

**RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL - Tránsito legislativo.
Decreto 1818 de 1998 y Ley 1563 de 2012**

Los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1818 DE 1998 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 119

PACTO ARBITRAL - Autonomía de la voluntad de las partes

La facultad de habilitación propia del derecho privado y de las relaciones negociales entre particulares se incorpora en el derecho constitucional de manera general, irrigando en consecuencia, absolutamente todo el espectro contractual, incluso el del Estado, permitiendo que el arbitraje a través de tribunales de arbitramento, se desarrolle como un instrumento viable, en tratándose de los conflictos susceptibles de transacción que se presenten en las relaciones contractuales de las entidades estatales, de carácter judicial, respetuoso del debido proceso y de los demás derechos fundamentales tal y como acontece en todo proceso judicial, siempre y cuando en el proceso de planeación del negocio la administración lo hubiere considerado razonablemente, o las circunstancias lo recomendaron justificadamente en el caso del compromiso propiamente dicho.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 70 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 118 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 119 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 120 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 228 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 4 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 4 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 5

NOTA DE RELATORIA: Sobre este tema ver: Corte Constitucional, sentencia C 330 de 2000. Y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2002, exp. 18673; sentencia de 4 de julio de 2002, exp. 19333; fallo de 4 de diciembre de 2002, exp. 17951

CLAUSULA COMPROMISORIA - Noción, concepto, definición / CLAUSULA COMPROMISORIA - Consentimiento de las partes. Justicia arbitral / CLAUSULA COMPROMISORIA - Prueba / CLAUSULA COMPROMISORIA - Autónoma frente al contrato

La cláusula arbitral contiene el consentimiento de las partes de someterse a la justicia arbitral frente a eventuales litigios surgidos del contrato. Esta decisión bilateral puede formalmente aparecer estipulada como una simple cláusula contractual donde se manifieste la decisión de las partes de someter las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación al conocimiento de árbitros y de ser posible la delimitación material de las materias que se someterían a conocimiento de ellos. Esta intención también puede estar contenida en documento anexo al contrato caso en el cual para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere. La cláusula compromisoria, tiene, pues, su fuente jurídica en el contrato, pero goza de

autonomía plena frente a este, en la realidad de las cosas es otro negocio jurídico y su finalidad no es otra que la de procurar la solución ágil de los eventuales conflictos que surjan entre las partes. (Artículo 70 de la ley 80 de 1993, 228 del decreto 1818 de 1998 en concordancia con el 118 y 120 de este mismo decreto, artículo 4º del Decreto 2279 de 1989 y artículos 4º y 5º de la Ley 1563 de 2012)

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 70 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 118 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 119 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 120 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 228 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 4 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 4 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 5

NOTA DE RELATORIA: Sobre este tema ver: Corte Constitucional, sentencia C 330 de 2000. Y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2002, exp. 18673; sentencia de 4 de julio de 2002, exp. 19333; fallo de 4 de diciembre de 2002, exp. 17951

COMPROMISO ARBITRAL - Definición, noción, concepto / COMPROMISO ARBITRAL - Es autónomo frente al contrato

El compromiso, que igualmente es un negocio jurídico autónomo, al contrario de lo que ocurre con la cláusula compromisoria, tiene como punto de partida la existencia de un litigio presente y determinado emanado de un contrato estatal, se trata por lo tanto de un pacto en el cual las partes acuerdan someter una diferencia preexistente de naturaleza contractual a la decisión de los árbitros y relativas a la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del mismo.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 70 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 118 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 119 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 120 / DECRETO 1818 DE 1998 - ARTICULO 228 / DECRETO 2279 DE 1989 - ARTICULO 4 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 4 / LEY 1563 DE 2012 - ARTICULO 5

NOTA DE RELATORIA: Sobre este tema ver: Corte Constitucional, sentencia C 330 de 2000. Y, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2002, exp. 18673; sentencia de 4 de julio de 2002, exp. 19333; fallo de 4 de diciembre de 2002, exp. 17951

RECURSO DE ANULACION - Es un recurso judicial

En el ordenamiento jurídico colombiano la anulación de laudos arbitrales está instituido como un recurso judicial, de manera que, las características especiales de las cuales está dotado este medio de impugnación no pueden llevar a la conclusión equivocada según la cual se trata de una acción autónoma y por entero independiente del proceso arbitral en donde se profiere el laudo que será materia de la impugnación, pues, en tanto que participa de la naturaleza de recurso judicial, es claro que su interposición y ejercicio sólo puede darse dentro del proceso arbitral en donde se ha producido el laudo que mediante él será cuestionado y sin que el hecho de que otro juez conozca y decida la anulación mute su naturaleza de recurso en acción. (...) En consecuencia, no tiene duda la Sala del carácter de recurso judicial de la anulación de laudo arbitral y, por contera, esto supone que este medio de impugnación sui generis es una institución jurídica que hace parte del proceso arbitral y, no como lo sostuvo el proyecto inicial, que se trata de un asunto ajeno e independiente de este.

FUENTE FORMAL: LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL - ARTICULO 34 / LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL - ARTICULO 274

RECURSO DE ANULACION - Procedimiento Decreto 1818 de 1998 / RECURSO DE ANULACION - Procedimiento Ley 1563 de 2012

Si se reparan los sustanciales cambios que en el trámite del recurso de anulación se incorporaron en la Ley 1563 de 2012, para lo cual la Sala, en aras de tener claridad sobre este aspecto ilustrará, brevemente, en un cuadro comparativo la forma como está dispuesto el procedimiento del recurso de anulación en el Decreto 1818 de 1998 y en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional: (...) De la anterior comparación queda claro que el legislador, con la reciente reforma, pretendió trasladar al Tribunal de Arbitramento el desarrollo de las etapas de interposición, sustentación y contradicción del recurso de anulación de laudo arbitral, limitando al Tribunal Superior o Consejo de Estado el control de legalidad del anterior trámite al momento de estudiar la admisibilidad del recurso, como requisito previo y necesario para desatar el recurso de anulación, aspectos todos estos que no dejan lugar a dudas de que se trata de un recurso y no de una acción autónoma e independiente del trámite arbitral.

RECURSO DE ANULACION - Avoca conocimiento. Actuaciones regidas por el Decreto 1818 de 1998 / RECURSO DE ANULACION - Caso concesionarios de parqueaderos contra Instituto de Desarrollo Urbano IDU

Atendiendo las anteriores consideraciones al presente caso la Sala estima que el recurso de anulación formulado por la parte convocante debe regirse por la normativa del Decreto 1818 de 1998, en razón a que la demanda arbitral fue interpuesta el 22 de noviembre de 2010 (...) de manera que se trataba de un procedimiento arbitral ya iniciado al momento en que entró en vigencia la Ley 1563 de 2012, pues a 12 de octubre de 2012 (día en que entró a regir la Ley conforme al artículo 119) el proceso arbitral ya se encontraba en marcha. (...) En este orden de ideas, el recurso debió interponerse dentro del término de cinco (5) días siguientes a la fecha en que quedó notificado el laudo arbitral o la providencia que resolvió la corrección, aclaración o complementación de este. En el sub iudice, dado que la parte convocante solicitó, en escrito de 27 de noviembre de 2012 (...) aclaración y complementación del laudo, la cual fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento en audiencia de 12 de diciembre de 2012 (...) es claro que el término transcurrió entre el 13 y el 19 de diciembre de 2012. Por su parte se observa que en la audiencia de 12 de diciembre de 2012 la parte convocante manifestó que interponía recurso de anulación contra el laudo de 20 de noviembre de 2012, para lo cual adjuntó escrito (fls 148-150, c1) en el cual consignó que la impugnación la basaba en las causales 4°, 6°, 7°, 8° y 9° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, advirtiendo, a renglón seguido que “De conformidad con el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998, la sustentación del presente recurso de anulación se realizara (sic) cuando el H. Consejo de Estado avoque conocimiento y ordene el traslado para tal efecto.” (...) En consecuencia se encuentra que el escrito de interposición del recurso fue interpuesto oportunamente y, además, en el escrito de interposición el actor fundó la impugnación en las causales del artículo 163 de la misma obra legislativa. En consecuencia, se satisfacen los requisitos mínimos que el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998 establece para que esta Corporación avoque conocimiento del recurso de anulación formulado contra el laudo arbitral de 20 de noviembre de 2012.

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto del consejero Enrique Gil Botero y aclaración de voto de los consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Danilo Rojas Betancourth. A la fecha, en la Relatoría no se cuenta con el medio magnético ni físico de los citados aclaraciones y salvamento

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., seis (6) de junio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00003-00(45922)

Actor: CONCESIONES PARQUEADEROS CALLES 85, 90, 97 S.A.

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

Procede el Pleno de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a decidir si avoca conocimiento del recurso de anulación propuesto por el convocante Concesiones Parqueaderos Calles 85, 90, 97 S.A., contra el laudo arbitral de 20 de noviembre de 2012, proferido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

ANTECEDENTES

1.- En audiencia de 20 de noviembre de 2012 el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, conformado para dirimir la controversia suscitada entre la Concesión Parqueadero calle 77 S.A. Concesión Parqueadero Calle 85 S.A., Concesión Parqueadero Calle 90 S.A., y Concesión Parqueadero Calle 97 S.A. contra el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, profirió laudo arbitral mediante el cual resolvió las controversias suscitadas entre convocante y convocado con ocasión de la ejecución de los contratos de concesión No. 385, 386, 387 y 388 suscritos el 23 de julio de 1999.

En su parte resolutive el Tribunal accedió a algunas de las pretensiones de la demanda arbitral, se inhibió para conocer de otras, y condenó a las demandantes

al pago de la suma de trescientos cinco millones seiscientos seis mil quinientos veintiún pesos (\$305.606.521) a favor del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá D.C. – IDU (fls 1-72, c1).

2.- En escrito de 27 de noviembre de 2012 la apoderada de las concesiones convocantes solicitó aclaración y complementación del laudo arbitral (fls 84-135, c1), las cuales fueron resueltas de manera desfavorable por el Tribunal de arbitramento en audiencia de 12 de diciembre de 2012 (fls 136-145, c1).

3.- La apoderada de las concesiones convocantes, en el curso de la audiencia de 12 de diciembre de 2012, manifestó que formulaba recurso de anulación contra el laudo arbitral de 20 de noviembre de 2012 lo cual quedó plasmado en el acta en los siguientes términos:

“En este estado de la diligencia la apoderada de la parte convocante manifestó que interpone recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido el día 20 de noviembre de 2012, y, en consecuencia, renuncia al término de cinco (5) días. // Aporta el escrito contentivo del mismo.” (fl 145, c1).

En escrito adjunto la apoderada en mención señaló que fundaba el recurso en las causales 4°, 6°, 7°, 8° y 9° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, y manifestó: *“De conformidad con el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998, la sustentación del presente recurso de anulación se realizará cuando el H. Consejo de Estado avoque su conocimiento y ordene el traslado para tal efecto.”*¹ (fls 148-150, c1).

