

Andrés Fernando
Ospina Garzón / Editor

Horizontes del contencioso administrativo

Tomo II
El contencioso
administrativo
jurisdiccional

Volumen I
El contencioso jurisdiccional
por fuera de la Jurisdicción de lo
Contencioso Administrativo

Universidad
Externado
de Colombia



ANDRÉS FERNANDO
OSPINA GARZÓN
(EDITOR)

HORIZONTES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TOMO II
EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
JURISDICCIONAL

VOLUMEN I
EL CONTENCIOSO JURISDICCIONAL POR FUERA DE LA JURISDICCIÓN
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Horizontes del contencioso administrativo. Tomo II, El contencioso administrativo no jurisdiccional, volumen 1, El contencioso jurisdiccional por fuera de la jurisdicción de lo contencioso administrativo / Katerine Bermúdez-Alarcón [y otros]; Andrés Fernando Ospina Garzón (editor). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2022.

319 páginas : gráficos ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587908947 (t. 2, v.1)

1. Sistema Interamericano de Derechos Humanos – Colombia 2. Responsabilidad del Estado – Colombia 3. Arbitramento (Derecho administrativo) – Colombia – Jurisprudencia 4. Procedimiento administrativo – Colombia 5. Derecho administrativo – Colombia 6. Actos administrativos – Colombia -- Jurisprudencia 7. Recurso contencioso administrativo – Colombia 8. Protección de los derechos humanos -- Colombia I. Ospina Garzón, Andrés Fernando, autor, editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título

344.2

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. Área de Procesos Técnicos. EAP.

agosto de 2022

ISBN 978-958-790-894-7

© 2022, ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN CRUZ (ED.)

© 2022, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57) 601 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2022

Fotografía de cubierta: Ada Barandica

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: José Ignacio Curcio

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CAPÍTULO 7

*La procedencia del arbitraje como mecanismo alternativo
de solución de litigios extracontractuales del Estado*

AIDA PATRICIA HERNÁNDEZ SILVA

SUMARIO

Introducción. I. El arbitraje. A. Concepto y naturaleza. B. La procedencia del arbitraje para dirimir litigios extracontractuales se deduce de la ley. C. La responsabilidad extracontractual del Estado no está incluida dentro de las materias no arbitrables. D. El arbitraje extracontractual en la doctrina. II. La responsabilidad extracontractual del Estado y los litigios arbitrables. A. La responsabilidad extracontractual del Estado. B. Los litigios extracontractuales del Estado. C. Algunos litigios propios de la responsabilidad extracontractual del Estado que son pasibles de arbitraje. 1. La responsabilidad precontractual del Estado. 2. La responsabilidad extracontractual por daño causado a un tercero con la ejecución de un contrato estatal. 3. La responsabilidad por la ejecución de prestaciones sin el amparo del contrato –enriquecimiento sin justa causa–. 4. La responsabilidad médica. 5. La responsabilidad derivada del incumplimiento de las normas sobre el derecho internacional de las inversiones. D. Se han proferido laudos que abordan temas extracontractuales. III. A manera de conclusión. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito¹ comprende un análisis sobre la procedencia del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de litigios extracontractuales del Estado, temática que ha generado interesantes controversias jurisprudenciales y doctrinales, en particular cuando el daño, por cuya reparación se pretende adelantar el proceso arbitral, proviene de un acto administrativo que se considera ilegal, pues subsiste el debate sobre la incompetencia de los árbitros para analizar la validez de estas manifestaciones unilaterales de la Administración. Con apoyo en la legislación vigente, en pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales se pretende demostrar la procedencia del

1 En este trabajo se desarrolla de manera amplia y actualizada la temática inicial contenida en el artículo de mi autoría “La responsabilidad extracontractual y el arbitraje”, publicado en la Revista virtual *Arbitrio*, edición 06 de la Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, en abril de 2021.

arbitraje para dirimir estos litigios, a cuyo efecto considero suficiente el correspondiente pacto arbitral que, para estas controversias, generalmente habrá de constar en un compromiso.

Luego de unas sencillas consideraciones sobre el arbitraje, y de precisar los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, se sustentará la procedencia del arbitraje para resolver litigios propios de la reparación directa y de la nulidad con restablecimiento del derecho, a cuyo efecto se explica lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia. Así, también se analizan algunas de las controversias que podrían someterse al arbitraje y se relacionan varios laudos arbitrales en los cuales se abordaron sin mayor problema temáticas propias de la responsabilidad extracontractual del Estado. Finalmente se presentan conclusiones y recomendaciones para que se adopte el arbitraje como mecanismo idóneo y ágil para solucionar todos los litigios del Estado, en consideración a que no existe al efecto prohibición alguna en nuestro ordenamiento jurídico.

I. EL ARBITRAJE

A. CONCEPTO Y NATURALEZA

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos por medio del cual las partes deciden sustraer del juez natural una controversia, para someterla al juzgamiento de particulares habilitados al efecto en los términos de la ley.

Nuestra Constitución Política regula el arbitraje en el artículo 116^[2] así:

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.

2 Inciso cuarto.

En palabras de la Corte Constitucional, el arbitraje es una institución caracterizada por ser de orden procesal, excepcional, voluntaria y temporal³, fundamentada en el principio de voluntariedad o libre habilitación de las partes⁴, con fundamento en el cual las partes deciden acudir a ella. Es decir, conforme a la Corte Constitucional, desde antes de las reformas que se han dado a partir de 2009, la posibilidad de acudir al arbitraje no está condicionada por una disposición legal.

En tanto que la doctrina ha considerado que una definición de arbitraje comprende la sustracción legalmente autorizada de un conflicto, del conocimiento de la jurisdicción estatal, por lo que mediante el arbitraje “se administra una justicia pero que esta no es igual a la que administra el Estado”⁵.

Sobre la naturaleza del arbitraje, clásicamente se ha dado un debate entre quienes encuentran que es contractual y quienes afirman que es jurisdiccional. En la actualidad se acoge una postura ecléctica dirigida a fundar la naturaleza del arbitraje en ambas posturas, así:

La contractual, en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace, permitido por la ley, para el propósito *ad hoc* querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito *ad hoc*⁶.

De esta corriente es el Tribunal Constitucional español, el cual concibe el arbitraje como jurisdiccional, pero reconoce que su motor es la autonomía de la voluntad de todos los que acuden él⁷.

El Consejo de Estado se ha pronunciado en numerosas providencias sobre el arbitraje y su naturaleza para señalar que, a través de esta figura,

3 Sentencia C-466 del 29 de octubre de 2000.

4 Sentencias C-163 del 17 de marzo de 1999; C-098 del 31 de enero de 2001 y C-060 del 24 de enero de 2001.

5 Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Funze, “Arbitraje: naturaleza y definición”, en *Derecho PUCP*, 59, 2006, p. 276.

6 *Ibíd.*, p. 282.

7 Marcela Rodríguez Mejía, *Medidas cautelares en el proceso arbitral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 42.

particulares autorizados en los términos definidos en la ley ejercen la función jurisdiccional propia del Estado. En varios de sus pronunciamientos asimiló esta función a la que ejercen los miembros de la rama judicial, como ocurrió en reciente sentencia en la cual, al analizar las pretensiones de responsabilidad del Estado por el error judicial contenido en un laudo arbitral, consideró que los árbitros están comprendidos dentro del concepto de “agente judicial” que cumple la función de administrar justicia, en las mismas condiciones que un servidor público de la Rama Judicial; dijo, entonces, la Subsección B, con apoyo en el artículo 74^[8] de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, lo siguiente:

Como se advierte el artículo 74 contiene una disposición que define qué debe entenderse por “agente judicial” para efectos del artículo 65 puesto que no solo adquieren esa condición los funcionarios o empleados judiciales sino, también, los particulares que excepcionalmente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional.

En otros términos, para efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado el legislador catalogó a los particulares en ejercicio de función jurisdiccional como agentes judiciales y, por tanto, fijó el centro de imputación en la Rama Judicial, por cuanto, el término “agente estatal” no se reduce exclusivamente a los servidores públicos de que trata el artículo 123 constitucional, lo anterior en consideración de que desde un punto de vista constitucional, la actuación pública y el ejercicio de las funciones propias del Estado no se agota con la actividad de los empleados públicos, de los trabajadores oficiales o de los miembros de las corporaciones públicas sino que, con fundamento en los artículos 116, 123 y 210 y en desarrollos legales se involucran particulares como agentes estatales, para el ejercicio de funciones administrativas y, transitoriamente, inclusive de función pública como lo es la jurisdiccional,

8 El artículo 74 establece: “Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los agentes del Estado pertenecientes a la Rama Judicial, así como también a los particulares que excepcional o transitoriamente ejerzan o participen del ejercicio de la función jurisdiccional de acuerdo con lo que sobre el particular dispone la presente Ley Estatutaria // En consecuencia, en los preceptos que anteceden los términos ‘funcionario o empleado judicial’ comprende a todas las personas señaladas en el inciso anterior”.

en la condición de conciliadores, árbitros y jueces de paz, sobre la base de que esta es propia y exclusiva del Estado⁹.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el arbitraje que comprende como sujeto procesal a una entidad estatal¹⁰, a juicio de la doctrina, tiene unas especiales características, pues

Dentro de las reglas que distinguen un arbitraje como de derecho administrativo, están la exigencia de que el arbitraje sea siempre en derecho, no siendo posible que la Administración concorra a un arbitraje en equidad (Ley 153/1887, de 24 de agosto, art. 1.º); en igual sentido, la exigencia de que se trate de arbitraje institucional, no siendo posible arbitraje ad hoc (Ley 153/1887, de 24 de agosto, art. 2.º); un decálogo mucho más amplio de materias indisponibles, por ejemplo, el control de legalidad de los actos administrativos que incorporan cláusulas exorbitantes (Sent. C-1436/2000, de 25 de octubre) o temas que afecten el orden público (Sent. T-057/1995, de 20 de febrero); y, finalmente, la aplicación irrestricta de ciertas reglas de procedimiento, por ejemplo, las relativas a que el idioma del arbitraje sea el mismo que el idioma oficial del Estado y a que la sede del arbitraje esté geográficamente ubicada dentro de este, por citar algunas¹¹.

Y sobre las características del arbitraje conviene tener en cuenta que, conforme lo ha expuesto el Consejo de Estado,

... es un mecanismo de carácter temporal, porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros. Es excepcional, toda vez que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas. En efecto, jurisprudencialmente se ha

9 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 11 de octubre de 2021, expediente 39798.

10 Loiralith Margarita Chirinos Portillo, “El arbitraje como medio alterno de resolución de conflictos en la Administración pública”, *Estudios de Derecho*, vol. 67, n.º 150, 2010, p. 242.

11 Franklin Moreno Millán, “Arbitraje de derecho administrativo y fuerza vinculante del precedente constitucional en Colombia”, *Revista de Derecho*, 2020, n.º 53, p. 165.

señalado que no pueden someterse a decisión arbitral: i) los temas relacionados con el estado civil de las personas, ii) asuntos no sujetos a transacción; iii) las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer; iv) el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores y v) el control de legalidad de los actos administrativos¹².

B. LA PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE PARA DIRIMIR LITIGIOS EXTRA CONTRACTUALES SE DEDUCE DE LA LEY

El contenido de la materia arbitral cambió desde la Ley 1285 de 2009 que dispuso, en su artículo 6.º, que “administran justicia los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley”. De esta manera el concepto de asuntos transigibles se modificó para entender que el arbitraje es procedente para dirimir litigios en los términos que define la ley.

