

# La competencia de los tribunales de arbitramento en asuntos contencioso-administrativos: Límites y contradicciones\*

The Competition of the Courts of Arbitration in Contentious  
Administrative Cases: Limits and Contradictions

*José Gabriel Nieves-López\*\**

Cómo citar este artículo: Nieves-López, J. G. (2019). La competencia de los tribunales de arbitramento en asuntos contencioso-administrativos: límites y contradicciones. *Revista Verba Iuris*, 14 (42). pp. 163-171

## Resumen

El presente trabajo busca realizar un estudio sobre el alcance normativo y jurisprudencial sobre la competencia de los Tribunales de Arbitramento para conocer de los asuntos contencioso-administrativos en Colombia, haciendo una reflexión crítica sobre el papel del árbitro y el juez administrativo frente a dichos asuntos.

**Palabras clave:** Arbitramento, Juez Administrativo, Contratación Pública, Cláusulas Exorbitantes, Orden Público.

---

**Fecha de Recepción: 10 de enero de 2019 • Fecha de Aprobación: 25 de mayo de 2019**

\* El presente artículo hace parte de la investigación denominada “Justicia Administrativa en Colombia” gestionado en la Universidad del Norte (Colombia)

\*\* Abogado de la Universidad del Norte. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Procesal del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Profesor Universidad de Caldas. Joven Investigador COLCIENCIAS – Universidad del Norte adscrito al Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política – GIDECP. Profesor Universidad de Caldas y Universidad Autónoma del Caribe. Correo electrónico: josegabrielnieves@hotmail.com, Teléfono: 350 92 78, Km 5 Vía Puerto Colombia.

**Reception Date: January 10, 2019 • Approval Date: May 25, 2019**

\* This article is part of the research entitled: “Administrative Justice in Colombia” managed at Universidad del Norte (Colombia).

\*\* Lawyer of Universidad del Norte. Specialist in Administrative Law of Universidad Santo Tomás, Specialist in State Hiring of Universidad Externado de Colombia, Specialist in Procedural Law of Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Professor at Universidad de Caldas. Young Researcher COLCIENCIAS - Universidad del Norte attached to the Research Group in Law and Political Science - GIDECP. Professor University of Caldas and Autonomous University of the Caribbean. Electronic mail: josegabrielnieves@hotmail.com, Telephone: 350 92 78, Km 5 Via Puerto Colombia.

In this regard, please refer to article 116 and 228 of the Political Constitution and article 13 of Law 270 of 1996 or Law of the Administration of Justice.

## Abstract:

This work seeks to carry out a study on the normative and jurisprudential scope on the competence of the Arbitration Courts to know the contentious-administrative matters in Colombia, making a critical reflection on the role of the arbitrator and the administrative judge in dealing with such matters.

**Keywords:** Arbitration, Administrative Judge, Public Contracting, Public Procurement, Exorbitant Clauses, Public Order. Clinical History, Right to Information, Professional Secrecy.

## 1. Introducción

La facultad constitucional otorgada a los particulares para ejercer jurisdicción<sup>1</sup> en algunos asuntos ha sido objeto de críticas y cuestionamientos, en especial, al momento de determinar sobre qué tipo de casos pueden conocer cada uno de ellos, especialmente, cuando se trata de delimitar las competencias de los árbitros.

A partir de la promulgación de la Ley 1563 de 2012 o el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, se plantea un nuevo escenario en cuanto a los particulares que ejercen jurisdicción como los árbitros, se amplía el rango de acciones de las autoridades administrativas investidas de jurisdicción, como es el caso de algunas Superintendencias<sup>2</sup> y la competencia sin jurisdicción de algunos funcionarios, como los notarios.

La Ley 270 de 1996 sobre Administración de Justicia, así como el malogrado Decreto 1818 de 1998, reglamentaron el ejercicio jurisdiccional en cabeza de los árbitros, como verdaderos operadores de justicia, sin embargo, suscitaron serias controversias, como lo es en el caso que plantearemos en el presente ensayo, sobre la competencia de estos para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos.

