

Relatoría

Título del evento	Los retos de la justicia arbitral en Colombia: la defensa de los intereses del Estado colombiano
Fecha del evento	4 de noviembre de 2025.
Moderadora	Floralba Padrón Pardo.
Ponente:	
Aida Patricia Hernández Silva, abogada de la Universidad Externado de Colombia, investigadora y profesora ordinaria de la misma Universidad, Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín, Armenia y Manizales.	
Temas abordados en las presentaciones y en la discusión:	
<p>En esta sesión, la Cátedra Carlos Restrepo Piedrahita dio la bienvenida a la Dra. Aída Patricia Hernández Silva. Su amplia experiencia práctica incluye su labor como árbitro en los centros de arbitraje y conciliación de varias cámaras de comercio del país, lo que le otorga una visión experta sobre el arbitraje con participación estatal.</p> <p>Esta cátedra se articula con el hilo conductor del semestre, enfocado en la administración de justicia y la organización del poder judicial.</p> <p>La justificación constitucional del arbitraje se encuentra en el artículo 116 de la Constitución Política, que faculta a los particulares para ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia. Esta investidura se materializa a través de los conciliadores y, principalmente, de los árbitros, quienes profieren fallos en derecho o en equidad.</p> <p>El objetivo de la sesión fue analizar los desafíos de la justicia arbitral y determinar cómo se defienden —y cómo les va— los intereses del Estado en esta particular forma de administración de justicia.</p> <p>Fundamentos legales del arbitraje con el Estado</p> <p>El arbitraje se fundamenta en el artículo 116 de la Constitución Política, que faculta a los particulares para ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos que establece la Ley 1563 de 2012 (Estatuto Arbitral). Esta ley definió el mecanismo arbitral y estableció una regulación diferenciada para los procesos en los que intervienen entidades públicas.</p> <p>Este régimen especial dispone que, siempre que las controversias surjan por causa o con ocasión de contratos estatales, los árbitros están expresamente autorizados para juzgar las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales. En estos casos, el laudo arbitral debe proferirse siempre en derecho.</p> <p>El arbitraje con entidades públicas exige el cumplimiento riguroso de las normas del proceso contencioso administrativo, especialmente las previstas en la Ley 1437 de 2011 (CPACA). Entre los aspectos críticos se destacan el estricto término de caducidad de la acción, fijado en dos años, y la regulación especial de la legitimación en la causa, que reconoce capacidad procesal a figuras sin personería jurídica, como las uniones temporales y los consorcios.</p>	

Finalmente, se resalta la intervención obligatoria de la Procuraduría General de la Nación, en representación del Ministerio Público, y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, así como la remisión al CPACA para regular el régimen de impedimentos, recusaciones, medidas cautelares y el trámite de los recursos de anulación y revisión extraordinaria contra los laudos arbitrales.

Primera controversia: La naturaleza de los contratos de fiduciarias que administran fondos públicos.

La Dra. Aída Patricia Hernández Silva identificó una controversia aún sin respuesta unificada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, relacionada con la naturaleza de los contratos celebrados por entidades de derecho privado que administran recursos públicos. El problema se presenta cuando fiduciarias privadas gestionan patrimonios autónomos constituidos con fondos estatales destinados a fines públicos — como la construcción de infraestructura— y celebran contratos con particulares.

El incumplimiento en estos casos plantea una cuestión relevante, pues, aunque la doctrina tradicional define el contrato estatal como aquel celebrado por una entidad pública, en estos escenarios tanto la fiduciaria como el contratista son particulares, y el contrato no se somete a los procedimientos de licitación pública previstos en la Ley 80 de 1993.

Al respecto, coexisten dos posturas. La tesis mayoritaria en la doctrina sostiene que una fiduciaria privada no es una entidad pública ni ejerce funciones administrativas, por lo que el arbitraje entre privados no debería regirse por las disposiciones especiales aplicables a las entidades públicas. Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha emitido providencias en 2021 y 2022 que acogen una tesis contraria: cuando personas de derecho privado administran dineros del Estado con fines públicos, el proceso arbitral debe regirse por las normas propias del arbitraje de entidades públicas.