4.- En escrito de 24 de enero de 2013 (fls 171-173, c1) la apoderada de la parte convocante solicitó la suspensión de los efectos del laudo arbitral de 20 de noviembre de 2012 (fls 171-173, c1).

5.- Recibido el expediente en esta Corporación el mismo fue repartido al Honorable Consejero Enrique Gil Botero quien presentó a la Sala de Subsección C ponencia de auto mediante el cual se rechazaba el recurso de anulación por no haber sido sustentado por la recurrente.

¹ *“ARTÍCULO 164. RECHAZO. El Tribunal Superior rechazará de plano el recurso de anulación cuando aparezca manifiesto que su interposición es extemporánea o cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en el artículo anterior.*

En el auto por medio del cual el Tribunal Superior avoque el conocimiento ordenará el traslado sucesivo por cinco (5) días al recurrente para que lo sustente, y a la parte contraria para que presente su alegato. Los traslados se surtirán en la Secretaría.

PARAGRAFO. Si no sustenta el recurso el Tribunal lo declarará desierto. (Artículo 128 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 39 del Decreto 2279 de 1989).” –Se destaca- [Nota al pie del original].

En la ponencia presentada por el mencionado Magistrado se señala que el proceso arbitral inicia con la demanda que convoca al proceso y culmina con la notificación del laudo, caracterizándolo como un proceso de única instancia contra el cual proceden las solicitudes de aclaración, corrección y/o adición. Además, al abordar el recurso de anulación resalta su condición de ser un medio de impugnación extraordinario, conforme al Decreto 1818 de 1998 y la Ley 1563 de 2012, y el hecho de que su interposición no suspende los efectos del laudo. Dicho esto pasa a sustentar la tesis según la cual *“se debe aclarar que el recurso de anulación es extraordinario, y que en sentido técnico más que un recurso es una acción”*, en los siguientes términos:

“Se debe aclarar que el recurso de anulación es extraordinario, y que en sentido técnico más que un recurso es una acción, que inicia otro proceso -de única instancia- del cual conoce la jurisdicción ordinaria o la contencioso administrativa -en este último caso cuando el proceso arbitral versa sobre un contrato estatal-, y su interposición –se insiste- no suspende los efectos del laudo arbitral.

(...)

De las normas transcritas, tanto del Decreto 1818 de 1998 como de la ley 1563 de 2012, se infiere que uno es el proceso arbitral y otro el proceso que se inicia con el recurso de anulación, y que si bien éste se adelanta a continuación de aquél, no por eso se trata de un mismo proceso sino de dos diferentes, aunque versan sobre los mismos hechos, las mismas partes y los mismos derechos. Esta idea, incluso, tiene fundamento normativo preciso, de modo que no ofrece mayores discusiones, pues el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo de 1984 -modificado en este aspecto por la ley 446 de 1998- establece –esta misma norma la reprodujo el art. 149.7 del nuevo Código Contencioso Administrativo²-:

“Art. 128. (...) El Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: (...)

“5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión.” (Negrilla fuera de texto).

Esta norma califica el trámite que se inicia con el recurso de anulación como un proceso, además de única instancia, y le asigna un juez especial. Que sea de única instancia indica, claramente, que no hace parte del proceso arbitral en sentido estricto, porque no es una instancia suya más.” (Resaltado propio) (folios 4 y 5 de la ponencia).

² “Art. 149. **COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA.** El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, **conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:** (...)

“7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión.” (Negrillas fuera de texto)

Igualmente, como sustento de esta postura, la de considerar el recurso de anulación como una acción autónoma, el proyecto traía a colación comentarios de la doctrina (española) que comulgan con este criterio:

“Esta misma idea –que el proceso arbitral es distinto del recurso de anulación- la expresa, de manera natural, obvia y espontánea, la doctrina especializada del arbitramento, que sostiene: “Las actuaciones arbitrales finalizan normalmente con la emisión del laudo, aunque prevé la ley la posibilidad de que terminen por otras causa: el desistimiento del demandante, el acuerdo de las partes y la comprobación por los árbitros de que su prosecución resulta innecesaria o imposible.”³

El mismo criterio lo expresa Paula Vicente-Arche Coloma, para quien “Normalmente, el procedimiento termina con la emisión del laudo arbitral. No obstante, el art. 38 de la ley de Arbitraje prevé la terminación de las actuaciones arbitrales en tres casos distintos, a saber...”,⁴ y enlista los citados por el autor anterior.

*De lo expresado, infiere con facilidad Faustino Cordón Moreno que el recurso de anulación no es parte del proceso arbitral. Agrega, distinguiendo el laudo de la sentencia de anulación, que: “El contenido del laudo no es revisable judicialmente ni, por tanto, en sede constitucional porque el (antiguo) recurso de anulación no transfiere a la Audiencia Provincial la jurisdicción ordinaria exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo... **La revisión que opera el recurso de nulidad es un juicio externo.** En definitiva, y por ello no es viable el amparo respecto del laudo arbitral.” (Negrillas fuera de texto) –Ob. Cit. pág. 50-*

En los términos indicados, se concluye, como lo hace la doctrina procesal citada⁵, y sin mayores dificultades, que el recurso de anulación origina un nuevo proceso judicial, que no es la continuación del proceso arbitral, de allí que se trata de una verdadera acción autónoma. En efecto, el trámite del proceso de anulación no es el mismo trámite del proceso arbitral⁶, aunque el recurso se presente ante el tribunal

³ CORDÓN MORENO Faustino, El arbitraje de derecho privado,. Ed. Thomson-Civitas. Primera edición. Madrid. 2005. Pág. 216.

⁴ Vicente-Arche Coloma, Paula. El arbitraje en el ordenamiento tributario español: Una propuesta” Ed. Marcial Pons. Madrid. 2005. Pág. 194.

⁵ En el mismo, es decir, en defensa de la autonomía o sustantividad del proceso arbitral frente al proceso de anulación, enseña Hernán Fabio López Blanco: “... el proceso arbitral es un proceso declarativo o de cognición por cuanto la actuación procesal de los árbitros va hasta cuando, mediante la declaración acerca de la procedencia o no del derecho alegado, se desata la controversia a ellos planteada en lo que se denomina laudo arbitral, que no es nada diverso a la sentencia que ellos profieren.” (Procedimiento Civil, Tomo II. Ed. Dupré. Bogotá. pág. 743)

⁶ En el Informe de Ponencia para Primer Debate del Proyecto de Ley No. 018 –antecedente de la actual Ley 1563 de 2012-, que se surtió en la Comisión de Senado, se indicó, con naturalidad, que el proceso arbitral va hasta el momento en que se dicta laudo –pág. 6- de manera que se entiende, a partir de allí, que el trámite posterior –los recursos de anulación y revisión- no hace parte de dicho proceso:

“3. NOVEDADES DEL PROYECTO DE LEY

“Como se mencionó previamente, el Proyecto de Ley pretende una modernización de las diferentes normas del arbitraje nacional e internacional, a través de una regulación integral sobre la materia. Sin embargo, estimamos conveniente resaltar las siguientes novedades del Proyecto frente a régimen jurídico existente:

“3.1. Arbitraje nacional (...)

- **Los artículos 12 y siguientes definen de manera ordenada, rigurosa y completa, todo lo concerniente con el trámite arbitral**, dentro de lo que se puede destacar la regulación de la iniciación del proceso arbitral (artículo 12); todo lo relativo al amparo de pobreza en trámites arbitrales (artículo 13); la forma cómo se lleva a cabo la integración del tribunal (artículo 14); el deber de información de árbitros y secretarios (artículo 15); los aspectos relacionados con los impedimentos y recusaciones (artículo 16); lo relativo a la audiencia de instalación del tribunal (artículo 20); la forma como se adelantan los trámites de traslado y contestación de la demanda (artículo 21), así como la forma como debe realizarse su reforma (artículo 22); la primera audiencia de trámite (artículo 30); lo relativo a la manera como se realizan las audiencias y la práctica de pruebas, en particular lo tocante con el dictamen pericial (artículo 31); una nueva disposición sobre medidas cautelares (artículo 32); y la audiencia de alegatos y laudo (artículo 33).” (Negrillas fuera de texto)

de arbitramento, porque se trata de un medio de impugnación extraordinario, que controvierte la legalidad del trámite arbitral –sólo por vicios in procedendo-, no la corrección de la decisión –vicios in iudicando-.

Con gran claridad enseña Paula Vicente-Arche Coloma, en este mismo sentido, que el recurso de anulación es diferente y autónomo del proceso arbitral, porque: “En último término, nos resta por tratar el régimen jurídico aplicable a la impugnación del laudo arbitral. En principio, ya hemos comentado con anterioridad que la Ley de Arbitraje establece, con carácter general, la imposibilidad de recurrir, en vía jurisdiccional, el laudo arbitral para solicitar la revisión del fondo del asunto, pudiendo interponer la acción de anulación sólo por los motivos tasados contemplados en el art. 41 de la Ley...”⁷

En el mismo sentido expresa Faustino Cordón Moreno, sobre el Alcance de la acción de anulación, que: “La ley prevé la posibilidad de anular el laudo arbitral definitivo, sea cual sea el tipo de arbitraje, cuando concurra alguna de las causales que de manera taxativa se recogen en el artículo 41, atribuyendo la competencia a las Audiencias Provinciales; aunque abandona el término de recurso y configura la anulación como contenido de una acción autónoma (art. 40).

“Pero el alcance del control judicial del laudo a través del ejercicio de esta acción no difiere del que se ejercía a través del recurso de anulación de la anterior ley y, previamente, a través del recurso de nulidad previsto en la ley de 1953 contra los laudos dictados en el arbitraje de equidad, que había sido delimitado por la jurisprudencia en el sentido de excluir de él la revisión de la cuestión de fondo resuelta por los árbitros. Como dijo la STS de 2 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1743), recordando la doctrina de la STS 43/1988, de 16 de marzo, el Tribunal ‘es sólo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales, de tal manera que la revisión que opera es, según ya expresó la sentencia de esta Sala de 13 de octubre de de (sic) 1986, un juicio externo en que la resolución que se produce deniega el recurso o bien se limita a anular la sentencia que infringe los supuestos legales de su conformación y plasmación, pero no su decisión sustancial’ porque, ‘en su

En el mismo sentido, en el informe de Ponencia para Tercer Debate –en Comisión de Cámara de Representantes.- se explicó que: “El arbitraje es un mecanismo instituido para que los particulares puedan obtener la solución a sus conflictos o diferencias, requiriéndose manifestación expresa de los contendientes de querer someterse al mismo, renunciando a acudir a la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa.

“Hasta el momento en Colombia se ha definido el Arbitraje como *¿un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia.*” –pág. 3-

De esta idea se deduce que el proceso arbitral es el que administran los árbitros, como particulares investidos de la facultad de administrar justicia, concepto en el que no cabe el recurso de anulación o el de revisión, que está asignados al Consejo de Estado y no al tribunal de arbitramento.