Y no es asunto de menor importancia la discusión que aún sostienen las Altas Cortes y doctrinantes sobre la competencia o no de los árbitros para conocer de las controversias que se suscitan con ocasión de la legalidad de los actos administrativos, en especial, de aquellos que se originan de la actividad contractual del Estado, pues lo enfrenta claramente en contra del Juez Administrativo y pone en entredicho el principio de seguridad jurídica en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

De acuerdo a lo anterior, el presente trabajo pretende abordar un análisis desde los principios de kompetenz-kompetenz y habilitación del pacto arbitral, pasando por la naturaleza de la cláusula compromisoria, la competencia para conocer sobre los actos administrativos originados en las cláusulas exorbitantes y finalmente las posturas que en la actualidad soportan la Corte Constitucional y el Consejo referente al caso en comento.

## 2. Pacto Arbitral: Entre el Principio Kompetenz – Kompetenz y el Principio de Habilitación

El artículo 3° de la Ley 1563 de 2012 determina que la existencia del pacto arbitral se refiere a un negocio jurídico en el cual las partes acuerdan sustraerse a la jurisdicción ordinaria para someter los asuntos que se originen de las controversias que surjan entre ellos a los árbitros.

Lo anterior, quiere decir que el pacto arbitral (el cual puede ser una cláusula compromisoria o

<sup>1</sup> Al respecto, ver el artículo 116 y 228 de la Constitución Política y el artículo 13 de la Ley 270 de 1996 o Ley de la Administración de Justicia.

<sup>2</sup> Ver. Artículo 24. Ley 1564 de 2012.

compromiso) tiene sus bases en la voluntad de las partes, pues son ellas las que deciden que clases de asuntos deben ser sometidos al conocimiento de los tribunales de arbitramento y si deben ser resueltos en derecho o equidad.

Ahora bien, queda claro que son las partes que suscribieron el pacto arbitral quienes “*habilitan*” al árbitro para que en ejercicio de su poder jurisdiccional resuelva sobre asuntos específicos, así las cosas, la fuente de la función jurisdiccional ejercida por el árbitro no recae sobre el Estado sino sobre el acuerdo de voluntades de las partes (Guarín y Aldana, 2016).

Respecto al principio de habilitación o voluntariedad del Pacto Arbitral, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“(...) son las partes las que deben decidir en forma autónoma y sin interferencias externas el sometimiento de sus controversias al mecanismo arbitral en forma principal, pero ello no conduce a una inhibición absoluta del legislador para regular ciertas materias como, por ejemplo, las causales de anulación del laudo arbitral (...)”*<sup>3</sup>

Puesto que las partes han confiado en el árbitro para someter a su juicio aquellos asuntos transigibles para su conocimiento, la voluntad de las partes lo faculta desde el inicio del proceso arbitral para definir su competencia, y es aquí donde de evidencia la autonomía de la cual es revestida el árbitro con ocasión del pacto arbitral, pues éste determina con ocasión del principio *kompetenz-kompetenz*<sup>4</sup> aquello que debe ser sujeto de su conocimiento, así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional:

*“(...) el principio kompetenz-kompetenz les confiere a los árbitros un margen interpretativo autónomo para definir el alcance de su propia competencia, y se deriva de la propo-*

*sición según la cual no ha de descartarse prima facie que las partes habilitantes han confiado en la capacidad de los árbitros de adoptar decisiones definitivas en relación con los conflictos que se someten a su conocimiento; el principio kompetenz-kompetenz permite, así, que los árbitros sean los primeros jueces de su propia competencia, con anterioridad a cualquier instancia judicial activada por las partes (...)”*<sup>5</sup>

Visto lo anterior, es evidente que el Pacto Arbitral se encuentra permeado por el principio de habilitación y el principio *kompetenz-kompetenz* para definir su propia esencia y, que establece en ejercicio de la voluntad, los límites y la autonomía al árbitro para conocer de ciertos asuntos, a la luz de lo previsto en el artículo 116 constitucional.