Así lo ha explicado con claridad el Consejo de Estado, entre otras, en la sentencia del 13 de mayo de 2015 al señalar que lo transigible “dejó de tener vigor en el marco de las normas legales vigentes, puesto que ese presupuesto para acudir a la Justicia Arbitral desapareció del ordenamiento jurídico”¹³.

Con la entrada en vigor de la ley de arbitraje 1563 de 2012 se afianzó la exclusión del carácter transigible de lo arbitrable, para entender pasible de arbitraje los asuntos que i) la ley autorice o ii) que sean de libre disposición¹⁴.

No obstante lo anterior, y pese a la claridad de las disposiciones legales señaladas, en algunas sentencias que tienen por objeto la decisión de recursos de anulación que se promueven contra los laudos arbitrales, el Consejo de Estado reitera consideraciones clásicas alusivas a que

12 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 25 de julio de 2019, expediente 11001-03-24-000-2007-00401-00.

13 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 52.552, M. (E) H.A.R. citada por Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de enero de 2019, expediente 60937 .

14 Artículo 1.º.

... el arbitraje quedó inscrito en la estructura de la administración de justicia como un mecanismo de solución de controversias a través del cual, las partes acuerdan libremente renunciar a la jurisdicción del Estado para, en su lugar, deferir a árbitros la solución de un conflicto transigible, ya sea actual o futuro¹⁵.

Sin embargo, en otros pronunciamiento igualmente recientes, reitera lo expuesto en la Ley 1563 de 2012.

Si bien la responsabilidad extracontractual del Estado no está definida de manera expresa en la ley como materia arbitrable, su arbitrabilidad proviene de la regulación contenida en algunas normas que aluden a controversias no contractuales como pasibles de arbitraje y a su naturaleza comprendida dentro de los asuntos de libre disposición.

En efecto, algunos artículos de la Ley 1563 de 2012 revelan la arbitrabilidad de asuntos no contractuales, como ocurre con el artículo 1.º, que define el arbitraje sin excluir las materias extracontractuales; el artículo 3.º, que regula el pacto arbitral sin limitarlo a litigios contractuales; el artículo 5.º, que establece la procedencia del arbitraje respecto de controversias relacionadas con la eficacia de un contrato, así como la conducencia de la decisión de los árbitros en los casos en que el contrato sea ineficaz, lo que evidencia que el contrato eficaz no es requisito para la procedencia del arbitraje, como quiera que los litigios relacionados con su no existencia también pueden ser dirimidos por los árbitros; el artículo 6.º que, al regular el compromiso, no restringe la naturaleza de la controversia arbitrable a la contractual; el artículo 69 que, de forma expresa, dispone que el acuerdo de arbitraje es aquel por el cual las partes someten a arbitramento controversias que “puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”.

Se tiene así que la responsabilidad extracontractual es una materia arbitrable porque, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1563, pueden

15 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de mayo 2021, expediente 65557. En similar sentido, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2019, expediente 63982, en la cual afirma: “En todo caso, sólo podrán pronunciarse sobre los asuntos transigibles habilitados por las partes y los que la Constitución y la ley autoricen”.

ser objeto de arbitraje las controversias que surjan de cualquier relación jurídica, sea o no contractual.

A lo anterior se suma que la responsabilidad extracontractual versa sobre asuntos de libre disposición y no está comprendida dentro de las materias excluidas jurisprudencialmente del arbitraje.

Además, conviene resaltar lo dispuesto en la ley sobre los requisitos de procedibilidad de algunos medios de control, como la reparación directa, toda vez que, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001, debe agotarse previamente la conciliación para el ejercicio de este medio de control, lo cual demuestra la procedencia de los medios alternativos de solución de litigios respecto de estas controversias del Estado.

Lo expuesto por la doctrina al explicar la conciliación de ciertos asuntos administrativos es aplicable para sustentar la arbitrabilidad de la responsabilidad extracontractual del Estado, en el entendido de que las pretensiones a partir de las cuales se puede hacer valer “tienen un contenido económico y son de carácter patrimonial. Se puede disponer de ellas y admiten la conciliación extrajudicial y la judicial y se exige agotar la conciliación como requisito de procedibilidad”¹⁶

C. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO NO ESTÁ INCLUIDA DENTRO DE LAS MATERIAS NO ARBITRABLES

En su jurisprudencia las Cortes han delimitado la aplicación del arbitraje en consideración a la naturaleza de los derechos en disputa, a la existencia de prohibiciones legales, como también a la salvaguarda del orden público, la soberanía nacional y el orden constitucional¹⁷.

Así, la Corte Constitucional ha considerado excluido del arbitraje lo relativo al estado civil¹⁸, los derechos de los incapaces¹⁹, la legalidad

16 Verónica Peláez Gutiérrez, *La conciliación en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 77.

17 Sentencia C-186 del 16 de marzo de 2011.

18 Sentencia C-242 del 20 de mayo 1997.

19 Sentencia C-294 del 6 de julio de 1995.

de los actos administrativos que materializan el ejercicio de facultades excepcionales contractuales²⁰, como también: “asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”²¹.

Además, la misma corporación se pronunció sobre la procedencia limitada del arbitraje en materia laboral, en consideración a la especial naturaleza de los derechos de los trabajadores²².

Con posturas similares, el Consejo de Estado ha precisado que,

... no pueden someterse a decisión arbitral: i) los temas relacionados con el estado civil de las personas, ii) asuntos no sujetos a transacción²³; iii) las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces; o los conflictos relacionados con derechos de los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer; iv) el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores y v) el control de legalidad de los actos administrativos²⁴.

Se advierte así que las materias que jurisprudencialmente se han considerado excluidas del arbitraje corresponden a controversias muy distintas a las que se abordan en los juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, razón adicional para considerar que el análisis de sus elementos, daño antijurídico e imputación, son asuntos claramente arbitrable.

D. EL ARBITRAJE EXTRACONTRACTUAL EN LA DOCTRINA

La doctrina especializada²⁵ ha considerado que los límites del arbitraje, como medio alternativo de resolución de conflictos, se definen de

20 Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000.

21 Ídem.

22 Sentencia C-330 del 22 de marzo 2000.

23 A pesar de las reformas legales, esta Corporación insiste en excluir del arbitraje las materias en consideración a su carácter de no transigible.

24 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 25 de julio de 2019, expediente 11001-03-24-000-2007-00401-00.

25 Juan Carlos Naizir Sistac, “Arbitrabilidad objetiva: ¿qué se puede y qué no se puede

acuerdo con su carácter excepcional, toda vez que, para el legislador, la equiparación de los funcionarios del Estado y ciertos particulares investidos temporalmente de la función de administrar justicia, no puede ser absoluta, pues ciertos asuntos deben ser ventilados obligatoriamente ante la jurisdicción estatal, por lo que surge el concepto de arbitrabilidad, definido como “la susceptibilidad que tiene una disputa de ser resuelta por medio de arbitraje”²⁶.

Sobre la explicada transformación de la material arbitral, la doctrina explicó que

... los “asuntos de libre disposición” que indica nuestra ley podrían reflejar lo que antiguamente se denominaba un “conflicto de carácter transigible” en la Ley 446 de 1998. Vale la pena resaltar que en la ley estatutaria de administración de justicia no se incluye ningún límite para que el legislador indique como arbitrable los asuntos de libre disposición o de carácter transigible, lo que podría interpretarse como un retroceso al volver al sistema derogado del estatuto arbitral de los años noventa. En consecuencia, el legislador consideró que la amplia libertad otorgada en la ley estatutaria debía ser restringida con la inclusión de que la controversia sometida a arbitraje tenía que ser relativa a asuntos de libre disposición²⁷.

Sin embargo, también señala que la nueva legislación sí supuso un verdadero cambio en lo relativo a la autorización legal para someter determinados asuntos al conocimiento de los árbitros, debido a que

La Ley 1563 de 2012 no solo se desmarcó de la arbitrabilidad objetiva vinculada con los asuntos de libre disposición, sino que, adicionalmente y de forma independiente, señala que pueden existir asuntos sometidos a

someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho?”, *Revista Universitas*, 2019, n.º 139, p. 3.

26 Édgar Iván León Robayo, “Perspectiva y arbitrabilidad de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional”, 11 *Opinión Jurídica*, n.º 22, 2012, p. 135, citado por Juan Carlos Naizir Sistac, “Arbitrabilidad objetiva: ¿qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho?”, cit., p. 3.

27 Juan Carlos Naizir Sistac, “Arbitrabilidad objetiva:...”, cit., p. 5.

arbitraje cuando el legislador indique con una ley el conocimiento para los árbitros. Más aun, lo que el legislador indique a través de una ley para que ser sometido a arbitraje puede ser un asunto que no sea de libre disposición o de carácter transigible²⁸.

Se precisa también que existen pronunciamientos de varios doctrinantes²⁹ que ratifican la arbitrabilidad de la responsabilidad extracontractual, al considerar que los asuntos litigiosos en los cuales la Administración actúa como un privado, no comprenden cuestionamientos al poder público, porque se abordan dentro de la “actividad privada de la Administración” y bien puede incluir temas propios de su responsabilidad patrimonial.

En idéntico sentido otros autores afirman que podrían “plantearse en arbitraje asuntos relacionados con la responsabilidad patrimonial objetiva o sin falta del Estado, basada en la igualdad de los particulares ante las cargas públicas, para los cuales no haga falta declarar nulo un acto administrativo”³⁰. Además, en el contexto del derecho anglosajón, la doctrina³¹ ha resaltado la tendencia a someter la responsabilidad extracontractual del Estado al arbitraje, pues está plenamente avalada según el Alternative Dispute Resolution Act y el Federal Tort Law Claims Act, que se inspiran en la idea de reducir costos y promover la entrega eficiente de un servicio de justicia.

Algunos autores nacionales consideran que es posible suscribir

28 Ídem.

29 J. M. Chillón y J. F. Merino, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 176–180, citado por Juan Pablo Aguilar Andrade, “Derecho administrativo y transigibilidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 6, 2014, p. 256.

30 Hernando Díaz Candia, “La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos: hacia el arbitraje contencioso-administrativo”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 2, n.º 3, 2009, p. 715.

31 Ballesteros, C. I., *El arbitraje de derecho público* (disertación doctoral, Universitat de Barcelona), 2017, citada por Felipe Cruz Ospina, *La implementación del arbitraje en la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2021.

... un compromiso en asuntos de responsabilidad extracontractual originada en vías de hecho, operaciones administrativas, actos administrativos, ocupaciones temporales o permanentes de inmuebles u omisiones administrativas resulta perfectamente válido, lo que implicaría en últimas sustituir las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de reparación directa por el proceso arbitral³².

Postura similar a la expuesta por otros doctrinantes³³ para quienes la arbitrabilidad de las controversias relacionadas con la responsabilidad extracontractual del Estado no cuenta con barrera constitucional o legal, pues la responsabilidad extracontractual tiene una naturaleza indemnizatoria que se circunscribe a un carácter netamente patrimonial.

Así también, el experto en arbitraje Juan Pablo Cárdenas Mejía³⁴ explica que:

... se ha discutido si es posible someter a arbitraje las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual del Estado. Durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, la solución parecía clara pues las normas que autorizaban la cláusula compromisoria y el compromiso estaban incluidas en esta ley y se referían a las controversias relativas a los contratos estatales. Sin embargo, la situación no es tan clara bajo la Ley 1563 de 2012, en la medida en que dicha ley derogó las normas sobre cláusula compromisoria y compromiso contenidas en la Ley 80 de 1993, por lo cual en materia de cláusula compromisoria y compromiso las entidades estatales se sujetan a la Ley 1563 de 2012, que permite el arbitraje en todas las materias disponibles. Lo anterior

32 Carolina Isaza Zuluaga, *El arbitraje opcional para los conflictos jurídicos Estado-individuo: propuesta alternativa de igualdad y neutralidad judicial en la administración de justicia en lo contencioso administrativo*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2013, p. 127.