Luego añadió el mismo Informe de Ponencia: “Desde un análisis de tipo procesal el arbitraje es un proceso declarativo o de conocimiento, por cuanto la actuación procesal de los árbitros va hasta cuando, mediante la declaración acerca de la procedencia o no del derecho alegado, se desata la controversia a ellos planteada a través del Laudo Arbitral...” –pág. 8-, criterio que sella la idea, natural y espontánea, que bien se conoce: que con el laudo, incluidas las aclaraciones, adiciones o complementaciones, termina el proceso arbitral y se disuelve el tribunal de arbitramento.

La misma idea se expresó en el Informe de Ponencia para el Cuarto Debate, donde se indicó, sobre el proceso arbitral: “**Se regula integralmente el procedimiento y se modernizan las instituciones procesales.** Se define de manera ordenada, rigurosa y completa, todo lo concerniente con el trámite arbitral, dentro de lo que se puede destacar la regulación de la iniciación del proceso arbitral (artículo 12); todo lo relativo al amparo de pobreza en trámites arbitrales (artículo 13); la forma como se lleva a cabo la integración del tribunal (artículo 14); el deber de información de árbitros y secretarios (artículo 15); los aspectos relacionados con los impedimentos y recusaciones (artículo 16); lo relativo a la audiencia de instalación del tribunal (artículo 20); la forma como se adelantan los trámites de traslado y contestación de la demanda (artículo 21), así como la forma como debe realizarse su reforma (artículo 22); la primera audiencia de trámite (artículo 30); lo relativo a la manera como se realizan las audiencias y la práctica de pruebas, en particular lo tocante con el dictamen pericial (artículo 31); una nueva disposición sobre medidas cautelares (artículo 32); y la audiencia de alegatos y laudo (artículo 33).” -Pág. 15-

⁷ Vicente-Arche Coloma, Paula. El arbitraje en el ordenamiento tributario español: Una propuesta” Ed. Marcial Pons. Madrid. 2005. Pág. 204. Además, ver págs. 205 a 206.

cometido revisor, a este Tribunal sólo le es dable emitir un juicio externo acerca de la observancia de las formalidades esenciales y sometimiento del árbitro a los límites de lo convenido, dejando sin efecto, en este punto, lo que constituya exceso en el laudo, pero sin entrar en el mayor o menor fundamento de lo decidido' (STS 7 de junio de 1990 [RJ 1990, 4741]).

"En lo que al anterior recurso de anulación se refiere, no se trataba, pues, de una segunda instancia en la que la Audiencia Provincial pudiera revisar la conformidad a derecho o la justicia del laudo (cfr., expresamente, la STS de 7 de junio de 1990 [RJ 199, 4741]) ni de ningún otro tipo de recurso, sino, como ahora se recoge en la nueva Ley, de un proceso autónomo de impugnación en el que el tribunal se limita a resolver y dejar sin efecto lo que constituye exceso o incorrección del laudo a la luz de los motivos que fundamentan la acción."⁸ (Folio 6-10 de la ponencia).

Con sustento en la anterior postura, esto es, que el recurso de anulación es una acción autónoma del trámite del procedimiento arbitral, el proyecto abordó el tema de la aplicación de la ley procesal en el tiempo, en donde plasmó las modificaciones que fue sufriendo la redacción del hoy artículo 119 que trata –en general- de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, y que finalmente quedó en los siguientes términos:

"Artículo 119. Ley 1563 de 2012. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia.

Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores."

De donde concluye que la regla de vigencia que trae el inciso segundo del artículo 119 de la Ley 1563 de 2012, que reza que "Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores." Lleva a sostener:

"la voluntad inequívoca de distinguir de entre todos los procesos que se refieren o relacionan con la materia arbitral –el propiamente arbitral, el de anulación y el de revisión- para escoger uno de ellos: el arbitral."

En consecuencia, en lo que hace relación con el tránsito de legislación procesal a efectos de determinar la normativa que gobierna el ejercicio del recurso de anulación contra laudo arbitral, es claro que *"no existe norma procesal especial de transición legislativa, y por eso deben regirse por la norma general, es decir, por el art. 40 de la Ley 153 de 1887"* (folio 23 del proyecto), esto es, que *"las normas concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir..."*.

⁸ CORDÓN MORENO Faustino, El arbitraje de derecho privado,. Ed. Thomson-Civitas. Primera edición. Madrid. 2005. Pág. 262 a 264

Descendiendo al caso en concreto el proyecto sostuvo que era aplicable al recurso de anulación las exigencias que para su interposición establece la Ley 1563 de 2012, de donde se deriva, entonces, que al tenor del artículo 42 de dicha normativa se torne pertinente el rechazo del recurso al no haber sido sustentado por la parte impugnante, pues, el artículo 40 establece que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del laudo se deberá interponer y sustentar, dentro del mismo término, el recurso.

CONSIDERACIONES

1.- La Sala de Sección es competente para decidir sobre la admisibilidad del recurso de anulación formulado por la parte convocante contra el laudo arbitral de 20 de noviembre de 2012 proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Lo anterior dado que el artículo 149.7 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁹ dispuso el conocimiento de esta clase de recursos, de manera privativa, al Consejo de Estado, comoquiera que la cuestión debatida surge en torno a la ejecución de unos contratos celebrados por una entidad pública – el Instituto de Desarrollo Urbano IDU- .

2.- Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de anulación formulado por la parte convocante, para lo cual, dado el sentido del proyecto del auto derrotado y las razones que en se sustentó, deberá, abordar consideraciones respecto a la jurisdicción arbitral, para luego centrarse en la naturaleza de la impugnación del laudo arbitral, conforme al ordenamiento jurídico colombiano; precisado lo anterior pasará la Sala a determinar cual es la normativa procedimental que debe regir, para este caso, el trámite del recurso de anulación de laudo arbitral, el Decreto 1818 de 1998 o la Ley 1563 de 2012, y, como consecuencia, se concluirá si el recurso formulado por la parte convocante debe ser avocado por esta Sección para su trámite y resolución.

⁹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 149. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

(...)

7. Del recurso de anulación contra laudo arbitral proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión.

2.1.- La acción de controversias contractuales y la jurisdicción arbitral. El pacto arbitral¹⁰.

En el derecho administrativo colombiano las controversias surgidas de las relaciones contractuales del Estado no constituyen, en cuanto a su conocimiento, un privilegio de la jurisdicción contenciosa administrativa. Precisamente, con el ánimo de garantizar a los asociados, la resolución pronta de los conflictos derivados de las relaciones negócias del Estado, y con el propósito de obtener, la seguridad jurídica necesaria para mantener la suficiente fluidez en el tráfico jurídico y la confiabilidad indispensable en las instituciones, se ha desarrollado de tiempo atrás en nuestra legislación¹¹, pero sobre todo acentuado, con la entrada en vigencia de la constitución política¹² de 1991, un complejo sistema de justicia alternativa, que en materia de litigios contractuales, se caracteriza por la incorporación de la cultura de la prioridad en la utilización de mecanismos de solución directa de las diferencias y discrepancias surgidas entre las partes, con ocasión de la actividad contractual y, de la utilización de ser del caso, de alternativas diferentes a las tradicionalmente judiciales, como las de la conciliación, amigable composición, transacción y cualquiera otra de los previstas

¹⁰ El control de constitucionalidad y legalidad de la actividad de la administración: Aproximación a la justicia contenciosa administrativa en Colombia. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Universidad Externado de Colombia.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Febrero 26 de 1998. C.p Daniel Suarez Hernández Exp No 11477. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. " La antigua institución de la jurisdicción arbitral, que Laubadere define como aquella por la cual, y por ministerio de la ley, las controversias jurídicas son resueltas, no por los órganos jurisdiccionales del Estado, sino por árbitros que, para el caso controvertido son designados por las partes, fue acogida por la legislación colombiana en diferentes momentos de nuestra evolución procesal, concretamente por el Título XLVII del Libro 2º del Código Judicial de 1.931 (Ley 105 de ese año) y por la Ley 2ª de 1.938, y luego, en forma más detallada por los actuales Códigos de Procedimiento Civil (Decreto 1400 y 2019 de 1.970) y de Comercio (Decreto 410 de 1.971). Por referirse esa normatividad no solo a personas privadas sino también, eventualmente, a actos y conflictos en que uno de los intervinientes podía ser una persona pública, la aplicación de las disposiciones sobre arbitramento a los conflictos de una y otras fue unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia y se cumplió corrientemente en la práctica. " Mediante una de estas remisiones expresas (fuera de las analógicas y supletorias) en que el derecho administrativo echa mano de la normatividad civil y comercial, la Ley 4ª de 1.964 sobre contratos administrativos, expresamente reguló la materia de la cláusula compromisoria en dichas convenciones, mediante la siguiente norma: "Artículo 13.- Las entidades a que se refiere la presente ley quedan facultadas para someter a arbitramento, en los términos de la ley 2ª. de 1.938, las diferencias que se presenten con los contratistas. "Despejando toda posible duda sobre el uso de la institución arbitral en los contratos administrativos, el derecho administrativo colombiano por la norma transcrita no sólo admite la solución arbitral sino que remite a los términos, vale decir al procedimiento y formas en que debe efectuarse el arbitramento, a la Ley 2ª de 1.938, que no es de la órbita de aquel derecho sino de la órbita del derecho comercial. " Esta remisión subsiste hasta hoy, y continúa subsistente mientras no haya un procedimiento arbitral específico para los conflictos surgidos de los contratos administrativos. El reenvío a la legislación comercial y civil sobre el procedimiento arbitral se mantiene tácitamente en el artículo 66 del Decreto 150 de 1.976 y en el 76 del Decreto 222 de 1.983. Este último, además, prescribe que la designación de los árbitros será "en la forma prevista en el Código de Comercio", y en ambos se ordena que "el fallo será siempre en derecho".

¹² Constitución Política de Colombia. Artículo 116 "... Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derechos o en equidad, en los términos que determine la ley."

en la ley¹³, sin que de manera alguna puedan ser estos mecanismos, objeto de restricciones o limitaciones por la administración o por cualquier interesado, prohibiéndose de manera expresa por el ordenamiento actitudes de esta naturaleza¹⁴.

En este contexto, se destaca por su utilidad, necesidad y procedencia la figura del arbitramento¹⁵, la cual, fundada en razones de planeación del contrato y autonomía y voluntariedad de las partes que se concretan en el denominado pacto arbitral¹⁶ permiten dar vida jurídica a la posibilidad de que árbitros habilitados

¹³ Ley 80 de 1993. Artículo 68º.- De la Utilización de Mecanismos de Solución Directa de las Controversias Contractuales. Las entidades a que se refiere el artículo del presente Estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

Parágrafo.- Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.

¹⁴ Ley 80 de 1993. Artículo 69º.- De La Improcedencia De Prohibir La Utilización De Los Mecanismos De Solución Directa. 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.