En este orden de ideas, el artículo 79 de la Ley 1563 de 2012, establece:

*“(...) Artículo 79. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquiera otra que tenga por objeto impedir la continuación de la actuación arbitral (...)”* (Subrayado y negretillas fuera de texto)

Es desde la autonomía del Pacto Arbitral y de la voluntad de las partes, que se inicia un debate interesante sobre aquello que puede conocer el árbitro en lo que atañe a los asuntos administrativos, y surge una cuestión ¿El Pacto Arbitral es

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-572A de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>4</sup> Al respecto ver el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda.

Universal? ¿Se encuentran los árbitros a la sombra del principio de autonomía de la voluntad, “habilitados” para conocer sobre cualquier clase de asunto?

### 3. La cláusula compromisoria en materia administrativa: El principio de Universalidad y las Fronteras de la justicia arbitral

¿Puede la autonomía de las partes investir al árbitro para ejercer una función jurisdiccional sobre un universo de asuntos indeterminados? La respuesta es no.

Admitir que los poderes jurisdiccionales del árbitro son universales<sup>6</sup>, sería desplazar de manera abrupta la jurisdicción que tiene el Juez Administrativo<sup>7</sup> para que conozca sobre la legalidad o no de un acto administrativo particular o general, sin embargo, es oportuno realizar algunas precisiones al respecto.

Por ejemplo, el árbitro no podría pronunciarse sobre la suspensión provisional o no<sup>8</sup> de un acto administrativo, pues no le es dado resolver sobre la legalidad del mismo.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1436 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, sostuvo:

*“(...) Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros,*

*se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal<sup>9</sup>, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Tanto es ello así, que de manera exclusiva y excluyente, el citado artículo 238 de la Constitución autoriza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para “suspender provisionalmente” los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por la vía judicial, asunto este que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de jurisdicción como árbitros. **Entonces, a fortiori, ha de concluirse que si dentro de la competencia de los árbitros no queda comprendida, ni puede quedar en ningún caso, competencia para la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos, con mucha mayor razón queda excluida tal competencia para decidir sobre la legalidad de tales actos, pues, en guarda de la lógica jurídica, ha de reiterarse que quien***

<sup>6</sup> Cabe recalcar que cuando se trata de dirimir controversias en las cuales haga parte una Entidad Estatal, el arbitramento solo puede ser de carácter legal y no en equidad, lo que ya implica un límite en sí mismo a la función jurisdiccional del árbitro.

<sup>7</sup> Ver. Artículos 108 y ss. Ley 1437 de 2011.

<sup>8</sup> A propósito, el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, establece: **Presunción de legalidad del acto administrativo**. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por **la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

<sup>9</sup> Ver al respecto el contexto de los contratos en el marco de operadores de Televisión en (Millán J, Blanco C & Guecha C, 2017).

***no puede lo menos, jamás podrá lo más (...)***  
(Subrayado y negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, ya existen límites a la competencia del árbitro para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos, así como para fallar en derecho y no equidad, por tanto, el principio de universalidad que se pregonaba del árbitro termina por desvanecerse ante estas apreciaciones.

Ahora bien, del pronunciamiento de la Corte Constitucional, surge una crítica frente a la prevalencia de las decisiones arbitrales frente a las de la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa<sup>10</sup>, pues como ya hemos dicho, la jurisprudencia constitucional marca unas fronteras al principio de universalidad en cuanto a la función jurisdiccional del árbitro.