En conclusión, este vacío interpretativo ha generado posiciones opuestas y constituye uno de los temas más complejos del arbitraje contemporáneo, cuya resolución definitiva dependerá de un proceso de unificación jurisprudencial.

Segunda controversia: La competencia arbitral para juzgar actos administrativos.

Esta polémica tiene raíces históricas. Antes de la Ley 80 de 1993, disposiciones como la Ley 222 de 1983 prohibían expresamente pactar cláusula compromisoria cuando el contrato fuese susceptible del ejercicio de prerrogativas excepcionales del Estado. Dicho pacto se consideraba nulo por objeto ilícito.

Con la entrada en vigor de la Ley 80 de 1993, su artículo 70 eliminó esta restricción y permitió la inclusión de la cláusula compromisoria en los contratos estatales. No obstante, a partir de los años 2000, el Consejo de Estado comenzó a modular su jurisprudencia, y la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-1436 de 2000, declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 70 y 71 de dicha ley.

La condición establecida por la Corte fue que los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en ejercicio de sus poderes excepcionales, tales como la interpretación, modificación o terminación unilateral, la caducidad, entre otros. La Corte argumentó que el ejercicio de potestades legales del Estado constituye una materia no transigible y que la jurisdicción de lo contencioso administrativo posee una competencia exclusiva y excluyente para suspender provisionalmente los actos administrativos.

Posteriormente, la jurisprudencia del Consejo de Estado evolucionó. En un inicio, ante la falta de una causal específica de anulación, la Sección Tercera utilizó la causal de incongruencia para anular laudos que se pronunciaron sobre actos administrativos. Ejemplo de ello son las sentencias del 23 de agosto de 2001 y del 27 de junio de 2002, en las cuales se sostuvo que ningún acto administrativo podía ser objeto de examen arbitral.

Sin embargo, un punto de inflexión se produjo con la sentencia 19333 de 2002, en la que el Consejo de Estado precisó que las manifestaciones contenidas en actos de liquidación unilateral, que no fueran estrictamente administrativas, sí podían ser objeto de control arbitral.

Esta tesis se consolidó con decisiones posteriores, especialmente en sentencias de 2008 y 2009, donde se delimitó que solo los actos administrativos proferidos en ejercicio de las facultades excepcionales —previstas en los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993— estaban fuera de la competencia arbitral, manteniendo a salvo la posibilidad de que los árbitros conocieran de otros actos contractuales.

Impacto de las Ley 1563 de 2012 y la Sentencia de Unificación de 2024

La Ley 1563 de 2012 intentó zanjar la discusión al facultar expresamente a los árbitros para juzgar las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales. Esto llevó a que, hasta marzo de 2024, los tribunales de arbitraje conocieran litigios en los que se analizaban dichos aspectos económicos.

No obstante, el 14 de marzo de 2024, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió una sentencia de unificación que modificó sustancialmente el panorama. En esta decisión, el Consejo de Estado concluyó que el estudio de la legalidad de un acto de modificación unilateral es inescindible de sus aspectos económicos, por lo que resulta imposible pronunciarse sobre estos últimos sin abordar la legalidad del acto. En consecuencia, el Tribunal consideró procedente anular un laudo arbitral que examine los aspectos económicos de un acto administrativo contractual que materialice el ejercicio de prerrogativas del Estado.

Esta decisión generó salvedades de voto relevantes por parte de algunos magistrados disidentes. En primer lugar, argumentaron que no existe una prohibición legal expresa que impida a un tribunal de arbitraje pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales proferidos en ejercicio de facultades excepcionales. En segundo lugar, señalaron que la regla de unificación podría implicar que, en la práctica, una entidad estatal al expedir un acto administrativo contractual excepcional, derogue unilateralmente el pacto arbitral, contrariando los principios de conservación e interpretación de los contratos estatales. Finalmente, los magistrados que salvaron su voto advirtieron que no existe cosa juzgada constitucional, pues la Sentencia C-1436 de 2000 se fundamentó en normas que ya fueron derogadas.

Actualmente, la comunidad arbitral se mantiene a la expectativa del pronunciamiento de la Corte Constitucional frente a la acción de tutela interpuesta contra la sentencia de unificación.

Tercera controversia: Desarrollos jurisprudenciales en el recurso de anulación y tutela

La Dra. Aída Patricia Hernández Silva abordó los desarrollos recientes del recurso de anulación en el Consejo de Estado. Señaló que la vigencia del precedente de unificación de marzo de 2024 condicionará la prosperidad de este recurso en los casos relacionados con la legalidad de los actos administrativos.

Asimismo, destacó una interpretación extensiva por parte del Consejo de Estado de la causal de laudo en conciencia. Si bien, en sentido clásico, esta causal se refiere a la emisión de un laudo apartándose del derecho aplicable, el Consejo de Estado la ha utilizado para anular laudos cuando discrepa de la interpretación jurídica adoptada por el tribunal arbitral, asumiendo en la práctica el rol de un juez de segunda instancia.

La conferencista también identificó una práctica que afecta la seguridad y celeridad del arbitraje: el uso excesivo de la acción de tutela contra autos de trámite, y no únicamente contra los autos ejecutoriados. Según la Dra. Hernández Silva, esta práctica dilata los procesos y convierte decisiones meramente procesales en una especie de segunda instancia, lo que contradice una de las principales ventajas del arbitraje: su celeridad y definitividad.

Cuarta controversia: La crisis del arbitraje estatal y sus causas

El arbitraje atraviesa actualmente un momento de crisis, evidenciado en la reducción de los litigios sometidos a este mecanismo. Esta disminución se atribuye a diversos factores, entre los cuales destacan:

- La controversia sobre la competencia arbitral para juzgar actos administrativos contractuales, lo que ha generado incertidumbre y desincentiva la elección del arbitraje.
- Las demoras en la etapa inicial del proceso arbitral, que pueden extenderse entre uno y dos años debido a trámites de notificación, demandas de reconvenición y solicitudes de suspensión presentadas por entidades públicas para gestionar la disponibilidad de recursos.
- La terminación anticipada de los procesos, principalmente por el no pago de honorarios y gastos arbitrales, o por la celebración de acuerdos extraprocesales entre las partes.

Preguntas formuladas por la moderadora y el público:

- ¿Cuál considera usted que debería ser la postura de la Corte Constitucional para estar en consonancia con la nueva forma de entender el arbitraje?
- ¿Por qué debe existir un tratamiento diferenciado cuando el sujeto es el Estado?
- ¿Qué opinión le merece la afirmación de que al Estado le va peor en los tribunales de arbitramento que en el Consejo de Estado?
- En relación con los patrimonios autónomos, ¿cuál sería la metodología más adecuada para determinar quién está legitimado por pasiva en los casos que involucran uniones temporales o patrimonios autónomos, con el fin de identificar quién fue efectivamente el afectado?
- ¿Por qué el Consejo de Estado mantiene tantas reservas respecto del alcance de las competencias de los tribunales arbitrales, especialmente frente al ejercicio de las facultades excepcionales, cuando tanto la Ley 1563 de 2012 como el artículo 116 de la Constitución los facultan expresamente?

- ¿Cómo debería resolverse el conflicto de competencias entre la jurisdicción contencioso-administrativa y los tribunales de arbitramento?

Conclusiones del evento:

- La controversia sobre la naturaleza de los contratos celebrados por entidades de derecho privado que administran fondos públicos con fines estatales se evidencia en la coexistencia de tesis doctrinales y jurisprudenciales opuestas. Esta situación exige una unificación jurisprudencial que determine con claridad el régimen arbitral aplicable.
- El futuro del arbitraje estatal dependerá de cómo la Corte Constitucional resuelva la tensión entre la Ley 1563 de 2012, que faculta a los árbitros para juzgar los efectos económicos de los actos administrativos, y la postura del Consejo de Estado adoptada en 2024, según la cual la legalidad y los aspectos económicos de dichos actos son inescindibles.
- La principal ventaja del arbitraje, su celeridad, se encuentra comprometida por las demoras de uno a dos años en la etapa inicial del proceso. Esta dilación se agrava por la interposición reiterada de acciones de tutela contra autos de trámite, práctica que desvirtúa la naturaleza del mecanismo y evidencia la necesidad urgente de revisar los tiempos procesales.

Monitora a cargo de la relatoría:

María Alejandra Martínez Roa.