¹⁵ Múltiples son las definiciones de lo que se entiende por arbitramento o arbitraje. El artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, recogido en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, define el arbitraje como un "...mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral...". Otra definición señala que "...es una figura jurídica que consiste en la resolución de las diferencias surgidas entre dos o más personas por un tercero a cuya decisión se someten las partes libre y voluntariamente...". ALBANES MEMBRILLO, Antonio. El Arbitraje y el Contrato de Seguro. En: Revista Española de Derecho de Seguros, N° 55, Madrid, julio-septiembre, 1988, p. 64. Otra definición también cercana al Derecho de Seguros indica que es "...el escenario procedimental al cual las partes contratantes, en desarrollo de su autonomía privada, alternativamente acuden en procura de resolver, con carácter definitivo, sus controversias -potenciales o puras y simples- confiando su resolución a particulares denominados árbitros que, transitoriamente, por imperio de la Ley, son investidos de los mismos poderes inherentes a los jueces y magistrados ordinarios (justicia estática). El Arbitraje y la Mediación en el Derecho de Seguros: Visión Comparada -Arquetipos de Mecanismos de Solución Alternativa de Conflictos Derivados del Contrato de Seguro-. Ponencia presentada por el Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros -ACOLDESE en el marco del IV Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros del Comité Ibero-Latinoamericano de AIDA-CILA, celebrado en Santiago de Chile en el mes de noviembre de 1995, p. 9. Una visión más global acerca de la definición de arbitraje la encontramos en las siguientes citas: "...es un medio jurídico de arreglo de litigios presentes o futuros basado en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente o a través de mecanismos de designación acordados por ellas -por ejemplo, delegando en un tercero imparcial, persona física o jurídica- a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria -el laudo arbitral- que ponga fin a la diferencia entre ellas...". FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis & CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Derecho Mercantil Internacional. Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1995, p. 709; "...Se entiende por arbitraje la institución de una justicia privada merced a la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción de Derecho Común, con el objeto de resolverlos por parte de individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar...". ROBER, Jean. L'Arbitrage, Droit Interne, Droit International Privé. Paris: Dalloz, 1983, p. 3 y "...el arbitraje consiste en la solución de un conflicto por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque adquieren la primera para efectos de adelantar y fallar el proceso que se somete a su jurisdicción, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión...". BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1994, p. 4.

¹⁶ Artículo 115 de la Ley 446 de 1998. Pacto Arbitral. El artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, quedará así: "Artículo 2º. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces." Artículo incorporado en el Decreto 1818 de 1998, artículo 117, publicado en el

juzguen las diferencias surgidas de la relación negocial del Estado¹⁷.

El consentimiento forjado para la administración sobre bases de planeación del negocio y de razonabilidad, y consolidado en el acuerdo de voluntades de las partes contratantes, puede traducirse materialmente en la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato mismo, o en la celebración de un acuerdo, por fuera del texto mismo del contrato estatal, denominado compromiso, en ambos casos, con la fuerza, autonomía y sustancia necesarias para demarcar el ámbito de acción de los particulares que habrán de resolver los conflictos emanados de la relación contractual principal, a la cual se accede por estas vías extraordinarias¹⁸.

Esta orientación se deduce sin mayores dificultades de la redacción de los artículos 68 y 69 de la ley contractual del Estado, disposiciones incorporadas en los artículos 226 y 227 del decreto 1818 de 1998 y en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, al disponer precisamente que las entidades estatales y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, acudiendo a cualquiera de los mecanismos anteriormente señalados, o incorporando en los contratos, estipulaciones que privilegien este tipo de soluciones, frente a los conflictos y discrepancias que surjan de la relación contractual.

Esta decisión del legislador, de retomar los senderos de la solución directa y pacífica de las diferencias contractuales, se acentúa en la redacción del artículo 69 del mencionado estatuto, al indicar, que las autoridades, no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las

Diario Oficial No. 43.380, del 07 de Septiembre de 1998, “Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”.

¹⁷ Ley 80 de 1993. **Artículo 70º.- 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 puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación.

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 25 de Octubre de 2000. Mp Alfredo Beltrán Sierra. “La Constitución de 1991, facultó expresamente a los particulares para administrar justicia en forma transitoria en calidad de árbitros o conciliadores, con la capacidad de dictar fallos en derecho o equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispongan y según las prescripciones señaladas por la ley, como una forma no sólo de descongestionar los despachos judiciales sino de lograr que en forma pacífica las partes pongan fin a sus controversias. En términos generales, el Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de desarrollar los institutos de la conciliación y el arbitramento, como mecanismos alternos de solución de conflictos, teniendo como único parámetro, el conservar la orientación, los principios y valores que inspiran la Carta fundamental”

controversias nacidas de los contratos estatales, ni establecer prohibiciones en torno a la posibilidad de acudir al arbitramento, para resolver los conflictos que se presenten en todo lo relacionado con los contratos del Estado. Esto es, se abren todas las posibilidades para que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad acuerden cuando lo consideren, habilitar árbitros para que diriman las diferencias o litigios emanados de la relación contractual¹⁹.

De conformidad con las normas constitucionales relativas al ejercicio de autoridad judicial por los particulares, en concordancia con los artículos 70 a 72 de la ley 80 de 1993 incorporados en los artículos 228 a 230 del decreto 1818 de 1998 o norma compiladora de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, así como en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, la acción contractual podrá ser ejercida ante los tribunales de arbitramento, conformados por particulares, elevados a la categoría de árbitros, a través de la habilitación²⁰, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, efectúan las partes contratantes, para resolver los litigios o controversia que surjan del contrato mismo, o los que se adviertan con posterioridad y que sean de carácter transigible²¹. Habilidadación esta de carácter solemne, contenida en pactos arbitrales que pueden tener la forma de cláusula compromisoria, o si es del caso, de compromiso y a las cuales acude la administración a partir de los razonables análisis y justificaciones sustentadas en la planeación del negocio mismo. Esto es, que la decisión de acudir a esta habilitación tiene adicionalmente sus soportes en el principio de planeación de los contratos públicos.

En este sentido, se puede sostener que esta forma alternativa de conflictos contractuales deriva su existencia de la voluntad de la administración, debidamente soportada en los estudios previos elaborados en virtud del principio de planeación contractual, aceptada por la otra parte negocial, consentimiento este, que es aceptado y reconocido por la Constitución Política en el inciso cuarto del su artículo 116, como un mecanismo válido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, constituyéndose en este sentido, la autonomía de la voluntad²², entonces, es el sustento supremo del mecanismo

¹⁹ El contrato del Estado frente a la justicia arbitral. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Universidad Externado de Colombia.

²⁰

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 8 de 2000. Mp Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Exp No 16973.

²² La Jurisprudencia Constitucional ha resaltado el papel determinante, que tiene en este asunto la autonomía de la voluntad de las partes, al ser las únicas con potestad para habilitar el tribunal arbitral por así decidirlo, facultando a los sujetos intervinientes en una relación contractual, de optar por su uso. Corte Constitucional.

arbitral; su indiscutible base de carácter material, que determina los alcances, limitaciones y sobre todo conforma el ámbito de sus competencias funcionales²³. Indica la disposición que “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, 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”.

El principio se retoma, así mismo en la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia", al desarrollar el anterior precepto constitucional, sin embargo, la ley estatutaria lo hace bajo la advertencia, en su artículo 8 de proclamar como una regla fundamental para la administración de justicia el de la alternatividad de mecanismos para la solución de los conflictos entre los asociados, destacándose entonces, la tendencia a abandonar como vía única frente a los de los litigios, la de la solución jurisdiccional tradicional y aceptándose otras alternativas, entre ellas la de la administración de justicia por árbitros habilitados por las partes dentro de los términos de la constitución y la ley. Es así como, en el artículo 13 No 3 de esta misma codificación estatutaria al referirse al ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares determina que la justicia en Colombia, puede ser ejercida entre otros por los árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.

Esto es, al elevarse a norma suprema y ser esta desarrollada por la ley estatutaria de la administración de justicia, en el sentido de que las partes de un contrato, pueden habilitar árbitros para conformar tribunales tendientes a resolver conflictos con fuerza vinculante y de carácter judicial, en asuntos que puedan ser susceptibles de transacción, se incorpora al ordenamiento constitucional, un típico principio negocial, fundamentador de la capacidad constructiva de la autonomía de la voluntad, como es el de la habilitación consensuada para instituir autoridades y

Sentencia C – 294 de 1995. Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía. Corte Constitucional. Sentencia C – 242 de 1997. Magistrado Ponente, Hernando Herrera Vergara.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Junio 27 de 2002. C.p María Elena Giraldo Gómez Exp No 21040. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia . “Desde esta perspectiva, la indicación de las materias objeto de arbitramento reviste suma importancia porque esa indicación junto con las pretensiones que en forma específica formulen las partes, al convocar el Tribunal de Arbitramento, respetando el tema o materia arbitral previamente señalado, son las que en lo particular constituyen la competencia del Tribunal, siempre que sean transigibles; y es a partir de tales pretensiones que se deberá determinar o la congruencia del laudo o su eventual nulidad”

sobre todo para determinarles el contenido sustancial de sus competencias²⁴.

La facultad de habilitación propia del derecho privado y de las relaciones negócias entre particulares se incorpora en el derecho constitucional de manera general, irrigando en consecuencia, absolutamente todo el espectro contractual, incluso el del Estado, permitiendo que el arbitraje a través de tribunales de arbitramento, se desarrolle como un instrumento viable, en tratándose de los conflictos susceptibles de transacción que se presenten en las relaciones contractuales de las entidades estatales, de carácter judicial, respetuoso del debido proceso y de los demás derechos fundamentales tal y como acontece en todo proceso judicial²⁵, siempre y cuando en el proceso de planeación del negocio la administración lo hubiere considerado razonablemente, o las circunstancias lo recomendaron justificadamente en el caso del compromiso propiamente dicho.

Esto con una limitante trascendental, la de que tan solo es procedente en los litigios que pudieren ser objeto de transacción entre las partes, lo cual excluye²⁶, en consecuencia, materias como la legalidad del ordenamiento jurídico aplicable al contrato, o de los actos administrativos que se presenten en el desarrollo de la actividad contractual²⁷.

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Noviembre 7 de 2002. C.p Jesús María Carrillo Ballesteros Exp No21943. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. "Esta misma Sala ha sostenido que la importancia de la justicia arbitral radica en el reconocimiento que el Estado otorga a la autonomía de los particulares en la regulación de sus intereses, sin abdicar de su función esencial, y destaca entonces, la naturaleza contractual de la justicia arbitral y de allí la necesidad de una voluntad expresa de someterse a una vía de excepción sustrayéndose de la regla general, voluntad ésta que es distinta de la voluntad contractual y por lo tanto se expresa dentro del mismo instrumento o acto jurídico, o por separado. El reconocimiento de la autonomía privada, no es una renuncia a la soberanía del Estado, ni dimisión de sus funciones, ni la cesión del monopolio de la justicia; el Estado apenas faculta, autoriza, patrocina y homologa la actividad de la justicia arbitral, dentro de la cual debe observarse la Constitución y la Ley y todas las garantías procesales, que son expresión de orden público jurídico y protección de los usuarios".