#### **4. Cláusulas Exorbitantes en los Contratos Estatales: el Árbitro, el Juez Administrativo y la Incertidumbre**

Desde el Decreto 222 de 1988, ya se habían demarcado algunos mojones entre la competencia de los árbitros y los jueces contencioso-administrativos en lo referente a los denominados “actos administrativos contractuales”, así pues, su artículo 76 establecía:

*“(...) ARTÍCULO 76. DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA - <DEROGADO POR EL ARTÍCULO 81 DE LA LEY 80 DE 1993>. Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros*

<sup>10</sup> Ver. Ley 1563 de 2012. **Artículo 29. Procesos sometidos a la justicia ordinaria o contencioso administrativa.** *El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación.*

*nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato.*

*Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho. **La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral.** Tampoco lo serán las cláusulas que contengan los principios previstos en el Título IV (...)*(Subrayado y negrillas fuera de texto)

Así las cosas, el anterior Estatuto de Contratación Pública ya traía consigo un límite a la competencia de los árbitros para conocer sobre los actos administrativos por los cuales se decretaría de la caducidad en el contrato estatal (Leudo & Blanco, 2016).

Algunos teóricos, procuraron dirimir la controversia sobre la competencia de los árbitros en cuanto a los actos administrativos contractuales que fueran arbitrables y no arbitrables y definir los límites del árbitro y juez administrativos para conocer sobre las controversias suscitadas referentes a los actos administrativos, como lo sostiene Expósito:

*“(...) La presencia de un sujeto especial en la relación jurídica de la cual se desprende el litigio puesto a consideración de la justicia, como lo es la Administración Pública, ha ocasionado que la legislación y la jurisprudencia edifiquen severos límites que han moldeado una fisonomía particular del arbitramento en los contratos estatales ... (..) Aunque históricamente en el derecho colombiano se ha permitido utilizar la solución de la justicia arbitral a los litigios derivados de los contratos estatales, desde muy temprano el Legislador impuso ciertos límites relacionados con la proscripción del arbitraje independiente e institucional y la prohibición de que los Árbitros fallen en equidad, lo que ha conllevado a que en el ámbito de los contratos estatales necesariamente se haya permitido solamente el arbitraje legal y el fallo en derecho, arbitraje del que, **desde***

*un inicio, se han excluido las controversias derivadas de la aplicación de las cláusulas exorbitantes (...)*<sup>11</sup>(Subrayado y negrillas fuera de texto)

Así mismo, fue necesario distinguir entre la arbitrabilidad objetiva y subjetiva, a lo que la Corte Constitucional definió en los siguientes términos<sup>12</sup>:

### a. Arbitrabilidad Objetiva

El arbitramento tiene límites materiales, en el sentido de que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros. En términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad.

### b. Arbitrabilidad Subjetiva

La arbitrabilidad subjetiva define quiénes pueden acudir al mecanismo del arbitraje para resolver sus conflictos de carácter transigible. En nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha dejado en claro que pueden recurrir al arbitramento las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles. Es decir, el arbitramento es un mecanismo abierto, en general, a todas las personas, siempre que cuenten con capacidad dispositiva.

Durante algún tiempo, el Consejo de Estado la tesis que siempre y cuando se tratara de conocer sobre los efectos económicos del acto adminis-

trativo y no sobre su legalidad, los árbitros tenían plena competencia, en el entendido que conocerían sobre materia transigible objetos de libre disposición.

La anterior situación, produjo evidentemente un escenario perverso que sumió en una gran incertidumbre a quienes acudían a la Administración de Justicia, puesto que se desarrolló una especie de teoría de la “escindibilidad” de los actos administrativos<sup>13</sup>, mientras por una parte los efectos económicos del acto eran dirimidos ante un Tribunal de Arbitramento, por el otro, el Juez Administrativo entraba a definir sobre la legalidad o no de ese mismo acto.

## 4.1 La Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente a la competencia de los Árbitros para conocer sobre actos administrativos contractuales

La demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, definió el problema de la tesis de la escindibilidad del acto administrativo y de la doble jurisdicción frente a esta, para conocer de su legalidad y de sus efectos económicos por separado, acabando así con la inseguridad jurídica que generó por mucho tiempo.

