración para el logro de las finalidades públicas.

Unificar el régimen jurídico del contrato estatal, con prevalencia del derecho privado.

Redefinir la noción del servicio público identificándolo como la finalidad de la contratación estatal, a cargo tanto de la administración como de los particulares.

Buscar relaciones contractuales cada vez más equitativas, en que se cumplan las finalidades públicas con la colaboración de los particulares, a la vez que se garantice la protección de los derechos privados.

Orientar la gestión pública hacia escenarios más seguros y claros para la iniciativa particular y la inversión del capital privado.

---

<sup>38</sup> Expediente 25021

<sup>39</sup> Fallo de tutela de la Corte Constitucional 481-2005

Reconocer en el arbitraje el mecanismo ágil y eficaz de resolver las diferencias entre la administración y los administrados, entendiendo que, al igual que toda la actividad contractual del Estado, aquél no implica negociabilidad de potestades públicas ni quebranto del orden jurídico. El desarrollo económico de nuestros países así lo reclama.

Curitiba, Brasil

Junio 5 de 2006