²⁵ Corte Constitucional Sentencia C-330 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz "El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales".

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T -058 de 2009. Mp Jaime Araujo Rentería. "... debido a que de conformidad con la Carta Política y la jurisprudencia constitucional, la jurisdicción contenciosa administrativa es la única autoridad judicial con competencia para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos".

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1436 del 25 de Octubre de 2000. Mp Alfredo Beltrán Sierra. "De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación "no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, _"... Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía

En la perspectiva estrictamente legal, esta es la orientación que las normas reguladoras del arbitramento le otorgan a la institución²⁸, al aceptarla como una habilitación de árbitros, a particulares, para que actuando a través de tribunales, por ellos conformados, definan con fuerza de decisión judicial un conflicto entre partes interesadas²⁹. Se trata en términos de la ley de “un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”. (El artículo 111 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, recogido en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, así como también en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012).

El consentimiento de las partes contratantes tendiente a la habilitación de árbitros, en consecuencia la renuncia a la jurisdicción contenciosa y la conformación de los tribunales pertinentes se solemniza a través de pactos arbitrales que pueden según las circunstancias adoptar la modalidad de cláusula compromisoria y compromiso, así se deduce de la redacción del artículo 115 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 2º del Decreto 2279 de 1989, el 117 del decreto 1818 de 1998 y los artículos 4º y 6º de la Ley 1563 de 2012.

La cláusula arbitral contiene el consentimiento de las partes de someterse a la justicia arbitral frente a eventuales³⁰ litigios surgidos del contrato. Esta decisión bilateral puede formalmente aparecer estipulada como una simple cláusula contractual donde se manifieste la decisión de las partes de someter las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación al conocimiento de árbitros y de ser posible la delimitación material de las materias que se someterían a conocimiento

nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”.

²⁸ “...La Corte Suprema de Justicia en sentencia de mayo 29 de 1969 que declaró exequibles los artículos 1214 a 1227 de la Ley 105 de 1931 y la Ley 2ª de 1938, expresó que: ‘El arbitramento es una de las instituciones más sólidamente establecidas en el derecho...’.

²⁹ Corte Constitucional Sentencia C-242 de 1997 Mp. Hernando Herrera Vergara el arbitramento “es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Agosto 29 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 18673. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. “Dicho de otra manera, cuando las partes deciden suscribir la cláusula compromisoria, aún no existe el conflicto, por lo que surge para los árbitros la libertad, obviamente dentro de los límites que les fija la ley, para resolver sobre las cuestiones litigiosas que les son puestas a su consideración; al paso que en tratándose del compromiso, entre las partes ya existe el conflicto, y por tanto, éstas delimitan de modo preciso el ámbito de competencia de los árbitros”.

de ellos³¹. Esta intención también puede estar contenida en documento anexo al contrato caso en el cual para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere.

La cláusula compromisoria, tiene, pues, su fuente jurídica en el contrato, pero goza de autonomía plena frente a este, en la realidad de las cosas es otro negocio jurídico y su finalidad no es otra que la de procurar la solución ágil de los eventuales conflictos que surjan entre las partes³². (Artículo 70 de la ley 80 de 1993, 228 del decreto 1818 de 1998 en concordancia con el 118 y 120 de este mismo decreto, artículo 4º del Decreto 2279 de 1989 y artículos 4º y 5º de la Ley 1563 de 2012)

El compromiso, que igualmente es un negocio jurídico autónomo, al contrario de lo que ocurre con la cláusula compromisoria, tiene como punto de partida la existencia³³ de un litigio presente y determinado emanado de un contrato estatal, se trata por lo tanto de un pacto en el cual las partes acuerdan someter una diferencia preexistente de naturaleza contractual a la decisión de los árbitros y relativas a la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación del mismo³⁴.

En general el pacto arbitral goza de plena autonomía en cualquiera de sus modalidades, ordenando en virtud del artículo 116 constitucional de manera

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Julio 4 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 19333. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. “Cuando en la cláusula compromisoria no se delimita el campo o materias de su aplicación, debe entenderse que se extiende a los conflictos derivados del contrato que le sirvió de fuente, pero, con las limitaciones que imponen la Constitución y la ley. De igual manera, cabe precisar que aún cuando en el pacto arbitral, o en las pretensiones de la demanda, o en la correspondiente contestación, se propongan al conocimiento del tribunal de arbitramento asuntos que por disposición legal escapan a su competencia, es igualmente procedente la causal que se estudia, porque, como se indicó, la competencia la delimitan las partes, pero, con sujeción a la Constitución y la ley”.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Diciembre 4 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 17951. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia.

³³ Artículo 119 del Decreto 1818 de 1998. “...El documento de compromiso, que tiene lugar cuando se han presentado diferencias entre las partes...” MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte Especial. Bogotá: 8ª Edición, Editorial ABC, 1983, p. 445; “...Mediante un compromiso, después que el litigio haya surgido...” DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo III. El Proceso Civil. Volumen Segundo. Parte Especial. Bogotá: 6ª Edición, Editorial Colinter, 1985, p. 821; “...Las partes, mediante el contrato de compromiso, pueden someter al conocimiento y decisión de árbitros o arbitradores las controversias existentes entre ellas, específicamente determinadas...” MONROY CABRA, Marco Gerardo. Consideraciones sobre el Arbitraje Comercial en Colombia. En: Alternativas a la Justicia Institucional. Arbitraje. Conciliación. Conferencias. Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1986, p. 43; “...Mediante...el compromiso, las partes deciden someter a la consideración de la justicia arbitral las desaveniencias existentes que sean objeto de delimitación convencional...” JARAMILLO J, Carlos Ignacio. Solución Alternativa de Conflictos en el Seguro y en el Reaseguro. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, p. 267.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Agosto 29 de 2002. C.p Germán Rodríguez Villamizar Exp No 18673. Banco de Datos en Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia

excepcional y transitoria la jurisdicción que asumirá los litigios acordados por las partes. En este sentido, el pacto debe ser no solo reconocido por las autoridades, sino respetado y acatado con toda la fuerza e intensidad que el ordenamiento constitucional le brinda, en especial cuando se intenten acciones o mecanismos procesales por fuera de sus parámetros materiales. La existencia del pacto enerva cualquier posibilidad de actuación por parte de las autoridades contencioso administrativas en cuanto la configuración de una clara hipótesis de ausencia sustancial de jurisdicción para actuar validamente en relación con los litigios que le fueren puestos a su consideración.

2.2.- Naturaleza de la anulación de laudo arbitral. Dilucidado lo anterior pasa la Sala a considerar la naturaleza jurídica del recurso de anulación contra laudos arbitrales, para lo cual, considera pertinente recordar que la ponencia inicial suscrita por el Consejero Enrique Gil Botero se encaminaba a sostener que se trataba verdaderamente de un proceso judicial autónomo al procedimiento arbitral –el cual culmina con la expedición del laudo arbitral-, con sustento, especialmente en consideraciones de la doctrina española sobre la materia.

Sea lo primero advertir que el empleo del recurso doctrinario o dogmático como uno de los argumentos para fundamentar válidamente una decisión jurídica debe estar sujeto a su coherencia sistemática frente a otros argumentos dogmáticos y, sobre todo, respecto de las normas jurídicas válidas, en lo que se suele denominar como un “control de consistencia”³⁵; esto supone, entonces, que no es posible aducir un argumento de tal naturaleza cuando este va dirigido, explícitamente, en contra de una norma jurídica de derecho positivo que no remite a duda sobre su contenido y alcance, pues, en estos casos quedará puesto de presente la

³⁵ Alexy ilustra con precisión este punto. Para este autor el uso de la dogmática se circunscribe dentro del escenario de la justificación externa dentro del razonamiento jurídico, teniendo por objeto “la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna” (pág. 222). En lo que se refiere a los criterios bajo los cuales puede hacerse uso de los argumentos dogmáticos Alexy sostiene: “**Lo específico de los enunciados dogmáticos consiste en que pueden ser comprobados sistemáticamente. Se puede distinguir dos formas de comprobación sistemática. La primera se refiere a las relaciones lógicas entre el enunciado a comprobar y el resto de los enunciados dogmáticos, así como las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes (comprobación sistemática en sentido estricto);** la segunda se refiere a la relación (a valorar según puntos de vista prácticos de tipo general) de los enunciados normativos a fundamentar con ayuda de los enunciados dogmáticos a comprobar, con los enunciados normativos singulares que deben justificarse con ayuda del resto de los enunciados dogmáticos o de las formulaciones de las normas jurídicas (comprobación sistemática en sentido amplio).

El criterio más importante de la comprobación sistemática en sentido estricto consiste en ver si el enunciado en cuestión se ajusta sin contradicciones a la serie de los enunciados dogmáticos ya aceptados, así como a las normas jurídicas vigentes.

(...)

El hecho de que un enunciado dogmático supere la comprobación sistemática en sentido estricto es una condición sólo necesaria, pero no suficiente para su aceptabilidad.” (Resaltado propio). ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. (Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo) 2ª edición, 2008, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Págs 251-253.

inconsistencia del recurso doctrinario frente al ordenamiento jurídico o lo que es lo mismo su impertinencia para ser aducido como argumento dentro de una decisión que pretende ser adoptará con sujeción a un determinado sistema jurídico.

La anterior reflexión es valiosa para el *sub lite* si se tiene en cuenta que en la ponencia inicial que fue presentada se defendió en buena medida la tesis de la autonomía del recurso de anulación como un proceso judicial diferente al trámite arbitral, con sustento en la doctrina española, lo cual merece las siguientes apreciaciones, en cuanto a su posible uso para ser aducido como argumento jurídicamente válido:

Las referencias doctrinarias del caso español deben ser consideradas dentro del contexto de su ordenamiento jurídico vigente en donde es claro que conforme a la Ley 60 de 2003³⁶, modificada recientemente por la Ley 11 de 2011, se instituyó la acción de anulación del laudo arbitral, de acuerdo al artículo 40³⁷, mientras que se advierte que a voces del artículo 43 *“El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”*. En este orden de ideas, se tiene que expresamente el legislador calificó la anulación de laudos como una acción, de donde se deriva, entonces, todas las consideraciones plausibles en torno a su autonomía respecto del procedimiento arbitral.

En el caso colombiano se avizora un panorama notoriamente diverso al español en tanto que la Ley 1563 de 2012, así como la normativa compilatoria anterior del Decreto 1818 de 1998 califican *expresamente* la anulación de laudos como un recurso judicial, de manera que, no sería posible, atribuirle a éste una condición diferente a la otorgada por el legislador. En efecto el artículo 161 del Decreto 1818 de 1998, dentro del Capítulo IV denominado “Laudo arbitral y recursos” señala:

*Artículo 161. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Presidente del Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.
El recurso se surtirá ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda a la sede del Tribunal de Arbitramento, para lo cual el secretario enviará el escrito junto con el expediente.*

³⁶ Véase el texto completo de la Ley 60 de 2003 con sus respectivas reformas en la página de internet de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado en el siguiente enlace <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>

³⁷ Artículo 40. Acción de anulación del laudo. Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título.