Así pues, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1436 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, expuso lo siguiente:

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

<sup>11</sup> EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, El arbitramento en los contratos públicos – el caso colombiano –, Centro de Solución de Conflictos (CESCON) de la Cámara Panameña de la Construcción, Panamá. En Internet: <http://www.cescon.org/images/ARTICULOS/ElArbitramentoenlosContratosPublicos.pdf>

<sup>12</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-174 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda.

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de mayo 15 de 1992. Exp. 5326. C.P. Manuel Suárez Hernández.

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

La Corte Constitucional definió pues que en tratándose de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las cláusulas exorbitantes del Estado, quién actúa en defensa del interés general y por ser de orden público, son de competencia exclusiva de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa<sup>14</sup> a la luz del artículo 238 constitucional.

Sin embargo, la decisión de la Corte se circunscribió únicamente a las cláusulas exorbitantes contenidas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993<sup>15</sup>, dejando por fuera los demás actos administrativos expedidos por el Estado en ejercicio de

sus facultades excepcionales, tal como lo critica el Consejo de Estado en sentencia del 10 de junio de 2009, Exp. 36.252, C.P. Mauricio Fajardo:

*“(...) A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 –a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993–, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado – independientemente de que en la concepción de la mayoría de esta Corporación, según ya se explicó ampliamente, esos otros actos administrativos contractuales también puedan considerarse como especies del género de los poderes o cláusulas excepcionales o exorbitantes– bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada Justicia Arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos (...)”*

Finalmente, en este orden de ideas, comparativos la postura del Consejo de Estado en cuanto a la interpretación *in extenso* de la limitación del poder jurisdiccional del árbitro para conocer de todos los actos administrativos proferidos por la Administración con ocasión de sus poderes excepcionales sean de exclusivo conocimiento de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Palomares, 2015) y no se restrinjan únicamente a los

<sup>14</sup> Pese a lo anterior, la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, presentó salvamento a la providencia, aduciendo que los árbitros si deberían de conocer de los asuntos relacionados con los actos administrativos de las cláusulas exorbitantes, advirtiendo que *“resulta evidente que la Administración no puede renunciar al ejercicio de las facultades excepcionales para proferirlos, pues ellas las ostenta por razones que tocan con el interés general. Pero los derechos que adquiere en virtud del ejercicio de dichos poderes, son cosa distinta de los poderes mismos, y ellos sí pueden ser renunciados. Tan es así, que la misma Administración, por fuera del supuesto del pacto arbitral, podría revocar unilateralmente dichos actos, y así renunciar a los derechos que en virtud de ellos hubiera podido adquirir la Administración”*

<sup>15</sup> Ley 80 de 1993. Art. 14. **Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.

contenidos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, así por ejemplo, las multas<sup>16</sup> impuestas en ejercicio del *ius puniendi* estatal o la ejecución de la cláusula penal pecuniaria no deberán ser conocidas por los Tribunales de Arbitramento.

No obstante al desarrollo jurisprudencial adelantado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, a nuestro juicio, el artículo 1° de la Ley 1563 de 2012<sup>17</sup>, es oscuro en cuanto a la competencia de los árbitros para conocer de los actos administrativos emanados de las cláusulas exorbitantes, pues pretende conciliar la teoría de escindibilidad del acto administrativo al facultarlo para pronunciarse en derecho sobre las controversias que se susciten con ocasión de las cláusulas exorbitantes “incluyendo las consecuencias económicas”, lo que evidentemente, no deja una interpretación pacífica sobre el límite de la competencia de los Tribunales de Arbitramento sobre asuntos contencioso-administrativos (Patarroyo & Benavides, 2014).

## Conclusiones

La discusión sobre la competencia de los árbitros para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales originados con ocasión de las cláusulas exorbitantes del Estado, no ha sido pacífica.