33 Felipe Cruz Ospina, *La implementación del arbitraje en la responsabilidad patrimonial extracontractual del estado*, cit., p. 15.

34 Juan Pablo Cárdenas Mejía, *Módulo de arbitraje nacional e internacional*, Bogotá, Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019, p. 44.

podría llevar a sostener que la responsabilidad extracontractual del Estado podría someterse a arbitraje³⁵.

La postura que se relata no es unánime en la doctrina, pues algunos, como el profesor Jaime Orlando Santofimio³⁶, consideran improcedente el arbitraje extracontractual, debido a que el arbitraje en el que interviene una entidad pública sólo puede surtirse respecto de asuntos contractuales, porque así se desprende de lo normado en la Ley 1563 de 2012 que, en su artículo 1.º inciso final, alude expresamente a los contratos de entidades públicas, al disponer que:

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

La anterior consideración podría refutarse teniendo en cuenta que esa disposición normativa sólo alude a unos precisos límites que se establecen para el arbitraje que tiene por objeto un litigio contractual en el cual interviene el Estado, lo que da a entender que, mediante una interpretación sustentada en la intención del legislador y en el análisis sistemático de las normas que regulan las causales de anulación de los laudos que dirimen controversias en los que es parte una entidad pública, dicha disposición es igualmente aplicable a los litigios extracontractuales del Estado.

Entre los argumentos expuestos en contra de la procedencia del arbitraje para dirimir conflictos extracontractuales del Estado está que la

35 Así también lo afirmaron los doctrinantes Javier Tamayo Jaramillo y Felipe de Vivero en el panel que sobre las “Controversias originadas en caso de responsabilidad extracontractual”, se realizó en el Congreso de Arbitraje Nacional e Internacional “Justicia, ética y competitividad en la era digital”, cuyo video está disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=qMm9209tNLM>.

36 Así lo expuso Jaime Orlando Santofimio en el panel sobre “Controversias originadas en caso de responsabilidad extracontractual”, cit.

competencia para conocer del recurso de anulación respecto del laudo que dirime un litigio derivado de un contrato estatal³⁷ fue regulada normativamente en el numeral 7, artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, según el cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá también de: “Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado”. Al respecto, cabe señalar que la cláusula general de competencia prevista en el inciso primero del mismo artículo 104^[38] podría salvar esta falta de regulación y permitir una interpretación extensiva de lo dispuesto en el citado numeral. No resulta admisible considerar excluida del arbitraje la responsabilidad extracontractual del Estado por la regulación incompleta en que pudo incurrir el legislador respecto del objeto de la jurisdicción, motivado muy seguramente en que el desarrollo histórico del arbitraje estatal se había limitado a las controversias contractuales.

Esa interpretación resulta compatible con lo expuesto en la doctrina extranjera, la cual ha considerado que la responsabilidad extracontractual es una materia arbitrable porque versa sobre asuntos de libre disposición que, en algunos eventos, pueden tener relación con los derechos de la personalidad que, indudablemente, pueden ser lesionados por el Estado. Señala, además, que el arbitraje sobre este tipo es una alternativa por la que parecen optar las instituciones europeas, pues

... el recurso a mecanismos alternativos de solución de controversias en las materias pertenecientes al sector de la responsabilidad extracontractual, en particular en las demandas sobre difamación o lesión de otros derechos de la personalidad, es una de las posibilidades por la que parece que apuestan las instituciones europeas. Esto puede observarse claramente en ambas Propuestas del Parlamento Europeo presentadas para la revisión del Reglamento Roma II (RR II) –con el objeto de incorporar una regla de conflicto específica para los

37 Ídem.

38 En la sentencia de unificación 42003 del 3 de septiembre de 2020 la Subsección B del Consejo de Estado afirmó que en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 se consagra la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, como también que la misma se aplica frente a vacíos normativos.

litigios transfronterizos sobre difamación y demás derechos de la personalidad—, donde se hace referencia expresa y fomenta la Resolución Alternativa de Controversias (ADR) para este tipo de obligaciones extracontractuales³⁹.

Así, la procedencia del arbitraje para litigios extracontractuales emerge porque la materia que los integra es de libre disposición, porque la ley en algunas de sus disposiciones lo contempla y porque la misma no está incluida dentro de los asuntos que, según lo expuesto por las Cortes, integra lo no arbitrable.

II. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO Y LOS LITIGIOS ARBITRABLES

A. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La responsabilidad extracontractual se presenta cuando, con su acción u omisión, el Estado produce un daño antijurídico que se puede materializar en un acto administrativo, un hecho, una operación o una abstención, entre otras causas.

Conforme lo ha expuesto el Consejo de Estado en su jurisprudencia⁴⁰, la responsabilidad puede ser subjetiva cuando se edifica a partir de la falla del servicio, y puede ser objetiva o sin falla cuando le sirven de fundamento el riesgo excepcional, el daño especial o el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

En su artículo 90 nuestra Constitución de 1991 elevó a rango constitucional los elementos de la responsabilidad del Estado desarrollados por la jurisprudencia al disponer que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

39 Clara Isabel Cordero Álvarez, “Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de derechos de la personalidad”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2013, vol. 6, pp. 73 y 74.

40 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de marzo de 2021, expediente 52997.

Si bien, en sus inicios hubo controversia sobre el ámbito de aplicación del citado artículo 90, la misma fue superada en el entendido de que, en palabras de la Corte Constitucional, esta norma “consagra (i) la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, (ii) en forma de mandato imperativo, (iii) que es aplicable a todas las autoridades estatales y (iv) a los diversos ámbitos de la responsabilidad (contractual o extracontractual, entre otras)...”⁴¹.

Respecto de los elementos de la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado ha explicado en numerosas providencias que “A partir de la preceptiva del artículo 90 de la Constitución, dos son elementos constitutivos de la responsabilidad de la administración, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública”⁴².

Se tiene así que el primer elemento de la responsabilidad del Estado es el daño, entendido como la lesión de un derecho subjetivo o de una situación amparada por el derecho o de un interés legítimo; en tanto que el carácter antijurídico incluido en la citada norma se considera presente cuando la víctima no está en obligación de soportar la correspondiente “lesión” o “alteración”. En palabras del Consejo de Estado el daño constituye

... el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis como quiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado⁴³.

41 Sentencia C-286 del 3 de mayo de 2017.

42 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2017, expediente 37649.

43 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, expediente 16241.

Y sobre las características de este elemento dijo la misma corporación que debe ser “cierto, actual, real, determinado o determinable y protegido jurídicamente”⁴⁴.

En cuanto al siguiente elemento, la imputación del daño, conviene decir, con apoyo en la jurisprudencia que

... es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas)⁴⁵.

La misma corporación señala las diferencias entre las imputaciones fáctica y jurídica que se han desarrollado para definir este elemento de la responsabilidad así:

La imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico⁴⁶.

44 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, expediente 31190.

45 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de septiembre de 1999, expediente 10922.

46 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2016, expediente 37637.

La responsabilidad que se pretende someter al conocimiento de los árbitros bien puede conducir a que estos analicen el proceder del Estado para verificar la presencia de uno cualquiera de los títulos de imputación: falla del servicio, riesgo excepcional o desequilibrio de las cargas públicas, también conocido como daño especial. Además, debe tenerse en cuenta que para dicha Corporación existe libertad a la hora de aplicar estos fundamentos o criterios de imputación, como quiera que los mismos son de elaboración jurisprudencial⁴⁷.

B. LOS LITIGIOS EXTRA CONTRACTUALES DEL ESTADO

Como se indicó, la responsabilidad del Estado comprende la conjugación de los citados elementos, daño antijurídico e imputación, y su naturaleza, contractual o extracontractual, se ha definido en consideración a la naturaleza del derecho lesionado.

De esta manera, si se conculca un derecho subjetivo contractual o una situación jurídica amparada por el contrato estatal estaremos en presencia del daño determinante de la responsabilidad contractual; en cambio, si el derecho que se afirma lesionado no proviene de una previa relación negocial existente entre las partes, estaremos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, conforme lo ha señalado el Consejo de Estado al considerar que la responsabilidad extracontractual es “aquella que se produce entre sujetos que no están ligados por las reglas de un vínculo obligacional previo o se encuentran por fuera de escenario contractual alguno”⁴⁸.

En este punto conviene precisar que la claridad que existe a partir del artículo 90 Constitucional sobre la regulación unificada de la responsabilidad patrimonial del Estado, se trastorna con la clásica y actual regulación normativa de la acción contencioso-administrativa que, en los distintos códigos, contiene una clasificación concebida en consideración a la causa determinante del daño.

47 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del abril 19 de 2012, expediente 21515.

48 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, expediente 37725.

Así, la Ley 1437 de 2011 i) instituye la nulidad y restablecimiento del derecho como el medio para demandar la responsabilidad que se sustenta en la ilegalidad de un acto administrativo que se considere causante del daño por cuya reparación se ejerce la acción⁴⁹; ii) define el medio de control denominado *controversias contractuales* para adelantar el litigio relacionado con un contrato estatal, incluida la controversia vinculada a la ilegalidad del acto administrativo contractual⁵⁰, y iii) confirma la reparación directa, como la vía procedente para demandar la responsabilidad que se configura en presencia de un daño proveniente de una acción u omisión del Estado no comprendida en los dos primeros mecanismos procesales⁵¹.

En verdad, esa clasificación de los denominados *medios de control* corresponde a las diversas acciones de lo contencioso administrativo porque el legislador dispuso para cada uno de ellos distintos términos de caducidad⁵², diversas reglas de jurisdicción⁵³ e independientes factores para fijar la competencia⁵⁴. Y, a pesar de que la intención del legislador⁵⁵ fue definir una acción de lo contencioso administrativo dentro de la cual se concibieran diversos medios de control, la regulación diversa de los citados presupuestos conduce a considerar vigentes las típicas acciones reguladas en el antiguo Decreto ley 01 de 1984, con muchos de sus tradicionales vicios.

Es importante advertir también que en muchos casos la clasificación adoptada en función de la causa del daño no es real, porque parecieran combinarse los contenidos de los señalados “medios de control”. A manera de ejemplo cabe mencionar que procede i) la reparación directa, entre otros eventos, cuando el daño proviene de un acto administrativo legítimo⁵⁶ o

49 Artículo 138.

50 Artículo 141.

51 Artículo 140.

52 Artículo 164.

53 Artículo 104.

54 Título IV.

55 Exposición de motivos del Proyecto de Ley 198-09 Senado.

56 Por ejemplo, cfr. i) Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, expediente 16079, y ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2009, expediente 27422.

cuando se analiza la ejecución de prestaciones ejecutadas sin el amparo del contrato estatal⁵⁷, y ii) la controversia contractual cuando el daño se afirma producido por un acto administrativo contractual⁵⁸, cuando se causa un daño a terceros con la ejecución de un contrato estatal⁵⁹ o cuando se pide la reparación del daño causado con un contrato que se declara nulo⁶⁰.

Todo lo anterior permite considerar que, siendo una materia con una regulación constitucional que atiende unos elementos comunes, la responsabilidad del Estado no debería concebirse de manera diferenciada en aplicación del mecanismo procesal definido por el legislador para regular el ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia. Así, en el entendido de que se trata una sola materia —*la responsabilidad patrimonial del Estado*— bien podría considerarse arbitrable sin mayor controversia y sin entrar en las señaladas divisiones que se sustentan en la causa del invocado daño.