A su turno la Ley 1563 de 2012, en el artículo 40, en la parte de arbitraje nacional, dentro del capítulo IV "Laudo arbitral y recursos" establece el recurso de anulación de laudo arbitral en los siguientes términos:

*"Ley 1563 de 2012
CAPÍTULO IV.
Laudo arbitral y recursos.
(...)*

Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso."

Esta prescripción se reitera, en esencia, en la misma normativa al abordar el tema del arbitramento de carácter internacional en donde enfatiza que se trata del "único recurso judicial contra un laudo arbitral":

*"Ley 1563 de 2012
Capítulo VIII.
Impugnación del Laudo.*

Artículo 107. La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral. Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral."

Las disposiciones citadas, permiten a la Sala afirmar sin hesitación alguna que, en el ordenamiento jurídico colombiano la anulación de laudos arbitrales está instituido como un recurso judicial, de manera que, las características especiales de las cuales está dotado este medio de impugnación no pueden llevar a la conclusión equivocada según la cual se trata de una acción autónoma y por entero independiente del proceso arbitral en donde se profiere el laudo que será materia de la impugnación, pues, en tanto que participa de la naturaleza de recurso judicial, es claro que su interposición y ejercicio sólo puede darse dentro del proceso arbitral en donde se ha producido el laudo que mediante él será cuestionado y sin que el hecho de que otro juez conozca y decida la anulación mute su naturaleza de recurso en acción.

Y es que la circunstancia de ser otro el juzgador competente para resolver un recurso no es extraña en algunos medios de impugnación, tal como acontece por ejemplo en la apelación, y a nadie se le ocurriría sostener en esta hipótesis que se trata de una acción autónoma.

Aunado a lo anterior, y para que no se diga que la ley colombiana establece una tesis singular al respecto, basta hacer una breve revisión de lo que sobre este punto consideró la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – UNCITRAL – CNUDMI en su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, en el artículo 34, redactado en términos similares a los de la ley colombiana:

“CAPÍTULO VII. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

*1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.
(...)³⁸*

En cuanto a los comentarios de la propia Comisión a este artículo fueron del siguiente tenor:

“274. La Comisión estuvo de acuerdo con el principio que inspiraba el párrafo 1) de prever un tipo único de recurso contra un laudo arbitral. Quedó entendido que la petición de nulidad era exclusiva en el sentido de constituir el único medio de impugnar el laudo de manera activa. No se impedía a una parte defenderse solicitando que se denegase el reconocimiento o la ejecución en las actuaciones iniciadas por la otra parte.”³⁹

En consecuencia, no tiene duda la Sala del carácter de recurso judicial de la anulación de laudo arbitral y, por contera, esto supone que este medio de impugnación *sui generis* es una institución jurídica que hace parte del proceso arbitral y, no como lo sostuvo el proyecto inicial, que se trata de un asunto ajeno e independiente de este.

2.3.- El tránsito de legislación procesal y la vigencia en el tiempo de la Ley 1563 de 2012 (sic) (sic)

Una vez que se llega a la anterior conclusión la Sala debe determinar, entonces, la norma procesal que rige para el trámite de los recursos de anulación de laudo arbitral, aspecto en el cual existe norma especial en el artículo 119 de la Ley 1563 de 2012, lo que hace innecesario acudir al artículo 40 de la Ley 153 de 1887,

³⁸ Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Pág. 20. Información obtenida en el enlace web: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf [24 de abril de 2013]

³⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Anuario Volumen XVI: 1985. Naciones Unidas, Nueva York, 1989. Décimo octavo periodo de sesiones. Pág. 35. Información obtenida en el enlace web: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1985-s/yb_1985A_s.pdf [24 de abril de 2013]

modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso⁴⁰; esta disposición especial dispone:

“Ley 1563 de 2012. Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia.

Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores.”⁴¹ (Resaltado propio).

Esto significa, entonces, que los procesos arbitrales iniciados con antelación a 12 de octubre de 2012 seguirán rigiéndose por las normas procesales que sobre la materia prescribe el Decreto compilatorio 1818 de 1998, lo que incluye, entonces, el régimen de oportunidad, interposición, trámite y causales del recurso de anulación de laudo arbitral, y, en sentido contrario, sólo se aplicará la normativa del Estatuto Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) para las demandas arbitrales interpuestas después del 12 de octubre de 2012.

De hecho este punto es trascendental si se reparan los sustanciales cambios que en el trámite del recurso de anulación se incorporaron en la Ley 1563 de 2012, para lo cual la Sala, en aras de tener claridad sobre este aspecto ilustrará, brevemente, en un cuadro comparativo la forma como está dispuesto el procedimiento del recurso de anulación en el Decreto 1818 de 1998 y en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional:

	Decreto 1818 de 1998⁴²	Ley 1563 de 2012⁴³
Término para interponer el recurso	Dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo arbitral o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.	Dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del laudo arbitral o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición.

⁴⁰ Código General del Proceso. Artículo 624. Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones.

(...)”

⁴¹ Ley 1563 de 12 de julio de 2012. Diario Oficial 48.489

⁴² Decreto 1818 de 1998. Artículos 161 a 165.

⁴³ Ley 1563 de 2012. Artículos 38 a 43.

Sustentación	Deberá sustentarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto mediante el cual el Tribunal Superior o el Consejo de Estado, avoque conocimiento.	Deberá sustentarse dentro del mismo término que se tiene para su interposición.
Traslados para surtir contradicción	Con el auto en el que el Tribunal Superior o Consejo de Estado avoque conocimiento se correrá traslado para alegar a la parte contraria por cinco (5) días.	Vencido el término para interponer y sustentar el recurso la Secretaría del Tribunal de Arbitramento correrá traslado a la otra parte por quince (15) días.
Causales formales de rechazo del recurso	Cuando el recurso se interpone de manera extemporánea y cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en la ley.	Cuando el recurso se interpone de manera extemporánea, este no fue sustentado o las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en la ley.
Declaratoria de deserción del recurso	Si luego de surtido el traslado de cinco (5) días concedido por el respectivo Juez el recurrente no sustenta el recurso.	La Ley sólo consagró causales de rechazo del recurso.
Actuación del Tribunal Superior o Consejo de Estado	Luego de avocarse conocimiento del recurso de anulación se correrá traslado para sustentar el recurso, para el actor, y alegar, para la otra parte. Vencido el traslado y si se sustentó el recurso el expediente pasará al despacho para fallo.	Luego de admitido el recurso el expediente pasará al despacho para proyectar fallo que resuelva el recurso.

De la anterior comparación queda claro que el legislador, con la reciente reforma, pretendió trasladar al Tribunal de Arbitramento el desarrollo de las etapas de

interposición, sustentación y contradicción del recurso de anulación de laudo arbitral, limitando al Tribunal Superior o Consejo de Estado el control de legalidad del anterior trámite al momento de estudiar la admisibilidad del recurso, como requisito previo y necesario para desatar el recurso de anulación, aspectos todos estos que no dejan lugar a dudas de que se trata de un recurso y no de una acción autónoma e independiente del trámite arbitral.

3.- Caso concreto

Atendiendo las anteriores consideraciones al presente caso la Sala estima que el recurso de anulación formulado por la parte convocante debe regirse por la normativa del Decreto 1818 de 1998, en razón a que la demanda arbitral fue interpuesta el 22 de noviembre de 2010 (fl 1-24, c1 del Tribunal), de manera que se trataba de un procedimiento arbitral ya iniciado al momento en que entró en vigencia la Ley 1563 de 2012, pues a 12 de octubre de 2012 (día en que entró a regir la Ley conforme al artículo 119) el proceso arbitral ya se encontraba en marcha.

En este orden de ideas, el recurso debió interponerse dentro del término de cinco (5) días siguientes a la fecha en que quedó notificado el laudo arbitral o la providencia que resolvió la corrección, aclaración o complementación de este.

En el *sub judice*, dado que la parte convocante solicitó, en escrito de 27 de noviembre de 2012 (fls 84-135, c1) aclaración y complementación del laudo, la cual fue resuelta por el Tribunal de Arbitramento en audiencia de 12 de diciembre de 2012 (fls 136-145, c1) es claro que el término transcurrió entre el 13 y el 19 de diciembre de 2012.

Por su parte se observa que en la audiencia de 12 de diciembre de 2012 la parte convocante manifestó que interponía recurso de anulación contra el laudo de 20 de noviembre de 2012, para lo cual adjuntó escrito (fls 148-150, c1) en el cual consignó que la impugnación la basaba en las causales 4°, 6°, 7°, 8° y 9° del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, advirtiendo, a renglón seguido que *“De conformidad con el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998, la sustentación del presente recurso de anulación se realizara (sic) cuando el H. Consejo de Estado avoque conocimiento y ordene el traslado para tal efecto.”* .

En consecuencia se encuentra que el escrito de interposición del recurso fue interpuesto oportunamente y, además, en el escrito de interposición el actor fundó la impugnación en las causales del artículo 163 de la misma obra legislativa. En consecuencia, se satisfacen los requisitos mínimos que el artículo 164 del Decreto 1818 de 1998 establece para que esta Corporación avoque conocimiento del recurso de anulación formulado contra el laudo arbitral de 20 de noviembre de 2012.

Ahora bien, en lo que concierne a la solicitud de suspensión de los efectos del laudo arbitral, peticionada por la parte convocante en escrito de 24 de enero de 2013 (fls 171-173, c1), la Sala considera procedente, de acuerdo al artículo 331 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 34 de la Ley 794 de 2003, fijar una caución equivalente al 10% de la condena en concreto que se adoptó en el laudo arbitral de 20 de noviembre de 2012 como requisito previo para luego decidir sobre si se suspenden los efectos del laudo arbitral.

A la anterior conclusión se arriba si se tiene en cuenta, como lo ha observado previamente esta Corporación⁴⁴, que ante la ausencia de parámetros del artículo 331 del Código de Procedimiento Civil se aplica lo dispuesto en los artículos 678 y 513 del Código de Procedimiento Civil⁴⁵, de manera que para este caso la caución

⁴⁴ Al respecto véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de mayo de 2006, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra. Expediente: 32399. *“Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que el artículo 331 del C. P. C. si bien prevé la posibilidad de otorgar caución, no señala los parámetros que se deben tener en cuenta para su fijación en razón de la cuantía, al igual que el artículo 678 ibidem, razón por la cual, ante la inexistencia de norma especial que regule el tema frente al recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral, es necesario acudir, por analogía, al artículo 513 de esa misma codificación, que regula el tema de la caución frente a la medida cautelar de embargo y secuestro en el proceso ejecutivo...”*

⁴⁵ Código de Procedimiento Civil. Artículo 678. Las cauciones que ordena prestar este Código pueden ser en dinero, reales, bancarias u otorgadas por compañías de seguros o entidades de crédito legalmente autorizadas para esta clase de operaciones. Si el juez considera necesario un dictamen de peritos para fijar la cuantía de la caución, podrá decretarlo y las expensas serán de cargo de quien deba prestarla.