<sup>16</sup> Respecto a la naturaleza exorbitante la multa, Ver. Consejo de Estado. Sentencia del 20 de junio de 2002. Exp. 19.488. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>17</sup> Ver. Ley 1563 de 2012. Artículo 1°. Definición, modalidades y principios. *El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice (...)* *En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho*

Queda claro que el árbitro a la luz del principio kompetenz-kompetenz está facultado para determinar su competencia y así mismo tiene unos límites establecidos en el marco de su universalidad, como lo son fallar en derecho cuando de entidades públicas se trate y apartarse del conocimiento de la legalidad de los actos administrativos contractuales originados en las cláusulas exorbitantes en potestad del Estado.

Pese al constante devenir entre las posturas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre los límites a la competencia del árbitro como operador judicial frente a la legalidad de los actos administrativos, queda claro al menos, que aquellas situaciones enunciadas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 como cláusulas exorbitantes quedan por el momento bajo la competencia exclusiva de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, sin embargo, queda en suspenso la definición del conocimiento del resto de cláusulas exorbitantes en cabeza del Estado, como las multas.

## Referencias bibliográficas

Almonacid Sierra, Juan Jorge. Los Jueces del Diablo: Fronteras de la Justicia Arbitralen la Contratación Administrativa. Bogotá. En Internet: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:l2\\_qWxMWdBUJ:publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view-File/60/pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:l2_qWxMWdBUJ:publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view-File/60/pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co)

Leudo Paz, H., & Blanco Alvarado, R. (2016). Renegociación de Contratos de Concesión Vial. *Revista Republicana*, (19). Recuperado a partir de <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/254>

Consejo de Estado. Sentencia del 10 de junio de 2009. Exp. 36252.

\_\_\_\_\_. Sentencia del 15 de mayo de 1992. Exp. 5326.

Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000.

\_\_\_\_\_. Sentencia SU-174 de 2007.

\_\_\_\_\_. Sentencia C- 572A de 2014.

Cortés Duarte, Claudia y Paredes López, Juan. Análisis Jurisprudencial de Decisiones Arbitrales en Materia Contenciosa Administrativa. Tesis de Grado para optar por el Título de Abogado. Facultad de Derecho. Universidad de la Sabana. Bogotá. En Internet: <http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/5426/129328.pdf?sequence=1>

Expósito Vélez, Juan Carlos. El arbitramento en los contratos públicos –el caso colombiano–, Centro de Solución de Conflictos (CESCON) de la Cámara Panameña de la Construcción, Panamá. En Internet: <http://www.cescon.org/images/ARTICULOS/ElArbitramientoenlosContratosPublicos.pdf>

Guarín, E. A. y Aldana, J. (2016). Estado jurisdiccional y bien común. *Revista Verba Iuris*, 11(36), pp. 13-26.

Mendoza Puccini, Carlos. Competencia de los Tribunales de Arbitramento para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos de carácter particular en la actividad contractual estatal. Tesis de Grado para optar por el Título de Abogado. Facultad de Derecho. Universidad del Norte. Barranquilla. En Internet: <http://www.amtconsultores.com/index2.html>

Millán J. Blanco C. & Guecha C. (2017) Los procesos de selección de operadores privados del servicio público de televisión en torno a la libre concurrencia en *Libro Justicia Constitucional Tomo II*. (pp. 199- 221). Documento extraído el 2 de febrero de 2019 de <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/4249>

Palomares J. (2015) El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 10, N.º 2 / julio-diciembre 2015, pp. 29-56. Documento extraído el 3 de enero de 2018 de [vistas.usantomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2551/2483](http://vistas.usantomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2551/2483)

Patarroyo S. & Benavides P. (2014). Rupturas Asignificantes: Revisiones críticas en torno al derecho, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 9 (No. 1) pp. 7 – 31.

Romero Gálvez, Leopoldo. El Arbitraje en los Contratos Estatales. Tesis de Grado para optar por el Título de Abogado. Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. En Internet: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS48.pdf>