Por tanto, se propone entender pasible de arbitraje la responsabilidad extracontractual del Estado que comprende escenarios tales como el que se sustente en un daño proveniente: i) de la prestación de un servicio público; ii) de un acto administrativo; iii) del ejercicio de una actividad peligrosa; iv) del hecho del legislador; v) de la función de administrar justicia; vi) de una omisión en el ejercicio de la función de conservación y mantenimiento de vías; vii) del ejercicio de la función de administrar el sistema penitenciario; viii) del ejercicio de las funciones de Policía; ix) de la actividad precontractual; x) de la actividad postcontractual, o xi) de la celebración de un contrato ilegal, entre muchísimos otros.

57 Por ejemplo, cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de junio de 2007, expediente 14469.

58 Por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 21 de mayo de 2021, expediente 65951.

59 Al respecto cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 15 de octubre de 2020, expediente 66040, en la cual se afirma que el medio de control de controversias contractuales puede ser usado por un tercero con interés directo cuando el daño proviene de un contrato del Estado.

60 Por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de noviembre de 2020, expediente 59958.

No obstante lo expuesto, resulta imposible desconocer la renuencia jurisprudencial y doctrinal a entender pasible de arbitraje el litigio que se sustenta en el daño que se afirma causado con un acto administrativo que se considera irregular, toda vez que este exige valorar previamente la legalidad del acto que se afirma vulnerante.

Así encontramos en la doctrina diversas posturas, algunas que niegan la posibilidad de arbitrar sobre la legalidad de actos administrativos y otras que consideran que esta materia se puede someter al conocimiento de los árbitros.

La tesis negativa ha sido propuesta, entre otros, por autores que invocan las consideraciones del Consejo de Estado francés, el cual manifestó que

Como principio general, no puede admitirse el arbitraje administrativo, la transacción ni la amigable composición sobre intereses públicos ya que éstos vienen determinados por el principio de legalidad sólo fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativa⁶¹.

En el ámbito español, algunos autores opinan que la revisión judicial de los actos administrativos no debe vulnerar la idea fundamental de la división de poderes, al afirmar que:

... parece de esencia al sistema que la revisión de unos actos que, como los administrativos, son de poder (ejecutivo), se realice sólo por otros órganos cuyos actos sean también de poder (judicial), de suerte que, al revisarlos, plasman la contención mutua en que se fundamenta la idea de división de poderes. Si a esto se añade la idea de que los actos administrativos encierran siempre una dimensión de interés público (sea por razón del sujeto que los emana investido de facultades de *imperium*, sea por razón del objeto público al que se refieren, sea por razón de la finalidad última que persiguen), se entiende perfectamente el disfavor con que la tradición continental ha contemplado la posibilidad de someter los conflictos administrativos a una instancia arbitral ajena, como la que representa el arbitraje privado⁶².

61 Ignacio Granado Hijelmo, “El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 39, 2005, p. 52.

62 *Ibid.*, p. 50.

Reconocen que existe una puerta abierta para aceptar la arbitrabilidad de este tipo de controversias, pues la ley, que parece impedir el arbitraje, lo puede habilitar en los casos en que lo considere conveniente el legislador, así:

Si la Ley es expresión de la voluntad soberana del pueblo, nada impide en principio que la propia Ley en uso de la misma soberanía admita el arbitraje habilitando a la Administración para someterse al mismo en los casos en que el legislador, por los motivos que fuere, lo considere conveniente o necesario, en el bien entendido de que sólo sería admisible precisamente en los casos, términos y condiciones que la propia Ley determinase. Es de esta forma limitada y paradójica como el principio de legalidad que parece impedir el arbitraje puede habilitarlo en algunos casos, por su misma lógica: es la Ley (*imperium legis*) la única que puede excepcionarse a sí misma por contrario imperio⁶³.

En el contexto latinoamericano existen autores que, si bien consideran que la transigibilidad es un requisito general para considerar que una controversia es arbitrable, afirman que dicho concepto no es aplicable en el campo del derecho administrativo, pues la Administración “no actúa sobre la base del principio de libertad sino que está sometida al principio de legalidad; esto es, no es libre de hacer lo que le parezca más conveniente, sino que está limitada a hacer aquello que expresamente le encargue el ordenamiento jurídico”⁶⁴. Así, afirman que la arbitrabilidad de las controversias contencioso-administrativas está supeditada a que exista una norma que conceda competencia a la Administración para celebrar el pacto arbitral⁶⁵, por lo que, en este ámbito, la transigibilidad es indiferente para determinar la materia pasible de arbitraje, como quiera que “lo que se debe establecer

63 *Ibíd.*, p. 51.

64 Juan Pablo Aguilar Andrade, “Derecho administrativo y transigibilidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. n.º 6, 2014, p. 251.

65 “Parece lógico sostener, según esto, que la posibilidad de que los asuntos en los que interviene la Administración puedan someterse a arbitraje, depende de que exista una norma que confiera la potestad de celebrar el correspondiente convenio arbitral. Cuando esa norma existe, el tema es arbitrable, sin más limitaciones que las que la misma norma establece”: Juan Pablo Aguilar Andrade, “Derecho administrativo y transigibilidad”, *cit.*, p. 262.

es si existe una ley que la defina como tal, y no si los asuntos a los que se refiere pueden calificarse o no como renunciables”⁶⁶.

En idéntico sentido, Margarita Chirinos considera que en Venezuela el arbitraje administrativo se encuentra limitado debido a la sujeción estricta de la Administración al principio de legalidad, pues las facultades regladas se caracterizan por su irrenunciabilidad y, por ende, su imposibilidad de ser sometidas a medios alternativos de solución de controversias⁶⁷. Sin embargo, la autora considera prudente aclarar que las materias susceptibles de disposición por la Administración son las únicas arbitrables, siempre que haya un precepto legal que le atribuya tal competencia.

Algunos autores que defienden la tesis positiva exponen diferentes razones, entre ellas que: i) la justicia contencioso-administrativa ha demostrado ser insuficiente para atender las necesidades de los ciudadanos, debido su demora excesiva⁶⁸; ii) se debe privilegiar el control de los actos de la Administración por encima de la ausencia de control⁶⁹; iii) el arbitraje potencia el respeto de derechos fundamentales como el debido proceso y la garantía de acceso a la justicia⁷⁰, y iv) el arbitraje administrativo, al ser necesariamente en derecho, no flexibiliza el estudio de la legalidad de los actos administrativos⁷¹.

66 Juan Pablo Aguilar Andrade, “Derecho administrativo y transigibilidad”, cit., p. 263.

67 Loiralith Margarita Chirinos Portillo, “El arbitraje como medio alterno de resolución de conflictos en la Administración pública”, *Estudios de Derecho*, vol. 67, n.º 150, 2010, p. 238.

68 Hernando Díaz Candia, “La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos: hacia el arbitraje contencioso-administrativo”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 2, n.º 3, 2009, p. 719.

69 E. García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 38, 1962, citado por Carla Esplugues Barona, “Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos: ¿evolución o revolución?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 2, 2019, pp. 87 y 91.

70 Hernando Díaz Candia, “La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos:...”, cit., p. 719.

71 *Ibíd.*, p. 727.

Algunos autores españoles consideran que el arbitraje brinda grandes ventajas como “la rapidez [...] y, principalmente, la especialización”⁷², y además, que hace parte de lo que García de Enterría ha denominado “la lucha contra las inmunidades de poder”⁷³, pues se fundamenta en “la exigencia de control judicial de una determinada actuación priorizando en todo momento el control frente a una ausencia de control”⁷⁴.

Parte de la doctrina venezolana considera que el arbitraje potencia derechos como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, si se tiene en cuenta que las demoras del procedimiento contencioso administrativo lesionan los derechos de los justiciables, por lo que el arbitraje termina por materializar el derecho a la tutela judicial efectiva, pues “permite acceder a la administración de justicia en términos eficientes y razonables”⁷⁵. Se advierte, además, que el arbitraje en derecho no menoscaba el derecho público contenido en los actos administrativos, pues los árbitros deben aplicar el derecho a la manera como lo hacen los jueces contencioso-administrativos⁷⁶.

Algunos doctrinantes de nuestro país sostienen que es procedente suscribir un compromiso sobre los distintos aspectos de la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, lo que permite arbitrar pretensiones propias de la reparación directa, y de la nulidad y restablecimiento del derecho⁷⁷, pues, en ejercicio de la autonomía de la voluntad habilitada

72 Carla Esplugues Barona, “Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos: ¿evolución o revolución?”, cit., p. 87.

73 E. García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 38, 1962, citado por Carla Esplugues Barona, “Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos:...” , cit., p. 87.

74 Carla Esplugues Barona, “Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos:...” , cit., p. 91.

75 Hernando Díaz Candía, “La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos:...” , cit., p. 719.

76 *Ibíd.*, p. 727.

77 Carolina Isaza Zuluaga, *El arbitraje opcional para los conflictos jurídicos estado-individuo:...*, cit., p. 127.

por los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993^[78], la Administración tiene competencia para celebrar toda clase de contratos lícitos. Señalan, además, que si “la conciliación es permitida en este tipo de diferencias, no se ve razón para que el arbitraje se entienda prohibido en conflictos individuales y de contenido económico, por razón de implicar responsabilidad extracontractual”⁷⁹.

Buena parte de la doctrina nacional señala que en algunas de las controversias propias de la nulidad y restablecimiento del derecho se encuentran varios de los litigios más frecuentes de responsabilidad, como la responsabilidad precontractual del Estado que involucra el examen de legalidad de actos administrativos expedidos con ocasión de la formación del contrato. Así, se ha considerado que la Ley 1563 de 2012 permite a los árbitros pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos particulares, con salvedad de aquellos que involucren el ejercicio de potestades exorbitantes, pues “la realidad del régimen aplicable al arbitraje y a la conciliación muestra que la legalidad sí admite disposición, y esto significaría que no sería un asunto que debiera considerarse de orden público y ajeno a los mecanismos alternativos”⁸⁰. Entonces, “la habilitación legal de conciliar y utilizar el arbitraje en los actos administrativos particulares permite pensar que la legalidad admite disposición”⁸¹.

Se advierte así que la procedencia del arbitraje para la resolución de litigios propios de la nulidad y restablecimiento del derecho es de recibo en buena parte de la doctrina foránea y nacional, en el entendido de que es una materia que no está vedada por el legislador, y que puede considerarse transigible porque encuentra respaldo en normas como las que habilitan la conciliación en materia administrativa.

78 Al respecto, cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de enero de 2011, expediente 15.940.

79 Carolina Isaza Zuluaga, *El arbitraje opcional para los conflictos jurídicos estado-individuo*:..., cit., p. 127.

80 Verónica Peláez Gutiérrez, *La conciliación en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 130.

81 Ídem.

Si bien en nuestro ordenamiento existen disposiciones que autorizan el arbitraje relacionado con los efectos económicos del acto administrativo, es de notar que avivaron la discusión y alimentaron los argumentos de quienes apoyan la tesis negativa, en el entendido de que el juicio sobre el contenido económico del acto no comprende un análisis de su legalidad, materia que, por tanto, debe entenderse excluida.

Algunos autores defienden la arbitrabilidad de los actos administrativos al afirmar que

... es discutible que los preceptos normativos citados establezcan que sólo podrá conciliarse sobre los efectos económicos [...] Ello porque los actos administrativos son inescindibles de sus efectos. Dicho en otras palabras: los efectos no pueden analizarse independientemente del acto administrativo⁸² [y preguntarse] ¿Por qué el Estado puede transigir sobre la legalidad de estos actos administrativos y se prohíbe que la justicia arbitral se pronuncie sobre esta materia? Si el legislador limitó la competencia de los árbitros a aquellas materias susceptibles de transacción y la legalidad de estos actos es susceptible de transacción, ¿por qué se niega la competencia de la justicia arbitral para conocer de esta cuestión?⁸³.

Compartimos las posturas que abogan por la arbitrabilidad de los actos administrativos siempre que los mismos sean determinantes de un daño que se invoca como fundante de la responsabilidad patrimonial del Estado, en el entendido de que se trata de una materia única, que comprende asuntos de libre disposición incluidos en nuestro ordenamiento jurídico como pasibles de los mecanismos alternativos de solución de litigios, entre los cuales habrá de entenderse el arbitraje.

Los argumentos que propenden a la arbitrabilidad de los actos administrativos particulares y, por ende, al sometimiento de litigios propios de la nulidad y restablecimiento del derecho, tienen mayor respaldo en nuestro derecho y resultan más poderosos que los esgrimidos por quienes

82 Mónica Liliana Ibagón Ibagón, *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 51.

83 Ídem.

defienden la tesis negativa. Considero que existe habilitación legal para someter a arbitraje ese tipo de controversias en consideración a que si los actos administrativos particulares son conciliables⁸⁴, constituyen una materia de libre disposición claramente arbitrable.

Dicho en otras palabras, si la Administración tiene competencia para celebrar acuerdos de arbitraje sobre asuntos de libre disposición, y la

84 Sobre este punto es pertinente tener en cuenta que el Consejo de Estado ha considerado, respecto de los actos administrativos particulares, que son transigibles, así: “Ahora bien, comoquiera que la transigibilidad constituye un supuesto inherente al carácter conciliable de ciertos asuntos, bueno es precisar que en materia de conciliación, la Ley 446 de 1998 preceptúa lo siguiente: // ‘Art. 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así: // ‘Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. [...]’ // Art. 71. Revocatoria Directa. El artículo 62 de la Ley 23 de 1991 quedará así: // ‘Artículo 62. Cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto sustituido por el acuerdo logrado’. // A su turno, el artículo 2.º del Decreto 1818 de 1998 dispuso que ‘Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley’. // Como bien se observa, es la misma ley la que de manera expresa atribuye a los actos administrativos de contenido particular el carácter de asuntos transigibles, disponibles si se quiere, pues no de otra manera se podría explicar la procedibilidad del mecanismo de la conciliación respecto de las cuestiones que jurisdiccionalmente estarían llamadas a tramitarse tanto por la vía de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho-artículo 85 del C. C. A., como por la misma Acción Contractual-artículo 87 del C.C.A., previendo incluso que el acuerdo que sobre tales asuntos se logre determine para la entidad pública correspondiente la revocatoria directa, la cual como claramente se desprende del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, presupone la invalidez del respectivo acto. // Por lo tanto, comoquiera que por expresa previsión legal los actos administrativos que se adopten en materia contractual son de carácter particular y de contenido económico, sin duda alguna se constituyen en asuntos transigibles”. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, expediente 36252.

responsabilidad por el daño que proviene de un acto administrativo es una materia de libre disposición, no cabe duda de que es una materia claramente arbitrable.

En este punto es relevante tener en cuenta las consideraciones expuestas por el Consejo de Estado al resolver un recurso de anulación interpuesto contra un laudo arbitral⁸⁵ que inaplicó un acto administrativo con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad; en esa oportunidad la Corporación afirmó no probada la causal que se sustentó en que el lado fue proferido en conciencia por lo siguiente:

En efecto, esta colegiatura evidencia a partir de la estructura argumentativa del laudo, que el panel arbitral fundamentó su decisión en normas vigentes y aplicables que respondieron al objeto de la controversia puesta a su consideración, así como a los argumentos que formuló la parte convocada y, en particular, a las excepciones de mérito alegadas por esta, con fundamento en las pruebas que soportaron los hechos y las pretensiones de la demanda. Además, incluyó de manera expresa la motivación o exposición de las razones que soportaron las decisiones adoptadas, en particular lo relacionado con la declaratoria de excepción de inconstitucionalidad de la Resolución 2117 de 2017, al considerar que contravenía los artículos 58 y 83 de la Constitución Política.

En este orden, se observa que el análisis efectuado por el Tribunal de Arbitramento respecto de la citada declaratoria de excepción de inconstitucionalidad obedeció a la confrontación que hizo del acto administrativo inaplicado con las normas constitucionales referidas. Al punto, el tribunal arbitral inició su análisis precisando que, si bien no era competente para establecer la legalidad de la Resolución n.º 2174 de 2017, sí lo era para pronunciarse sobre su constitucionalidad en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4.º Superior, en los siguientes términos...⁸⁶.

85 Proferido el 30 de noviembre de 2020 y corregido el 11 de diciembre siguiente por el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las diferencias suscitadas entre DirecTV Colombia y la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MINTIC).

86 Sentencia 66758 proferida por la Subsección C el 14 de octubre de 2021.

Si bien el Consejo de Estado avaló lo expuesto por el panel arbitral sobre su incompetencia para resolver la legalidad de un acto administrativo, respaldó también lo expuesto en el laudo sobre la facultad de los árbitros para aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

Considero que la decisión del Consejo de Estado, plasmada en la precitada providencia, representa un gran avance en la ruta hacia la aceptación de la plena competencia arbitral para pronunciarse sobre los actos administrativos, en el entendido de que en esta sentencia se aplica uno de los principales fundamentos, cual es que los árbitros cuentan con las mismas facultades constitucionales y legales previstas en el ordenamiento para los servidores públicos de la Rama Judicial que prestan la función de administrar justicia⁸⁷.

C. ALGUNOS LITIGIOS PROPIOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO QUE SON PASIBLES DE ARBITRAJE

Si bien pueden ser muchísimas las materias pasibles de arbitraje en consideración al gran universo que integra la responsabilidad extracontractual, cabe destacar algunos de los litigios que podrían suscitarse con mayor frecuencia.

I. LA RESPONSABILIDAD PRE CONTRACTUAL DEL ESTADO

Podría someterse a arbitraje la responsabilidad precontractual de una entidad pública cuando se esté en presencia de la vulneración de un derecho precontractual, que puede consistir, entre otros, en los siguientes: i) la lesión del derecho de participar en un proceso de selección que padece quien atiende la convocatoria de la entidad, invierte en la preparación de su propuesta y no logra radicarla porque el trámite precontractual finalmente

87 En esta sentencia del Consejo de Estado se afirma que la facultad para aplicar la excepción de inconstitucionalidad definida para los jueces en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, es claramente aplicable a los árbitros.

no se surte⁸⁸; ii) la lesión del derecho a ser evaluado, que surge cuando el interesado radica su propuesta y el trámite se suspende indefinidamente durante su desarrollo, o simplemente no se realiza⁸⁹; iii) la lesión del derecho a ser adjudicatario, cuando el procedimiento de selección se adelantó y el sujeto que hizo la mejor propuesta no fue seleccionado⁹⁰, y iv) la lesión del derecho a ser contratista, que se presenta cuando se adjudica el contrato a quien hizo la mejor propuesta, no obstante lo cual el mismo no se perfecciona⁹¹.

La procedencia del arbitraje surge, sin mayor controversia, respecto de los eventos primero y cuarto que se presentan cuando la entidad, sin emitir acto alguno, omite el cumplimiento de sus deberes precontractuales y con ello causa el daño fundante de la responsabilidad del Estado.

No ocurre lo mismo con los eventos segundo y tercero, como quiera que el incumplimiento de los deberes precontractuales se materializa, generalmente, en un acto administrativo que contiene la decisión determinante del daño, por cuya reparación se pretende adelantar el proceso. Así, como estos eventos, de conformidad con lo previsto en la Ley 1437 de 2011, deben tramitarse por la vía de la nulidad y restablecimiento del derecho

88 Al respecto, cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2020, expediente 65882, en la cual el demandante alega la privación del derecho a participar en el proceso de selección.

89 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 10963.

90 Entre otras, cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 12 de abril de 1999, expediente 11344, y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente 13792.

91 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, expediente 12540. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el acto de adjudicación no perfecciona el contrato, pues el contrato estatal se caracteriza por ser solemne (*forma dat esse rei*), por lo que habrá responsabilidad precontractual cuando se incumple la obligación de hacer consistente en suscribir el contrato y cumplir los trámites dirigidos a su perfeccionamiento. Sobre lo anterior, cfr. Consejo de Estado, sentencias del 10 de marzo de 1997, expediente 10038, y del 29 de enero de 1998; también la sentencia del 19 de julio de 2000, expediente 12540, citadas por Juan Carlos Expósito Vélez, “La responsabilidad precontractual en la actuación contractual del Estado”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 27, 2022, p. 46.

que conduce a que el juez analice la legalidad del acto administrativo que se afirma dañino, resulta imperativo para los árbitros pronunciarse sobre los vicios de este, con toda la controversia que esto suscita, como se explicó en líneas anteriores.

En este punto cabe resaltar lo expuesto en la jurisprudencia sobre la competencia arbitral para juzgar la legalidad de actos administrativos. Inicialmente el Consejo de Estado⁹² afirmó que dicha materia estaba excluida del arbitraje, porque en razón del “principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, no le es dable al Estado despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas [...]”⁹³; sin embargo, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993, la Corte Constitucional manifestó que este límite se predicaba únicamente de los actos por medio de los cuales se ejercen los poderes excepcionales de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993⁹⁴.

Durante un poco más de una década la Sección Tercera profirió numerosas providencias⁹⁵ en las cuales reiteró la señalada tesis negativa que, si bien se moderó desde 2009⁹⁶ cuando se advirtió que la materia excluida del arbitraje comprendía únicamente la legalidad de los actos que se expiden

92 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de febrero de 2000, expediente 16395.

93 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de julio de 2002, expediente 21217.

94 Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000.

95 Entre otras, sentencias del 4 de julio de 2002, radicado 21217; 23 de febrero de 2000, radicado 16394; 8 de junio de 2000, radicado 16973; 23 de agosto de 2001, radicado 190190; 4 de julio de 2002, radicado 21217; 4 de julio de 2002, radicado 19333; 4 de julio de 2002, radicado 22195; 9 de octubre de 2003, radicado 16718; 11 de marzo de 2004, radicado 25021; 14 de abril de 2005, radicado 25489.

96 Cabe precisar que esta postura se sustentó en las consideraciones de la Corte Constitucional, la cual, en sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, manifestó que el acto que se expide en ejercicio de las potestades excepcionales sólo puede ser juzgado por los jueces naturales, debido a que “es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales”.

en ejercicio de los poderes previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, se ha reiterado en providencias recientes⁹⁷.

La citada sentencia 2009, que moderó la limitación que se analiza, alude a la procedencia del arbitraje respecto de los demás actos administrativos contractuales al afirmar que estos “no se encuentran cobijados por los alcances de la sentencia de la Corte Constitucional y en relación con los mismos tampoco la Constitución o la Ley establecen restricción alguna al respecto”⁹⁸. No obstante, en dicha providencia, y en otras que la han reiterado⁹⁹, no se alude a los actos administrativos precontractuales, con lo cual subsiste la controversia sobre su arbitrabilidad.

Esa renuencia jurisprudencial a considerar arbitrable la legalidad de los actos administrativos¹⁰⁰ conduce a proponer una modificación de la ley de arbitraje para incorporar litigios que comprendan pretensiones propias de la nulidad y restablecimiento del derecho, más allá de las conclusiones expuestas precedentemente en torno a los argumentos para permitir su arbitrabilidad.

Aunque la jurisprudencia encuentre que la incompetencia de los árbitros respecto de los actos administrativos recae en aquellos que materializan el ejercicio de las potestades de que trata el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 y no comprende los efectos económicos que se desprendan de ellos, en aras

97 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1.º de abril de 2016, expediente 47925.

98 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, expediente 36.252.

99 Sobre lo dicho, resulta pertinente tener en cuenta las consideraciones que hizo el Consejo de Estado en la sentencia del 26 de julio de 2021, expediente 63256, en la cual aclaró que los únicos actos administrativos contractuales excluidos de la arbitrabilidad son los señalados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Este razonamiento, puede ser utilizado para afirmar la arbitrabilidad de los actos administrativos de acuerdo con el principio interpretativo según el cual las normas sancionatorias o prohibitivas deben ser expresas y de carácter taxativo, no aplicables por analogía.

100 Se destaca también la sentencia C-170 de 2014 en la cual, cuando se aludió al carácter excepcional del arbitraje, se afirmó que dentro de las controversias reservadas al conocimiento de la jurisdicción estatal está “el control de legalidad de los actos administrativos”.

de la seguridad jurídica resulta imperativo que el arbitraje que involucra la legalidad de los actos administrativos se regule ampliamente por vía legal, a fin de evitar los cuestionamientos que se siguen dando como fundamento de la nulidad de los laudos arbitrales.

2. LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO CAUSADO A UN TERCERO CON LA EJECUCIÓN DE UN CONTRATO ESTATAL

Es procedente someter al arbitraje la responsabilidad extracontractual por quien pretenda la reparación de un daño proveniente de la ejecución del contrato estatal, la cual se tramita por la vía de la reparación directa ante el juez de lo contencioso administrativo, y se promueve generalmente contra el contratista y la entidad contratante, quienes llaman en garantía a la aseguradora.

En efecto, para el Consejo de Estado la circunstancia de que las obras sean ejecutadas por contratistas particulares no excluye la responsabilidad estatal en tanto que este es el dueño de las mismas, por lo que

... el régimen de responsabilidad que se aplica frente a los daños derivados de la ejecución de una obra pública, debe definirse con fundamento en el principio *ubi emolumentum ibi onus esse debet* (donde está la utilidad debe estar la carga) que hace responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro, toda vez que cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente¹⁰¹.

Los daños que generalmente se invocan están relacionados con la lesión del derecho a la integridad física de quienes se accidentan en la vía que está en construcción, o la lesión del derecho a la vida que se produce en similares circunstancias, como también la lesión del derecho a la propiedad de quienes ven ocupados sus predios de manera permanente con la ejecución de proyectos de infraestructura vial, entre otros posibles daños.

101 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014, expediente 27489.

La imputación del daño se hace generalmente con fundamento en la falla del servicio consistente en el incumplimiento de normas y disposiciones contractuales que obligan a señalizar la vía en construcción y a regular su tráfico con el fin de precaver estos accidentes. Pero también es posible encontrar pronunciamientos en los cuales la imputación se sustenta en el daño especial.

Así, a manera de ejemplo conviene considerar una sentencia en la cual el Consejo de Estado encontró acreditados los elementos de la responsabilidad del Estado, a cuyo efecto afirmó que

... el desarrollo de la obra denominada “intercambiador de la puerta del sol” conllevó en los predios de propiedad de los demandantes una pérdida de visibilidad que configura un daño antijurídico, reparable a título de daño especial, toda vez que con la ejecución y puesta en funcionamiento de la obra la comunidad del municipio de Bucaramanga se vio ampliamente beneficiada, entre tanto que los demandantes vieron sacrificados aspectos que afectan su derecho a la propiedad y la libertad de empresa¹⁰².

El litigio es de naturaleza extracontractual porque comprende el análisis del daño invocado por un sujeto que no es parte del contrato estatal, pero involucra el análisis de las obligaciones asumidas por el contratista al celebrar el negocio jurídico con la entidad pública, entre ellas la reparación de los perjuicios que pudiera causar con la ejecución del contrato.

Lo exigido en estos casos para que el litigio sea sometido al conocimiento de árbitros será la existencia de un compromiso contentivo de la voluntad clara y expresa de las partes de sustraer del conocimiento del juez natural la correspondiente controversia.

102 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de marzo de 2018, expediente 34091.

3. LA RESPONSABILIDAD POR LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES SIN EL AMPARO DEL CONTRATO —ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA—

Son frecuentes los litigios que se producen por la ejecución de prestaciones que no están amparadas por un contrato estatal, los cuales se proponen en ejercicio de la acción de controversias contractuales, de la reparación directa e, incluso, ante tribunales de arbitraje, bajo el ropaje de un típico litigio contractual.

Estas diferencias se suscitan generalmente por: i) la ejecución de prestaciones sin que exista el contrato¹⁰³; ii) la ejecución de prestaciones derivadas de un contrato suspendido por el incumplimiento de los requisitos legales o contractuales necesarios para su inicio¹⁰⁴; iii) la ejecución de prestaciones no previstas en el contrato y sin la previa celebración del contrato adicional¹⁰⁵, o iv) por la ejecución de prestaciones de un contrato terminado¹⁰⁶.

103 Al efecto cabe consultar lo expuesto en la sentencia 11.848 proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, el 30 de noviembre de 2000.

104 Sobre este supuesto cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 31 de agosto de 1999, expediente 12849 y del 7 de junio de 2007, expediente 14669.

105 En relación con la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa para resolver litigios suscitados respecto de contratos existentes, cabe consultar, entre otras, la providencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, el 18 de julio de 2002, expediente 22178, en la cual se analizaron las pretensiones que formuló el actor en ejercicio de la acción de controversias contractuales con el objeto de que la entidad pagara el valor de las obras adicionales ejecutadas sin el previo contrato adicional, advirtió entonces la Corporación: “la realización de obras adicionales supone que éstas no fueron parte del objeto del contrato principal, y por lo tanto implican una variación del mismo; se trata entonces de obras nuevas, distintas de las contratadas, o de ítems no previstos, pero que su ejecución, en determinadas circunstancias resulta necesaria. Por tal razón, si para éstas no se celebra contrato adicional, ni son reconocidas al momento de liquidar el correspondiente contrato, su reclamación resulta procedente en virtud del principio que prohíbe el enriquecimiento sin justa causa, para lo cual debe acudir a la acción de reparación directa”.

106 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de agosto de 2017, expediente 36716.

Al respecto es preciso señalar que en su jurisprudencia actual el Consejo de Estado considera que las anteriores controversias deben ser resueltas mediante el análisis de los elementos del enriquecimiento sin causa por la vía de la reparación directa, el cual se erige como la fuente de la obligación de pagar dichas prestaciones, siempre que se esté dentro de uno cualquiera de los siguientes supuestos: constreñimiento al particular por la entidad pública demandada; urgencia de prestar un servicio para evitar una amenaza irreversible al derecho a la salud, y cuando la Administración omite declarar una situación de urgencia manifiesta y pida la ejecución de prestaciones sin contrato escrito alguno¹⁰⁷.

A pesar de lo expuesto por el Consejo de Estado en las sentencias que avalan la aplicación del enriquecimiento sin justa causa, como la sentencia de unificación de 2012, considero, como lo hizo la misma Corporación en providencias proferidas entre los años 2006 y 2009^[108], que estos litigios se deben abordar mediante el análisis de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que la ejecución de prestaciones sin el amparo de un contrato estatal involucra el análisis de una falla del servicio, por la inaplicación del Estatuto General de Contratación Estatal, determinante del daño invocado por el particular, que muchas veces contribuye eficazmente en su producción¹⁰⁹.

Lo dicho se sustenta en que, como lo reconoció la mencionada Corporación en el año 2007^[110], el no enriquecimiento sin causa es un principio

107 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 24897.

108 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias del 7 de junio de 2007, expediente 14669; del 8 de noviembre de 2007, expediente 13597 y del 30 de julio de 2009, expediente 15079.

109 Al respecto cabe consultar el artículo de mi autoría: “Contratación y enriquecimiento sin justa causa”, en Alberto Montaña Plata, Jorge Iván Rincón Córdoba (eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 423 a 466.

110 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de junio de 2007, expediente 14669.

del derecho que se considera fuente de obligaciones siempre que no opere otra fuente principal, como la responsabilidad derivada del daño.

Así las cosas, en presencia del enriquecimiento sin justa causa o de la responsabilidad como fuente de la obligación de pagar el valor de prestaciones ejecutadas sin el amparo de un contrato estatal, el correspondiente litigio es, en la mayoría de los casos, de naturaleza extracontractual, pues los eventos que dan lugar a los también llamados *hechos cumplidos* se producen en ausencia de un contrato que los cobije.

Son todos estos eventos ajenos a la típica responsabilidad contractual del Estado, respecto de los cuales existe controversia frente a su arbitrabilidad.

No obstante, la jurisprudencia arbitral ha reconocido su competencia para conocer estos asuntos, en el entendido de que están vinculados a la existencia, ejecución, terminación e incluso liquidación del contrato estatal, siempre que la correspondiente cláusula compromisoria aluda a esas vicisitudes del negocio jurídico.

Así, a manera de ejemplo, cabe citar el laudo proferido el 7 de noviembre de 2019, por el Tribunal arbitral constituido para dirimir las controversias suscitadas entre SEVICOL y la UNP, que conoció de pretensiones subsidiarias en las cuales el convocante buscaba la aplicación del enriquecimiento sin causa. En el mismo, a pesar de que la parte convocada alegó la ausencia de competencia, el Tribunal consideró, con fundamento en la separabilidad del pacto arbitral, que la intención común de las partes fue someter la integridad de su controversia a la jurisdicción arbitral.

4. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

El litigio relativo a la responsabilidad del Estado prestador de servicios de salud es de naturaleza extracontractual, conforme lo ha definido el Consejo de Estado con fundamento en que el mismo se presta en cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales; es claramente pasible de arbitraje de conformidad con lo explicado precedentemente, en cuyo caso será necesario el perfeccionamiento del correspondiente compromiso.

Sobre los daños que pueden determinar la responsabilidad médica del Estado, que motivan litigios que versan sobre asuntos de libre disposición, cabe resaltar, a manera de ejemplo, los siguientes: i) la pérdida de la oportunidad de recuperar la salud, de sanar o de vivir, que se presenta cuando

la entidad demandada priva al demandante de la oportunidad de recobrar su salud o frustra su chance de sobrevivencia¹¹¹; ii) la lesión del derecho a ser informado, el cual se presenta cuando el médico omite el deber legal de comunicar al paciente los riesgos previsible del tratamiento a practicar¹¹²; iii) la lesión del derecho a la autodeterminación reproductiva, la cual se produce cuando el demandado interviene, ilegítimamente, en la decisión positiva o negativa respecto de la procreación, a través de cualquier conducta activa u omisiva que impida su pleno ejercicio¹¹³; iv) la lesión del derecho a una atención oportuna, el cual se presenta cuando los servicios de salud se prestan de forma tardía o ineficiente con vulneración de la garantía constitucional del derecho a la salud¹¹⁴; v) la lesión del derecho a un procedimiento seguro, el cual comprende generalmente el incumplimiento de las obligaciones de seguridad, vigilancia y protección del paciente¹¹⁵.

5. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

En materia de responsabilidad internacional del Estado, los actuales avances se sustentan en que, según el artículo 1.º de la Resolución 56/83 de 2001, proferida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Estado debe responder por el daño proveniente de un hecho o acto internacionalmente ilícito en que hubiere incurrido. Así, se ha considerado que este régimen de responsabilidad es “objetiva y se configura por la violación de una obligación internacional atribuida al Estado sin que sea relevante la falta

111 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000, expediente 11878.

112 Al efecto, cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 26 de octubre de 2018, expediente 41144.

113 Al efecto, cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2016, Rad. 41262.

114 Al efecto, cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 2 de mayo de 2018, Rad. 40958.

115 Al efecto, cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de julio de 2009, expediente 16451.

(dolo o culpa) del sujeto infractor o la comisión de un daño material al sujeto lesionado”¹¹⁶.

Sobre el derecho internacional de las inversiones y el arbitraje de inversión, la doctrina ha manifestado que se caracteriza por un doble nivel de obligaciones, pues las mismas pueden emanar del contrato de inversión celebrado entre el inversionista y el Estado, o del tratado de inversión del cual son partes el Estado anfitrión y el Estado de nacionalidad del inversionista¹¹⁷. Sin embargo, se aclara que el arbitraje de inversión concierne principalmente a la responsabilidad del Estado en derecho internacional público¹¹⁸, lo que implica la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, por lo que “los principios consagrados en los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos son aplicados por analogía a la relación entre el inversionista y el Estado anfitrión”¹¹⁹.

Así las cosas, en lo que interesa a este escrito, es necesario tener en cuenta que la responsabilidad del Estado por violación del tratado de protección de las inversiones es una materia propia de la responsabilidad extracontractual del Estado cuando entre los sujetos del litigio no existe un vínculo contractual fuente de obligaciones incumplidas.

Esto se evidencia en que, dentro del contexto de los tratados de protección a las inversiones, el Estado se obliga a brindar un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros, el cual se puede incumplir, por ejemplo, cuando no proporciona la seguridad física necesaria, según los términos del tratado; o cuando, como sucedió en el caso de Chevron y

116 Angelina Guillermina Meza, “La responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: la atribución de un comportamiento al Estado y el rol de la Corte Internacional de Justicia”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, año IV, n.º 5, 2010, p. 63.

117 Ramiro Saavedra Becerra, *De la responsabilidad patrimonial del Estado*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2018, p. 1776.

118 *Ibíd.*, p. 1777.

119 Alejandro Linares Cantillo, *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. La tensión con el derecho interno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 76.

Texaco contra Ecuador, “se produce una decisión arbitraria que causa un perjuicio a un inversionista y se agotan los recursos internos”¹²⁰.

Estas materias que son aceptadas como arbitrables ratifican lo expuesto sobre la procedencia del arbitraje para juzgar litigios propios de la responsabilidad extracontractual del Estado.

La competencia *ratione materiae* de los mismos, cuando se trata de asuntos conducidos bajo la Convención CIADI, según su artículo 25, “se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”, lo que, como se vio en líneas anteriores, implica la posibilidad de conocer asuntos relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado.

D. SE HAN PROFERIDO LAUDOS QUE ABORDAN TEMAS EXTRA CONTRACTUALES

Existen laudos proferidos por árbitros que dirimen litigios relacionados con la ejecución de prestaciones sin el amparo del contrato estatal, tales como las que se ejecutan antes de que el contrato esté perfeccionado, las que se ejecutan sin estar comprendidas en el objeto del contrato y las que se ejecutan con posterioridad a la terminación del correspondiente contrato, entre otras.

Así, por ejemplo, en un laudo del 11 de marzo de 2016, el Tribunal constituido para resolver el litigio suscitado entre el Consorcio Castell Pórticos y el Distrito Capital¹²¹ asumió competencia para decidir sobre las pretensiones de la parte convocante, entre las cuales se encontraba una vinculada al reconocimiento de unas obras extras.

120 Juan Pablo Cárdenas Mejía, *Módulo de arbitraje nacional e internacional*, Bogotá, Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 2019, p. 242. Para sustentar el ejemplo que se trajo a colación, el mencionado autor cita el laudo del 30 de agosto de 2018 proferido en el caso de Chevron y Texaco contra Ecuador, disponible en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9934.pdf>, consultada el 7 de febrero de 2019.

121 Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre el Consorcio Castell Pórticos y el Distrito Capital, Secretaría Distrital de Salud y Fondo Financiero Distrital de Salud, “Laudo Arbitral del 11 de marzo de 2016”.

En laudo proferido el 10 de octubre de 2016^[122], el Tribunal constituido para resolver el litigio suscitado entre Terrazas VII y Aguas de Bogotá S.A., al pronunciarse sobre su competencia cuestionada con fundamento en que los árbitros no podían pronunciarse sobre la ejecución de prestaciones que se habían producido cuando el contrato había terminado, explicó:

La facultad jurisdiccional es única y no puede haber un juez competente para acceder a las pretensiones y otro para negarlas. El juez acordado por las partes en el contrato es competente para resolver las pretensiones por la vía positiva o por la negativa.

En laudo del 7 de diciembre de 2016^[123], el Tribunal constituido para resolver el litigio suscitado entre Recaudo Bogotá y Transmilenio S.A. se pronunció sobre una pretensión consistente en el reconocimiento de obras no contempladas en el clausulado del contrato. Frente a ello, a pesar de que la parte convocada alegó la incompetencia del Tribunal para conocer de reclamos extracontractuales, el Tribunal se consideró competente en razón a que eran controversias de carácter disponible, que se relacionaban con el contrato objeto del litigio.

Así también, en laudo del 23 de abril de 2018^[124], el Tribunal constituido para resolver el litigio suscitado entre la Unión Temporal Redes de Santander y FINDETER consideró que era plenamente competente para resolver las pretensiones de la parte convocante que se fundamentaron en el enriquecimiento sin justa causa de la entidad convocada.

Estas controversias se han sometido a tribunales de arbitraje en el entendido de que comprenden pretensiones relacionadas con la celebración, ejecución, terminación o liquidación del contrato, a cuyo efecto

122 Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre Terrazas VII y Aguas de Bogotá S.A., “Laudo Arbitral del 10 de octubre de 2016”.

123 Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre Recaudo Bogotá y Transmilenio S.A., “Laudo Arbitral del 7 de diciembre de 2016”. En idéntico sentido cfr. Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre INTEK y la ETB, “Laudo Arbitral del 4 de julio de 2017”.

124 Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre la Unión Temporal Redes de Santander y FINDETER, “Laudo Arbitral del 23 de abril de 2018”.

generalmente se afirma que lo ejecutado formaba parte del contrato, ya porque la existencia del contrato fue previa a su ejecución, porque se celebró un modificatorio o contrato adicional que las comprendió o porque el contrato fue prorrogado y bajo el amparo de su extensión se produjo la ejecución de las prestaciones por cuyo cobro se acudió al arbitraje.

Se destaca también el precitado laudo del 8 de noviembre de 2018^[125], que dirimió pretensiones relacionadas con la ejecución de prestaciones postcontractuales, con fundamento en que las partes incluyeron este litigio mediante su compromiso, en el cual se dijo sobre la arbitrabilidad de estas temáticas que:

Los asuntos materia de controversia son todos de libre disposición y no están prohibidos por la ley, de manera que se da el presupuesto constitucional de habilitación de los árbitros para pronunciarse sobre el objeto de la controversia, desplazando a la justicia ordinaria.

Además, del mismo laudo resalto la siguiente afirmación indicativa de que nuestro ordenamiento admite el arbitraje extracontractual:

Pero, adicionalmente, el Tribunal considera necesario precisar que son también arbitrables las controversias de carácter extracontractual siempre y cuando exista un compromiso previo de las partes que habilite a los árbitros para hacerlo, como en efecto ocurrió en este caso. Por esa razón, no se comparte el concepto del Ministerio Público según el cual solamente es arbitrable una controversia de carácter contractual, pues precisamente bajo la figura del compromiso resulta perfectamente posible que las partes involucradas en un conflicto de naturaleza extracontractual o incluso, cuya naturaleza está en disputa, pueden deferir a árbitros, la facultad de resolverlo, en tanto y en cuanto el mismo sea de libre disposición y su decisión por los árbitros no esté prohibida por la ley.

125 Proferido por el Tribunal arbitral constituido para dirimir las controversias suscitadas entre SEVICOL y la UNP.

Cabe mencionar también el laudo proferido el 31 de agosto de 2016^[126] para dirimir el litigio suscitado entre la Contraloría General de la República y el contratista Proyectos y Desarrollos, pues se condenó a la entidad a reparar los perjuicios que, a juicio de los árbitros, padeció este último con la nulidad absoluta de una parte del correspondiente contrato estatal. Así, al pronunciarse sobre su competencia, el Tribunal consideró que el pacto arbitral comprendió esta materia de manera general al aludir a las controversias relacionadas con el contrato, y, de manera especial, al incluir lo vinculado a la validez del contrato explicó que:

... el querer de los suscriptores del compromiso residió en que bastaba con que el contrato apareciera como un punto de referencia o, si se quiere, como un antecedente de la pretensión para que el Tribunal pudiese asumir competencia a su respecto. Por eso, al hallarse dentro del tema *decidendum* la nulidad total o parcial del contrato 233, también venía a ser dable promover la acción resarcitoria de perjuicios que de la impetrada declaratoria se pudiera derivar.

Las precitadas providencias abordaron diferencias que si bien no son propias de la responsabilidad contractual, están relacionadas con la ejecución de un contrato estatal, lo cual podría conducir a creer que no se trata de un típico litigio de responsabilidad extracontractual, como quiera que este se caracteriza por la ausencia de un vínculo jurídico entre las partes. Sin embargo, de las consideraciones contenidas en los referidos laudos se desprende que para los árbitros la responsabilidad extracontractual es claramente arbitrable, siempre que exista un pacto arbitral que comprenda las diferencias que escapan al análisis de la típica controversia contractual.

También cabe precisar que existen laudos arbitrales en los que el respectivo Tribunal se pronuncia sobre pretensiones dirigidas a obtener la reparación de perjuicios causados con ocasión del incumplimiento de típicos

126 Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre la Contraloría General de la República y el contratista Proyectos y Desarrollos, “Laudo arbitral del 31 de agosto de 2016”.

deberes precontractuales, como los de planeación¹²⁷ o de información¹²⁸, los cuales están relacionados con eventos propios de la responsabilidad precontractual del Estado.

Así, en laudo proferido el 21 de noviembre de 2016^[129], el Tribunal constituido para resolver el litigio entre Jan de Nul Sucursal Colombia, en liquidación, y Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena (CORMAGDALENA), los árbitros se pronunciaron sobre un litigio suscitado, entre otros, por el incumplimiento del deber precontractual de planeación de la entidad contratante. En la providencia los árbitros asumieron competencia con fundamento en que “las pretensiones contenidas en la demanda [eran] todas de contenido particular, naturaleza patrimonial y económica, y susceptibles de transacción y de libre disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de pacto arbitral”. Este tipo de litigios, que han sido calificados como de carácter precontractual¹³⁰, fueron asumidos en este caso con sustento en que

127 Entre otros cfr. i) Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre el Consorcio de Autopistas Bogotá Girardot y la ANI, “Laudo Arbitral del 13 de enero de 2016”; ii) Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre ESENSA y el Hospital el Tunal, “Laudo Arbitral del 25 de febrero de 2016”; iii) Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre el Consorcio Kumbre y el FONADE, “Laudo Arbitral del 9 de agosto de 2017”; iv) Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre Kima Construcciones y FINDETER, “Laudo Arbitral del 8 de mayo de 2018”.

128 Entre otros: i) Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre el Banco de la República y Obras & Montajes SAS, “Laudo Arbitral del 30 de noviembre de 2017”.

129 Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre Jan de Nul Sucursal Colombia, en liquidación, y Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena (CORMAGDALENA), “Laudo Arbitral del 21 de noviembre de 2016”.

130 Para ello cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de junio de 2014, radicado n.º 05001-23-25-000-1994-02027-01 (21.324), C. P.: Enrique Gil Botero, citada por el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre Sociedad Operadora de Aeropuertos de Centro Norte S.A. (Airplan S.A.) y Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y Establecimiento Público Aeropuerto Olaya Herrera (AOH), “Laudo Arbitral del 10 de julio de 2017”.

... indistintamente de la posición que se adopte sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual, existe un acuerdo generalizado en que la buena fe es una norma de conducta que debe tenerse en cuenta en la fase de formación del contrato 173, con el fin de que las partes de una negociación no vean afectados sus intereses por el comportamiento desleal de la otra que defrauda su confianza.

De igual manera, en laudo proferido el 24 de agosto de 2016 el Tribunal constituido para dirimir las controversias suscitadas entre la Empresa de Telecomunicaciones de la Orinoquía y el FONTIC se pronunció sobre las pretensiones fundamentadas en la violación de los deberes precontractuales de planeación e información, como también lo hizo el laudo del 25 de noviembre de 2016 proferido por el Tribunal constituido para dirimir las controversias suscitadas entre la ANI y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca.

Se advierte así que son numerosos los laudos que, como los señalados, se pronunciaron sobre la inobservancia del deber de planeación durante la etapa precontractual y abordaron el estudio de la responsabilidad precontractual del Estado, en el entendido de que esta era una materia claramente arbitrable.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Cabe concluir la procedencia del arbitraje para la resolución de los litigios extracontractuales del Estado con fundamento en la interpretación y aplicación de las diversas normas que regulan el arbitraje, la administración de justicia, los otros mecanismos alternos de solución del litigios y la contratación estatal.

Si bien subsisten graves limitaciones para entender arbitrable esta materia, cuando el litigio comprende el juicio de legalidad de un acto administrativo que se afirme causante del daño, hay pronunciamientos de las Cortes que parecen admitir el uso del arbitraje siempre que los actos no estén vinculados con el ejercicio de las facultades excepcionales previstas en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993. Por esta razón, y en garantía de la seguridad jurídica, es recomendable una reforma legal contundente y expresa que incorpore sin límites esta materia.

Las entidades, muchas veces renuentes frente al arbitraje, deben reconocer en este mecanismo una vía expedita y eficiente para la decisión de todas sus controversias, contractuales o no, en el entendido de que son también titulares del derecho de acción que pueden y deben ejercer para salvaguardar el patrimonio público, en aplicación de lo previsto, entre otras disposiciones, en el artículo 140 del CPACA¹³¹ y en la reciente Ley 2105 de 2022 que dispuso de manera impositiva lo siguiente:

La entidad pública lesionada deberá interponer el medio de control de reparación directa, dentro del término legal previsto, sin necesidad de agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial y solicitar las medidas cautelares pertinentes para garantizar la reparación del daño causado¹³².

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Aguilar Andrade, Juan Pablo, “Derecho administrativo y transigibilidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 6, 2014.

Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *Módulo de arbitraje nacional e internacional*, Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, Bogotá, 2019

Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Funze, “Arbitraje: Naturaleza y Definición”, *Derecho PUCP*, 59, 2006.

Chirinos Portillo, Loiralith Margarita, “El arbitraje como medio alterno de resolución de conflictos en la administración pública”, *Estudios de derecho*, vol. 67, n.º 150, 2010.

131 Cabe tener en cuenta que el inciso tercero de esta norma establece como un mandato que “Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública”.

132 Artículo 59, inciso 2.

- Cordero Álvarez, Clara Isabel, “Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de derechos de la personalidad”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 6, 2013.
- Cruz Ospina, Felipe, *La implementación del arbitraje en la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 2021.
- Díaz Candia, Hernando, “La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos: Hacia el arbitraje contencioso-administrativo”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. 2, n.º 3, 2009.
- Esplugues Barona, Carla, “Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos: ¿evolución o revolución?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 2, 2019.
- Expósito Vélez, Juan Carlos, “La responsabilidad precontractual en la actuación contractual del Estado”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 27, 2022.
- Granado Hijelmo, Ignacio, “El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 39, 2005.
- Hernández Silva, Aida Patricia, “Contratación y enriquecimiento sin justa causa”, Alberto Montaña Plata, Jorge Iván Rincón Córdoba (eds.), *Contratos públicos: problemas, perspectivas y prospectivas*, XVIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Ibagón Ibagón, Mónica Liliana, *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Isaza Zuluaga, Carolina, *El arbitraje opcional para los conflictos jurídicos estado-individuo: propuesta alternativa de igualdad y neutralidad judicial en la administración de justicia en lo contencioso administrativo*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2013.
- Linares Cantillo, Alejandro, *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. La tensión con el derecho interno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Meza, Angelina Guillermina, “La responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos: la atribución de un comportamiento al estado y el rol de la Corte Internacional de Justicia”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, año IV, n.º 5, 2010.

Moreno Millán, Franklin, “Arbitraje de derecho administrativo y fuerza vinculante del precedente constitucional en Colombia”, *Revista de Derecho*, n.º 53, 2020.

Naizir Sistac, Juan Carlos, “Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho?”, *Revista Universitas*, n.º 139, 2019.

Peláez Gutiérrez, Verónica, *La conciliación en el derecho administrativo colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Rodríguez Mejía, Marcela, *Medidas cautelares en el proceso arbitral*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Saavedra Becerra, Ramiro, *De la responsabilidad patrimonial del Estado*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2018.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia C-294 del 6 de julio de 1995.

Sentencia C-242 del 20 de mayo de 1997.

Sentencia C-163 del 17 de marzo de 1999.

Sentencia C-330 del 22 de marzo de 2000.

Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000.

Sentencia C-466 del 29 de octubre de 2000.

Sentencia C-060 del 24 de enero de 2001.

Sentencia C-098 del 31 de enero de 2001.

Sentencia C-186 del 16 de marzo 2011.

CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA

Sentencia del 10 de septiembre de 1992, expediente 6822.

Sentencia del 29 de enero de 1998, expediente 11099.

Sentencia del 12 de abril de 1999, expediente 11344.

Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente 12849.

Sentencia del 16 de septiembre de 1999, expediente 10922.

Sentencia del 10 de febrero de 2000, expediente 11878.

Sentencia del 23 de febrero de 2000, expediente 16394.

Sentencia del 23 de febrero de 2000, expediente 16395.

Sentencia del 8 de junio de 2000, expediente 16973.

Sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 10963.

Sentencia del 30 de noviembre de 2000, expediente 11848.

Sentencia del 23 de agosto de 2001, expediente 190190.

Sentencia del 4 de julio de 2002, expediente 21217.

Sentencia del 4 de julio de 2002, expediente 22195.

Sentencia del 4 de julio de 2002, expediente 19333.

Auto del 18 de julio de 2002, expediente 22178.

Sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente 13792.

Sentencia del 9 de octubre de 2003, expediente 16718.

Sentencia del 11 de marzo de 2004, expediente 25021.

Sentencia del 14 de abril de 2005, expediente 25489.

Sentencia del 7 de junio de 2007, expediente 14669.

Sentencia del 10 de junio de 2009, expediente 36252.

Sentencia del 8 de julio de 2009, expediente 16451.

Subsección C, sentencia del 24 de enero de 2011, expediente 15940.

Subsección A, sentencia del 12 de mayo de 2011, expediente 26758.

Sala Plena, sentencia del abril 19 de 2012, expediente 21515.

Sala Plena, sentencia del 19 de noviembre de 2012, expediente 24897.

Subsección C, sentencia del 6 de junio de 2013, expediente 45922.

Subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014, expediente 27489.

Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2016, expediente 37637.

Subsección B, sentencia del 5 de diciembre de 2016, expediente 41262.

Sala Plena, sentencia del 20 de junio de 2017, expediente 18860.

Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2017, expediente 37649.

Subsección C, sentencia del 5 de marzo de 2018, expediente 34091.

Subsección C, sentencia del 2 de mayo de 2018, expediente 40958.

Subsección C, sentencia del 26 de octubre de 2018, expediente 41144.

Subsección A, sentencia del 27 de agosto de 2020, expediente 65882.

Subsección A, sentencia del 5 de marzo de 2021, expediente 52997.

Subsección B, sentencia del 26 de julio de 2021, expediente 63256.

LAUDOS ARBITRALES

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre el Consorcio de Autopistas Bogotá Girardot y la ANI, Laudo Arbitral del 13 de enero de 2016.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre ESENSA y el Hospital el Tunal, Laudo Arbitral del 25 de febrero de 2016.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre el Consorcio Castell Pórticos y el Distrito Capital, Secretaría Distrital de Salud y Fondo Financiero Distrital de Salud, Laudo Arbitral del 11 de marzo de 2016.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre DEVINAR y la ANI, Laudo Arbitral del 25 de abril de 2016.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre la Empresa de Telecomunicaciones de la Orinoquía S.A. E.S.P y el Fondo de Tecnologías de la Información, Laudo Arbitral del 24 de agosto de 2016.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre la Contraloría General de la República y el contratista Proyectos y Desarrollos, Laudo arbitral del 31 de agosto de 2016.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre Terrazas VII y Aguas de Bogotá S.A., Laudo Arbitral del 10 de octubre de 2016.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre Jan De Nul Sucursal Colombia, en liquidación, y Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena (CORMAGDALENA), Laudo Arbitral del 21 de noviembre de 2016.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre la ANI y la Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca, Laudo Arbitral del 25 de noviembre de 2016.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre Recaudo Bogotá y Transmilenio S.A., Laudo Arbitral del 7 de diciembre de 2016.

Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias entre INTEK y la ETB, Laudo Arbitral del 4 de julio de 2017.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre Sociedad Operadora de Aeropuertos de Centro Norte S.A. (Airplan S.A.) y Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y Establecimiento Público Aeropuerto Olaya Herrera (AOH), Laudo Arbitral del 10 de julio de 2017.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre el Consorcio Kumbre y el FONADE, Laudo Arbitral del 9 de agosto de 2017.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre el Banco de la República y Obras & Montajes SAS, Laudo Arbitral del 30 de noviembre de 2017.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre la Unión Temporal Redes de Santander y FINDETER, Laudo Arbitral del 23 de abril de 2018.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre Kima Construcciones y FINDETER, Laudo Arbitral del 8 de mayo de 2018.

Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias entre Sevicol Ltda. y la Unidad Nacional de Protección (UNP), Laudo Arbitral del 15 de noviembre de 2019.

Hablar de los horizontes del contencioso administrativo implica tomar distancia y ajustar la visión. Se trata de superar el estudio tradicionalmente limitado a los asuntos de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para, en su lugar, dibujar un panorama más realista y, sobre todo, más completo.

El *tomo primero* de esta obra se dedica al estudio del *contencioso administrativo no jurisdiccional*, con una doble perspectiva: tanto el estudio de las funciones administrativas de resolución de litigios como de los mecanismos alternativos, en especial la conciliación y la mediación en materia administrativa.

El *tomo segundo* se ocupa del *contencioso administrativo jurisdiccional*. Pero incluso allí hay nuevos horizontes: el *volumen 1* aborda el contencioso administrativo jurisdiccional por fuera de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mientras que el *volumen 2* se dedica al contencioso administrativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Allí también se va más allá para profundizar y abordar aspectos tradicionalmente no estudiados por la doctrina.

Horizontes del contencioso administrativo es una obra innovadora, coherente, seria y profunda.