En la providencia que ordene prestar la caución se indicarán su cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no las señale. Si no se presta oportunamente, el juez resolverá sobre los efectos de la renuencia, de conformidad con lo dispuesto en este Código.

Las cauciones en dinero deberán consignarse en la cuenta de depósitos judiciales del respectivo despacho.

Podrá reemplazarse por dinero cualquier caución ya constituida, consignando su importe en la cuenta judicial, o por otra de las indicadas en el inciso primero cuando en concepto del juez ofrezca igual garantía y facilidad para hacerla efectiva.

Código de Procedimiento Civil. Artículo 513. Embargo y secuestro previos.

Desde que se presente la demanda ejecutiva podrá el demandante pedir el embargo y secuestro de bienes del demandado.

(...)

Para que pueda decretarse el embargo o secuestro de bienes antes de la ejecutoria del mandamiento de pago, el ejecutante deberá prestar caución en dinero, bancaria o de compañía de seguros, equivalente al diez por ciento del valor actual de la ejecución, para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas cautelares. Esta caución se cancelará una vez el ejecutante pague el valor de los perjuicios liquidados o precluya la oportunidad para liquidarlos, o consigne el valor de la caución a órdenes del juzgado o el de dichos perjuicios, si fuere inferior.

que debe ser constituida por la parte convocante recurrente corresponderá al valor de \$30.560.652, equivalentes al 10% de la condena líquida que se decretó en el laudo arbitral de 20 de noviembre de 2012.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE

PRIMERO: AVOCAR conocimiento del recurso de anulación interpuesto por la convocante Concesiones Parquaderos Calles 85, 90, 97 S.A. contra el laudo arbitral de 20 de noviembre de 2012 proferido por el Tribunal de Arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá dentro el proceso arbitral adelantado por la recurrente contra el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU.

SEGUNDO: ORDENAR que por Secretaría se surtan los traslados sucesivos, por el término de cinco (5) días, para que las partes sustenten el recurso y presenten sus alegatos, respectivamente.

TERCERO: FIJAR la suma de \$30.560.652, equivalente al 10% de la condena impuesta por el Tribunal de Arbitramento, la cual debe ser constituida dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia. Para tal efecto, la sociedad recurrente podrá constituir caución bancaria o póliza de seguros que deberá adjuntar al expediente dentro de los 10 días siguientes a la notificación de este auto.

CUARTO: NOTIFICAR personalmente al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en el artículo 127 del Código Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Presidente

El auto que decrete o niegue las medidas cautelares y el que las revoque por vía de reposición, son apelables en el efecto devolutivo.

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

ENRIQUE GIL BOTERO
Salvó voto

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

DANILO ROJAS BETANCOURTH

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LOS CONSEJEROS DANIL ROJAS
BETANCOURTH Y STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

PACTO ARBITRAL - Expresión de la autonomía la voluntad y no del principio de planeación / PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL - No es causa ni solemnidad esencial para la procedencia del pacto arbitral / PACTO ARBITRAL - Tiene una finalidad distinta a la del principio de planeación

Entre las razones de las que disentimos, expuso la posición mayoritaria que si bien el negocio arbitral es expresión de la autonomía de la voluntad, en tratándose de habilitar la jurisdicción arbitral para dirimir las controversias en el ámbito del contrato estatal, al tenor de las disposiciones del artículo 116 Constitucional y de las Leyes 80 de 1993 y 1563 de 2012, debe cumplir la solemnidad de estar precedida la voluntad de los estudios elaborados por la administración con sujeción al principio de planeación y aceptados por el contratista, además de ser esencial en cuanto causa o motivo determinante del pacto arbitral pues, si bien su finalidad es la de resolver las controversias, se forja o motiva en la planeación administrativa. (...) Expresamos nuestra preocupación por lo que desde ya avizoramos como la tendencia generalizada de la posición mayoritaria a otorgar al principio de planeación primacía y efectos que el ordenamiento no le atribuye en materia de contratación estatal y a restringir sustancialmente el ámbito de la autonomía de la voluntad reconocido legalmente como pilar fundamental de las relaciones negociales entre la administración y los particulares (...) Ahora, la planeación y la contratación de los bienes, servicios y obras requeridos por las entidades y los particulares que ejercen funciones públicas se conjugan para cumplir los fines del Estado, esto es la satisfacción de los intereses generales, en tanto con el negocio arbitral se persigue exclusivamente la solución de las controversias sobre derechos y obligaciones nacidas de una relación con efectos interpartes –res inter alios acta-, gobernados enteramente por la autonomía de la voluntad. Siendo claramente distintos los fines a los que sirven la planeación de la contratación estatal y el negocio arbitral, no resulta posible subordinar este último al principio de planeación atendiendo a la finalidad.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1563 DE 2012 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 116

CLÁUSULA COMPROMISORIA - No impide a las partes el acceso al juez natural de la administración

[N]o le es posible al juez prohibir que mediante el mutuo disenso tácito se extingan las obligaciones nacidas del negocio arbitral, como lo autorizan los artículos 1602, 1618 y 1625 del Código Civil, ni crear una solemnidad ab substantiam actus para la formación del negocio liberatorio expreso, pues no existe fundamento en el ordenamiento para esas restricciones a la autonomía de la voluntad privada. (...) [L]a existencia del pacto arbitral no le impide a una de las partes acudir a la jurisdicción permanente del Estado, ni ello le vulnera a la otra la seguridad jurídica, en cuanto esta puede optar por defenderse válidamente mediante la excepción de existencia del negocio arbitral o convenir en la manifestación de extinción de los efectos que apareja el ejercicio de la acción ante el juez estatal. Y a este último, lejos de hacer prevalecer la seguridad jurídica, le corresponde ponderar los distintos principios involucrados en el ejercicio de los mecanismos de solución de las controversias, de manera que se reconozca eficazmente el derecho de acceso a la justicia y la imparcialidad que debe guardar frente a la igualdad y demás garantías de las partes.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1602 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1618 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 1625

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., seis (6) de junio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00003-00(45922)

Actor: CONCESIONES PARQUEADEROS CALLES 85, 90, 97 S.A.

Demandado: INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU

Referencia: RECURSO DE ANULACION DE LAUDO ARBITRAL

**Aclaración de voto de los Consejeros Danilo Rojas Betancourth y
Stella Conto Díaz del Castillo al auto del 6 de junio de 2013**

En la presente oportunidad, no obstante acompañar la decisión como quiera que de tiempo atrás el ordenamiento regula el trámite arbitral y el recurso de anulación como dos etapas distintas de un mismo proceso, debemos i) manifestar nuestro desacuerdo con el entendimiento contradictorio de la posición mayoritaria que trata indistintamente como base del negocio arbitral los principios de planeación del contrato estatal y el de la autonomía de la voluntad y ii) reiterar las razones por las cuales no compartimos la tesis mayoritaria conforme con la cual el pacto arbitral impide el acceso al juez natural de la administración.

1. El pacto arbitral es expresión de la autonomía la voluntad y no del principio de planeación. Además de que no resulta posible erigir este último en causa y solemnidad esenciales del negocio jurídico

Entre las razones de las que disentimos, expuso la posición mayoritaria que si bien el negocio arbitral es expresión de la autonomía de la voluntad, en tratándose de habilitar la jurisdicción arbitral para dirimir las controversias en el ámbito del contrato estatal, al tenor de las disposiciones del artículo 116 Constitucional y de las Leyes 80 de 1993 y 1563 de 2012, debe cumplir la solemnidad de estar precedida la voluntad de los estudios elaborados por la administración con sujeción al principio de planeación y aceptados por el contratista, además de ser esencial en cuanto causa o motivo determinante del pacto arbitral pues, si bien su finalidad es la de resolver las controversias, se forja o motiva en la planeación administrativa.

En efecto, la posición mayoritaria de la que nos apartamos, señaló que – se destaca–:

i) “[e]l consentimiento forjado para la administración sobre bases de planeación del negocio y de razonabilidad, y consolidado en el acuerdo de voluntades de las partes contratantes, puede traducirse materialmente en la existencia de una cláusula compromisoria contenida en el contrato mismo, o en la celebración de un acuerdo, por fuera del texto mismo del contrato estatal, denominado **compromiso**, en ambos casos, con la fuerza, autonomía y sustancia necesarias para demarcar el ámbito de acción de los particulares que habrán de

resolver los conflictos emanados de la relación principal, a la cual se accede por estas vías extraordinarias” -pág. 10-;

ii) “[d]e conformidad con las normas constitucionales relativas al ejercicio de autoridad judicial por los particulares, en concordancia con los artículos 70 a 72 de la ley 80 de 1993 incorporados en los artículos 228 a 230 del decreto 1818 de 1998 (...) así como en el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, la acción contractual podrá ser ejercida ante los tribunales de arbitramento, conformados por los particulares, elevados a la categoría de árbitros, a través de la habilitación, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, efectúan las partes contratantes, para resolver los litigios o controversia que surjan del contrato mismo, o los que se adviertan con posterioridad y que sean de carácter transigible. **Habilitación esta de carácter solemne**, contenida en pactos arbitrales que pueden tener la forma de cláusula compromisoria, o si es del caso, de compromiso y a las cuales acude la administración a partir de los razonables análisis y justificaciones sustentadas en la planeación del negocio mismo. Esto es, que la decisión de acudir a esta habilitación tiene adicionalmente sus soportes en el principio de planeación de los contratos públicos. En este sentido se puede sostener que esta forma alternativa de conflictos contractuales deriva su existencia de la voluntad de la administración, debidamente soportada en estudios previos elaborados en virtud del principio de planeación contractual, aceptada por la otra parte negocial, consentimiento este, que es aceptado y reconocido por la Constitución Política en el inciso cuarto del su (sic) artículo 116, como un mecanismo válido para investir con autoridad judicial a determinadas personas naturales, constituyéndose en este sentido, la autonomía de la voluntad, entonces, es el sustento (sic) supremo del mecanismo arbitral; su indiscutible base de carácter material, que determina los alcances, limitaciones y sobre todo conforma el ámbito de sus competencias funcionales” -págs. 11 y 12-;

iii) “[l]a facultad de habilitación propia y de las relaciones negociales entre particulares se incorpora en el derecho constitucional de manera general, irrigando en consecuencia, absolutamente todo el espectro contractual, incluso el del Estado, permitiendo que el arbitraje a través de tribunales de arbitramento (sic), se desarrolle como un instrumento viable, en tratándose de los conflictos susceptibles de transacción que se presentan en las relaciones contractuales de las entidades estatales, de carácter judicial, respetuoso del debido proceso y de los demás derechos fundamentales tal y como acontece en todo proceso judicial, siempre y cuando en el proceso de planeación del negocio la administración lo hubiese considerado razonablemente, o las circunstancias lo recomienden justificadamente en el caso del compromiso propiamente dicho” -págs. 13 y 14-;

iv) “[l]a cláusula compromisoria, tiene (...) su fuente en jurídica en el contrato, pero goza de autonomía plena frente a este, en la realidad de las cosas es otro negocio jurídico y su finalidad no es otra que la de procurar la solución ágil de los eventuales conflictos que surjan entre las partes” -págs. 15 y 16- ; y

v) “En general el pacto arbitral goza de autonomía en cualquiera de sus modalidades, ordenando en virtud del artículo 116 constitucional de manera excepcional y transitoria la jurisdicción que asumirá los litigios acordados por las partes” -pág. 16-.

