

*El arbitraje
en los contratos
concluidos por
la administración*
*Estudio de derecho comparado
francés y colombiano*

Myriam Salcedo Castro



Colección Textos de Jurisprudencia



El arbitraje en los
contratos concluidos
por la administración
Estudio de derecho comparado
francés y colombiano

El arbitraje en los
contratos concluidos
por la administración
Estudio de derecho comparado
francés y colombiano

Myriam Salcedo Castro



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2006 Editorial Universidad del Rosario
© 2006 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
© 2006 Facultad de Jurisprudencia
© 2006 Myriam Salcedo Castro

ISBN: 958-8298-00-8

Primera edición: Bogotá, D.C., agosto de 2006
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Mauricio González G.
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Diseño de cubierta: Ángela Echavarría
Impresión: Servigraphic Ltda.
Editorial Universidad del Rosario
Calle 13 N.º 5-83 Tels.: 336 6582/83, 243 2380
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida
sin el permiso previo escrito de la
Editorial Universidad del Rosario.

SALCEDO CASTRO, Myriam
El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho
comparado francés y colombiano / Myriam Salcedo Castro. Facultad de Jurisprudencia.
-- Bogotá: Editorial Universidad
del Rosario, 2006.
262 p.
Incluye bibliografía.—(Colección Textos de Jurisprudencia)
ISBN: 958-8298-00-8

Arbitramento / Arbitramento internacional / Contratos / Arbitramento internacional –
Francia / Arbitramento internacional – Colombia / Derecho internacional / I. Título /
II. Serie.

341.522 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

Presentación	11
Prólogo	13
Introducción	15
Noción de justicia arbitral	16
Criterios para la determinación de la naturaleza administrativa de los contratos	18
En Francia	18
En Colombia	20
El arbitraje y las nociones vecinas	24
Resolución directa de controversias: la transacción	26
Modos de resolución de conflictos que implican la presencia de un tercero: la mediación y la conciliación ..	27
El peritaje y el arbitraje	32
Condiciones para la aplicación del arbitraje en materia de contratos concluidos por la administración en Francia y en Colombia	33
Primera parte	
Marco jurídico del arbitraje en los contratos concluidos por la administración	
Oposición de los fundamentos del arbitraje en los dos sistemas jurídicos	36
Una autorización <i>ratione materiae</i> de origen constitucional en Colombia	39
Alcance de la autorización constitucional	39
Límites constitucionales del arbitraje	45
Una prohibición <i>ratione personae</i> de origen legislativo en Francia	51
Prohibición de pactar el compromiso	52

¿Es posible que los comerciantes públicos estipulen la cláusula compromisoria?	57
Una posibilidad incierta, pero abierta por el nuevo artículo 2061 del Código Civil y por el decreto del 8 de mayo de 2002	59
Conclusión	63
Las normas que autorizan el arbitraje en Francia y en Colombia	66
El arbitraje en contratos públicos está regulado y autorizado por la ley en Colombia	70
El arbitraje como modo de resolución de conflictos de los contratos concluidos por la administración	72
El control jurisdiccional del laudo arbitral	77
El arbitraje está excepcionalmente autorizado por la ley en Francia	97
Excepciones a la competencia de los tribunales administrativos en primera instancia	97
El arbitraje en los <i>marchés publics</i>	105
Conclusión	116

Segunda parte

Límites jurisprudenciales del arbitraje en los contratos públicos

Principios generales del derecho de origen jurisprudencial	119
En Colombia	120
En Francia	127
Principios generales del derecho que delimitan la competencia de los árbitros en los litigios derivados de los contratos concluidos por la administración en Colombia	129
Límites objetivos de la competencia arbitral	130
Límites de la competencia arbitral señalados por medio de principios generales del derecho	140
Principios generales del derecho que prohíben el arbitraje a las personas públicas en Francia	154

Un principio que se extiende a todas las personas jurídicas de derecho público	154
Un principio restrictivo que se extiende, en ciertas circunstancias, a las personas privadas	158
Conclusión	161
La búsqueda de soluciones específicas	164
Análisis del estado actual de la cuestión en derecho interno y en derecho internacional en Colombia	165
En derecho interno	167
Alcance de la expresión de la Corte Constitucional analizada de acuerdo con la jurisprudencia administrativa	170
Un caso particular digno de análisis: las posibles contradicciones entre la jurisprudencia administrativa y constitucional	182
Alcance real de la competencia de los árbitros en los litigios contractuales de la administración	190
En derecho internacional privado	193
La zona prohibida en derecho interno se difumina en derecho internacional	204
El arbitraje internacional en Colombia	204
La especificidad de la aplicación del arbitraje en los contratos de la administración bajo la influencia del derecho internacional en Francia	226
Normas internacionales que derogan el principio de prohibición del arbitraje	229
Los efectos del control difieren de acuerdo con la jurisdicción competente	233
La interpretación de la jurisprudencia judicial	234
Conclusión	239
Bibliografía	246
En español	246
Libros	246
Coloquios	248

Artículos	248
Artículos de contribución en libros	249
Tesis doctorales	250
Tesis de pregrado	250
Jurisprudencia	251
Consejo de Estado	251
En francés	255
Libros	255
Mélanges	257
Coloquios	258
Artículos de revista	258
Jurisprudencia	261
Páginas WEB	262

Presentación¹

En Colombia se han planteado múltiples discusiones en torno a la posibilidad de resolver por medio de arbitraje los conflictos derivados de los contratos concluidos por la administración. Igualmente, su aplicación ha sacado a flote problemas hasta ahora desconocidos o ignorados en la contratación pública.

En efecto, en el panorama nacional, particularmente en foros políticos y académicos, se afirman y discuten entre otras las siguientes cuestiones: en Colombia “debe prohibirse el arbitraje en los contratos estatales puesto que en Francia está prohibido”; “ni el juez administrativo, ni el juez constitucional pueden imponer límites a las competencias arbitrales puesto que el legislador no lo hizo (...)”; la solución del litigio derivado de dichos contratos depende de la decisión de un juez privado, denominado “árbitro”, quien, ‘probablemente’, no defendería los intereses del Estado como un juez público; si se someten al arbitraje conflictos derivados de los contratos estatales, “las prerrogativas de la administración son sometidas al juego de la libre aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes”; el arbitraje está “causando elevadas condenas en contra de la Nación”; si existe una jurisdicción especializada, por qué acudir al arbitraje”; etc.

Estas afirmaciones, hechas en ocasiones a la ligera, nos llevan a interrogarnos y a analizar desde una óptica netamente jurídica, de un lado, si el arbitraje en materia de contratos concluidos por la administración es viable, con el fin de determinar cuáles son sus alcances y límites, y, por otro lado, cuáles serían sus condiciones de aplicación, teniendo en cuenta el derecho vigente en la materia.

En este trabajo se pretende, entonces, separar lo que ‘deseamos’ quienes apoyamos el arbitraje en los contratos concluidos por la administración y lo que “desean” quienes lo rechazan, para concentrarnos en el análisis de su estado actual. En consecuencia, pretendemos profundizar en el estudio de la arbitrabilidad de los litigios nacidos de los contratos de la administración y de sus límites,

¹ Los textos citados en francés son traducción libre de la autora.

sabiendo de antemano que la complejidad de los problemas surgidos de este trabajo no lo puede hacer exhaustivo.

Sabemos que el derecho administrativo colombiano ha seguido en su estructura y evolución al derecho administrativo francés. Es por ello, que consideramos particularmente interesante la comparación entre la situación del arbitraje en los contratos de la administración en Francia y en Colombia. Lo anterior, nos permitió estudiar la problemática y evolución de las respuestas dadas a los problemas surgidos de su aplicación en los dos ordenamientos jurídicos.

La obra de la profesora Salcedo es un estudio profundo que, sirviéndose de la metodología del derecho comparado, analiza de forma aguda y crítica los distintos problemas que se presentan en materia de arbitrajes de contratos estatales, tanto en Colombia como en Francia.

Este libro desarrolla de forma conjunta dos temas de gran actualidad: el arbitraje, como método alternativo de solución de controversias, y los contratos estatales, como uno de los principales mecanismos de intervención del Estado como agente en el mercado. El análisis demuestra, de manera contundente, que estas dos instituciones jurídicas están lejos de ser antagónicas y, por el contrario, resultan totalmente complementarias dentro del marco de intercambios económicos de la sociedad moderna.