Expresamos nuestra preocupación por lo que desde ya avizoramos como la tendencia generalizada de la posición mayoritaria a otorgar al principio de planeación primacía y efectos que el ordenamiento no le atribuye en materia de contratación estatal y a restringir sustancialmente el ámbito de la autonomía de la voluntad reconocido legalmente como pilar fundamental de las relaciones negociales entre la administración y los particulares, si se considera que mediante decisión mayoritaria recién se cambió y unificó injustificadamente la jurisprudencia introduciendo una solemnidad *ad substantiam actus* a la celebración del negocio liberatorio de los efectos de la cláusula compromisoria, fundada en razones de planeación⁴⁶, mismas que en esta nueva oportunidad se introducen con elementos esenciales del negocio arbitral.

A nuestro juicio, resulta, cuando menos, antinómico, sostener conforme con la posición mayoritaria la autonomía del negocio arbitral incorporado en el contrato estatal y al tiempo desconocerla a partir de la sujeción al principio de planeación, orientado este último a la eficacia de los fines estatales y ajeno a los intereses involucrados en el poder dispositivo que rige al pacto arbitral. Siendo este último un negocio autónomo, como lo reconoce la mayoría, ¿por qué subordinarlo a los principios rectores de la contratación estatal? Las razones de las que nos apartamos no ofrecen respuesta, así como no es posible hallarla en los fines de las instituciones de que se trata y menos en el ordenamiento.

En efecto, lo que se acompasa con el artículo 116 constitucional y la normatividad rectora del arbitramento es la autonomía del negocio arbitral y no su subordinación al principio de planeación, como lo entiende la posición mayoritaria de la Sala. Es que nada distinto del pleno reconocimiento de la

⁴⁶ Auto del 18 de abril de 2013; ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera; radicación 17.859 (R-0035), con salvamento de voto de los suscritos, que reiteramos en esta oportunidad.

autonomía de la voluntad privada a efectos de habilitar la jurisdicción arbitral puede entenderse de las disposiciones que desde la Constitución tienen establecido que *“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”*.

Ahora, la planeación y la contratación de los bienes, servicios y obras requeridos por las entidades y los particulares que ejercen funciones públicas se conjugan para cumplir los fines del Estado, esto es la satisfacción de los intereses generales, en tanto con el negocio arbitral se persigue exclusivamente la solución de las controversias sobre derechos y obligaciones nacidas de una relación con efectos interpartes *–res inter alios acta-*, gobernados enteramente por la autonomía de la voluntad. Siendo claramente distintos los fines a los que sirven la planeación de la contratación estatal y el negocio arbitral, no resulta posible subordinar este último al principio de planeación atendiendo a la finalidad.

Es que la planeación, originada en la organización y desarrollo de la actividad empresarial privada y acogida luego por la actividad estatal, en términos generales tiene que ver con la definición de los fines y las metas; la identificación de las estrategias, políticas, métodos, programas y procedimientos, esto es la selección del curso de acción necesario para la consecución de los objetivos y se caracteriza porque no se agota en un plan, sino que permanece y debe ser continua; relaciona las actividades a desarrollar con periodos de tiempo claramente determinados; busca eliminar la incertidumbre e introducir racionalidad en la toma de decisiones; comprende la organización como un todo; se desarrolla a través de etapas que se suceden; requiere de seguimiento y evaluación y, en cuanto herramienta, sirve principalmente a la eficacia de las funciones de organización, dirección y control de la actividad contractual del Estado.

De donde el principio de planeación, incluso entendido como la primera etapa exigible de la administración, resulta extraña al pacto arbitral, si se

considera que i) su celebración es posible aún después de perfeccionado el contrato estatal y ii) los elementos esenciales de ese negocio y el logro de su finalidad nada tienen que ver con la definición de metas, fines, programas, políticas, métodos, procedimientos, la definición de un plan o la organización, dirección y control del contrato estatal, si se considera que de cara a la solución arbitral de las controversias, basta el ejercicio de la autonomía de la voluntad y de la acción para echar a andar un proceso con etapas y fines enteramente definidos por la ley, cuya dirección, control y resultado final o decisión corresponden al juez y no a las partes en el negocio arbitral.

Ahora, el ordenamiento definió como propósitos de la contratación estatal i) el cumplimiento de los fines estatales, ii) la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y iii) la efectividad de los derechos e intereses de los contratistas –art. 3º-. E introdujo el principio de planeación como instrumento para la eficacia de los dos primeros de estos fines –art. 25-, en tanto que para el último estableció el deber de acudir a los mecanismos eficaces de solución de controversias –art. 4º-. De donde la solución de los conflictos originados en el contrato estatal a través de mecanismos como el arbitramento, resulta un deber impuesto por el ordenamiento, al margen del principio de planeación, pues aún a pesar de no haberse considerado en la etapa previa de formación y perfeccionamiento del contrato estatal, procede convenir en el negocio arbitral.

En efecto, como principio rector de la contratación estatal, la planeación tiene la connotación de valor público ajeno a la autonomía de la voluntad, en cuanto se trata esencialmente del punto de partida o primer paso exigible de la administración de cara a identificar la necesidad a satisfacer en el marco de las funciones a su cargo; las distintas alternativas para la solución; el bien, servicio u obra requeridos; los recursos disponibles; el cronograma para la ejecución, el procedimiento de selección, etc., como está previsto, principalmente, en los numerales 1º, 3º, 4º, 6º, 7º, 12, 13 y 14 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993.

Y en manera alguna esta normatividad erige el principio de planeación como una solemnidad *ad substantiam actus*. Por el contrario, el estatuto de contratación estatal reconoce plenamente la autonomía de la voluntad a efectos del perfeccionamiento del contrato -arts. 32 y 40-, sin más requisitos que el de elevar a escrito el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación – art. 41-. Elemento este último, por lo demás, extraño al negocio arbitral.

Y en lo que se refiere a la solución de las controversias originadas en el contrato estatal, la ley 80 de 1993, exige, al margen del principio de planeación, que se acuda inmediatamente al mecanismo de solución de controversias eficaz de cara a evitar la onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista –se destaca-:

Artículo 4º.- De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

(...)

9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

Con este mismo propósito, el ordenamiento dispuso la cláusula compromisoria y el compromiso como negocios idóneos “*a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, determinación o liquidación*” –arts. 70 y 71-. Y si la ley perentoriamente establece que “[l]as entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal” –art.69-, mal puede el juez de lo contencioso administrativo impedir el negocio arbitral no subordinado a la planeación del contrato estatal, como resulta del entendimiento de la posición mayoritaria que condiciona su procedencia “*siempre y cuando en el proceso de planeación del negocio la administración lo hubiese*

considerado razonablemente, o las circunstancias lo recomienden justificadamente en el caso del compromiso propiamente dicho”.

Finalmente, desconocer la autonomía del pacto arbitral a partir de la primacía del principio de planeación de la actividad contractual del Estado, como lo viene sosteniendo la mayoría, implica no solo subordinar la validez de ese negocio al cumplimiento del deber planeación previsto para otros fines y a la nulidad por su desconocimiento, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corporación para la adjudicación de los contratos relativos a la adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras, sino también someter la formación del negocio arbitral a la observancia de otros requisitos, v. gr., la disponibilidad presupuestal previa para cubrir los gastos que demanda el funcionamiento del tribunal de arbitramento y la atención del proceso, ajenos a los costos directos de la contratación estatal, con lo que, además, se limita sustancialmente el manejo presupuestal de la administración y la eficacia del derecho de acceso a la jurisdicción arbitral.

2. La cláusula compromisoria no impide a las partes el acceso al juez natural de la administración

En esta oportunidad la posición mayoritaria también reiteró su criterio unificado en el sentido de que el pacto arbitral impide el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa⁴⁷, al señalar que –se destaca– “[l]a existencia de pacto enerva cualquier posibilidad de actuación por parte de las autoridades contencioso administrativas en cuanto la configuración de una clara hipótesis de ausencia sustancial de jurisdicción para actuar válidamente en relación con los litigios que le fueren puestos a su consideración” –pág. 16-.

Dado que, en relación con la providencia adoptada por la Sala en aquella ocasión manifestamos de manera detallada nuestro desacuerdo y, aun

⁴⁷ Auto del 18 de abril de 2013, citado.

cuando las consideraciones y la decisión en el proceso de la referencia acatan –como no podría ser de otra manera–, el precedente de unificación, en ejercicio de nuestro derecho a disentir de la decisión mayoritaria reiteramos sintéticamente los principales puntos de discrepancia.

Como lo indicamos detalladamente en aquella oportunidad, no le es posible al juez prohibir que mediante el mutuo disenso tácito se extingan las obligaciones nacidas del negocio arbitral, como lo autorizan los artículos 1602, 1618 y 1625 del Código Civil, ni crear una solemnidad *ab substantiam actus* para la formación del negocio liberatorio expreso, pues no existe fundamento en el ordenamiento para esas restricciones a la autonomía de la voluntad privada.

De conformidad con el derecho fundamental de acceso a la justicia, todas las personas pueden acudir libremente la jurisdicción del Estado con el fin de lograr una decisión final, razonable y fundada en el sistema de fuentes, sin otra habilitación que la conferida por el artículo 229 constitucional. En ese sentido, el carácter ocasional, transitorio y voluntario que le imprime el artículo 116 constitucional a la habilitación de los particulares para administrar justicia no puede ser sino complementaria y temporal, pudiendo las partes en el pacto arbitral, facultadas por el artículo 1625 del Código Civil, extinguirlo mediante el mutuo disenso, tácito o expreso, sin más formalidad que la intención inequívoca de abandonar lo pactado para volver a lo natural y obvio, esto es al poder estatal para resolver con autoridad las controversias.

De donde la existencia del pacto arbitral no le impide a una de las partes acudir a la jurisdicción permanente del Estado, ni ello le vulnera a la otra la seguridad jurídica, en cuanto esta puede optar por defenderse válidamente mediante la excepción de existencia del negocio arbitral o convenir en la manifestación de extinción de los efectos que apareja el ejercicio de la acción ante el juez estatal.

Y a este último, lejos de hacer prevalecer la seguridad jurídica, le corresponde ponderar los distintos principios involucrados en el ejercicio de los mecanismos de solución de las controversias, de manera que se reconozca eficazmente el derecho de acceso a la justicia y la imparcialidad que debe guardar frente a la igualdad y demás garantías de las partes.

Fecha *ut supra*,

DANILO ROJAS BETANCOURTH

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO