

EL CONCEPTO DE ENTIDAD PÚBLICA Y SU INCIDENCIA EN EL ARBITRAJE

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE DERECHO**

MAESTRÍA EN ARBITRAJE NACIONAL, INTERNACIONAL Y DE INVERSIÓN

TUTOR: HERNANDO HERRERA MERCADO

LYDA MERCEDES CRESPO RÍOS

Lyda Mercedes Crespo Ríos. Abogada de la Universidad San Buenaventura (2003), especialista en derecho comercial de la Universidad Javeriana (Cali, 2006), candidata a magister en arbitraje nacional, internacional y de inversión de la Universidad del Rosario. Actualmente se desempeña como abogada independiente y miembro de las listas de árbitros (A) y secretarios de tribunales del Centro de Conciliación y Arbitraje de las Cámara de Comercio de Cali, de las listas de árbitros (A) del Centro de Conciliación y Arbitraje de las Cámara de Comercio de Medellín, de la lista de secretarios de tribunales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, del Centro de Conciliación y Arbitraje Empresarial de la Superintendencia de Sociedades y del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Buga.

RESUMEN

El análisis presentado en este escrito pretende reflexionar sobre la normativa que define el alcance del concepto de entidad pública de cara al arbitraje, cuya finalidad consiste en determinar cuándo un asunto puede o no ser considerado como arbitraje con parte estatal y que, por ello, deban seguirse las reglas propias de este tipo de arbitramento, de conformidad con la Ley 1563 de 2012. En efecto, busca ir más allá de sentar las bases a tener en cuenta para uno u otro arbitraje -privado, público-, pues se esclarecen aquellas controversias que se generen con patrimonios autónomos constituidos con recursos públicos. Así, se basa en el estudio del criterio orgánico y material de competencia para entender la facultad de las entidades estatales de celebrar contratos para el desarrollo de los fines administrativos.

Palabras clave: entidad pública, arbitraje, árbitro, administración de justicia, debido proceso, autonomía de la voluntad, competencia.

ABSTRACT

The analysis presented in this document aims to reflect on the regulations that define the scope of the concept of public entity for arbitration, whose purpose is to determine when a matter can or cannot be considered arbitration with a state party and that, therefore, must The rules of this type of arbitration must be followed, in accordance with Law 1563 of 2012. In effect, it seeks to go beyond laying the foundations to be taken into account for one or another arbitration -private, public-, since those controversies are clarified. that are generated with autonomous assets constituted with public resources. Thus, it is based on the study of the organic and material criteria of competence to understand the power of state entities to enter into contracts for the development of administrative purposes.

Keywords: public entity, arbitration, arbitrator, administration of justice, due process, autonomy of will, competence.

1. Introducción

La finalidad del estudio que a continuación se expone, radica en la relevancia que otorga la (Constitución Política de Colombia, 1991) frente al acceso a la administración de justicia, el debido proceso y la igualdad ante la ley, con el objeto de dirimir conflictos arbitrales que se hayan originado en el cumplimiento de un negocio jurídico, en los cuales una de las partes sea una entidad pública. En particular -aunque sin desestimar otras-, aquellas que hayan suscrito un contrato con cláusula arbitral, pero que son constituidas como patrimonios autónomos en los cuales existe un capital igual o superior al 50% derivado de recursos públicos.

Es claro que se considera a la entidad pública como parte de la estructura del estado, así como el arbitraje como un mecanismo alternativo de acudir a particulares que, por disposición normativa, se encuentran investidos para ejercer un mandato que disciernan sobre el asunto que se plantea y emitir un juicio valorativo que desencadena en una decisión que se conoce como laudo arbitral, el cual es de obligatorio cumplimiento entre las partes que intervienen y quienes al no estar de acuerdo en la resolución final pueden acudir ante la jurisdicción administrativa, mediante el recurso extraordinario de anulación para que se hagan efectivos los derechos, garantías y libertades.

Para el efecto, de cara a la finalidad y naturaleza del arbitraje frente al Estado, es evidente que la (Ley 1563, 2012) no estableció un mecanismo según el cual pueda determinarse cuándo se está ante una entidad pública, por lo que se requiere el uso de fuentes externas al estatuto arbitral que no siempre resultan claras e inequívocas, pero que, en todo caso, tiene una relación de tal envergadura que podrían llegar a afectarlo. Así, al existir diversas ficciones jurídicas, como conceptos de entidad pública, que inciden sustancialmente en el arbitraje, es evidente que el análisis sobre su presencia o no en el arbitraje supone un entendimiento que va más allá de este mecanismo de solución de conflictos, en tanto define el procedimiento, alcances, limitaciones y, aunque no únicamente, puede llegar a configurar una causal de anulación del laudo¹.

De cara a ese análisis, bajo el entendido que el estatuto arbitral no emite un concepto sobre entidad pública, es menester interpretar la ley, la jurisprudencia y acudir a la doctrina para definir criterios que determinen la correcta visión del concepto que verdaderamente encaja en la noción y finalidad que imprimió el legislador al sistema arbitral colombiano, para, con ello, concluir en una interpretación que se enmarque dentro de un sentido orgánico, contractual, procesal, o por el origen de los recursos. De ahí que surja el interrogante de

¹ **“ARTÍCULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN.** *Son causales del recurso de anulación:*

1. *La inexistencia, invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.*
2. *La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.*
3. *No haberse constituido el tribunal en forma legal. (...)*

cuál es el criterio que permite una mejor interpretación para decidir sobre el tránsito procesal, a cuyo auxilio se acude de forma restrictiva u amplia según se esté ante un arbitraje con parte estatal o privado.

2. La naturaleza del arbitraje y su incidencia en el arbitraje con parte estatal

El filósofo ateniense Platón, en su obra *Las Leyes*, señaló: *“Los primeros jueces serán los que el demandante y el demandado hayan elegido de común acuerdo, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de jueces”*, y agregó: *“Una sociedad no es tal si lo que concierne a sus tribunales no está arreglado como es debido, ya que el mayor bien no es la guerra ni la sedición, sino la paz y la buena inteligencia entre sus ciudadanos. Para ello es necesario que el estadista cree sistemas que pongan remedio a los disensos, obligando a los particulares a observar ciertas reglas y previendo que un tercero zanje las disputas”* (Platón, 1979).

Es así como la oportunidad de acceder a la administración de justicia se erige como derecho fundamental para garantizar que los ciudadanos puedan comparecer y exponer sus problemas, controversias y demás ante las autoridades judiciales -u arbitrales-, en la búsqueda de soluciones efectivas de acuerdo a las normas y procedimientos que cada caso amerita. El arbitraje en Colombia hace parte de una de esas formas, así lo establece el art. 1° de la (Ley 1563, 2012), pues surge como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, dada la necesidad de las partes quienes bajo un acuerdo mutuo se someten a dirimir y dar término con criterio jurídico a las controversias que surjan en el desarrollo de las actividades contractuales².

La doctrina especializada (Bejarano, 2019) ha señalado que el arbitraje subyace a un ejercicio jurisdiccional, el cual supone una delegación dictada por los sujetos interesados en la resolución del conflicto y que buscan ponerle fin a una controversia. Sin embargo, esta institución se define, primordialmente, bajo tres teorías, a saber: la contractualista, la

² **“ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS.** *El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.*

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

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.”

procesalista y la mixta -o híbrida-; ésta última fue la que acogió el sistema colombiano (C-947 Corte Constitucional , 2014).

La visión contractualista, es aquella que da valor supremo a la autonomía de la voluntad, cuya limitación es contenida por el orden público, pues son ellos los que habilitan a particulares para que en su nombre administren justicia. Además, son las partes los que se encuentran legitimados para regular las reglas aplicables al proceso siempre que se respeten los principios del debido proceso y el derecho de defensa -con excepción del arbitraje con parte estatal-; y gozan igualmente de la facultad de escoger los árbitros, que pueden aceptar o rechazar el encargo (Calderón, 2022). Pero, según esta postura, al aceptar la designación surge a la vida jurídica un contrato *sui generis*, que resulta innominado, pero tiene regulación legal (Solarte, 2017).

La segunda tesis es la que otorga al arbitraje una visión netamente jurisdiccional (Rey, 2013), la cual tiene relación con la tarea encomendada a los árbitros, en la medida en que es la ley la que les otorga la facultad judicial para proferir un laudo que tiene carácter de sentencia; con los atributos de cosa juzgada y su consecuente ejecución. Bajo esta perspectiva, el arbitraje está sometido a las ritualidades procesales, así como a sus limitaciones (Ley 1564, 2012)³, por lo que la autonomía de las partes para con el procedimiento se ve soslayada, al punto de que el árbitro es considerado propiamente un juez. Al respecto, según (Echeverry, 2010) la actividad del arbitraje en Colombia es de naturaleza procesal, pues en virtud del principio jurisdiccional los árbitros deben sujetarse a los principios contenidos en la Constitución y la Ley tales como el debido proceso, contradicción de la prueba, derecho de defensa, entre otros; quedando en un plano de igualdad frente a los jueces de la República.

Finalmente, la teoría mixta, con la cual es cierto que el acuerdo de voluntades habilita a la solución arbitral, pero también lo es el reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional que la propia actividad lleva implícita, amén de que el laudo que se profiere es una sentencia judicial, en la medida en que resuelve el conflicto entre las partes pronunciándose definitivamente sobre las pretensiones y excepciones (Echeverry, 2010).

La naturaleza del arbitraje en Colombia, desde sus orígenes hasta la actualidad, ha experimentado una evolución significativa, pasando de ser un mecanismo contractual y

³ “**ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES.** *normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas”.*

sumario a convertirse en un proceso jurisdiccional con garantías procesales. En sus inicios, el arbitraje en Colombia se basaba principalmente en el acuerdo de voluntades de las partes para resolver sus controversias de manera privada, con un carácter más contractual y sumario. Sin embargo, con el tiempo y la influencia de estándares internacionales, se reconoció la necesidad de dotar al arbitraje de un marco jurídico más sólido y garantista, similar al de un proceso judicial (Tarazona, 2019).

La Constitución Política de 1991 marcó un hito importante al reconocer el arbitraje como una forma de administrar justicia y establecer que los árbitros, al ser particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, deben cumplir con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades que los jueces. Este reconocimiento constitucional impulsó el desarrollo de una legislación arbitral más robusta, que culminó con la expedición de la Ley 1563 de 2012, el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Esta ley consolidó la normativa existente y estableció un marco jurídico claro y completo para el arbitraje en Colombia, tanto nacional como internacional.

La Ley 1563 de 2012 adoptó un enfoque más jurisdiccional del arbitraje, estableciendo reglas claras sobre el procedimiento, las etapas del proceso, la forma de terminar el arbitraje y el proceso para la impugnación y ejecución de los laudos arbitrales. Además, introdujo figuras internacionales como el principio de *Competenz-Competenz* y el deber de revelación de los árbitros, adaptándose a los estándares internacionales y fortaleciendo la seguridad jurídica del arbitraje en Colombia (Silva, 2021).

Es evidente que la visión de la figura arbitral según el sistema legal Colombiano permite entrever una teología fuerte de regularlo, pues supone un quebranto a la noción de la autonomía de la voluntad de las partes frente a varios requerimientos de orden procesal que limitan no solo el tránsito del arbitraje sino la misma posibilidad de pactarlo. Esta situación constituye la intención de legislador en procurar delegar funciones a los árbitros, pero, al mismo tiempo, controlar y rectificar la puesta en marcha de ese mecanismo de resolución de conflictos.

3. El concepto de entidad pública según la Constitución y la Ley

El concepto de entidad pública es el más genérico en el lenguaje del Derecho Administrativo; desde el punto de vista de la estructura del Estado, los términos entidad pública, estatal o de derecho público indican la adscripción de una organización al Estado y, por ende, su conexión con el derecho público. En el ámbito constitucional, las entidades y organismos de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, junto con los órganos autónomos e independientes, forman parte del Estado.

Las entidades públicas, en ese entendido, son establecidas por la constitución, la ley, ordenanza o acuerdo, o autorizadas por éstas, con participación pública, para llevar a cabo

funciones administrativas, prestar servicios públicos, o realizar actividades comerciales o industriales (Constitución Política de Colombia)⁴. El concepto de entidad pública abarca toda la organización estatal en el lenguaje del Derecho Administrativo, incluyendo organismos, entidades descentralizadas y administraciones privadas financiadas con recursos públicos.

Un acercamiento a la definición legal de las entidades públicas en Colombia se puede establecer a partir de la (Constitución Política de Colombia)y la (Ley 489) del 29 de diciembre de 1998, la cual desarrolla este concepto. Dicha ley regula la organización y funcionamiento de las entidades y organismos de la Rama Ejecutiva del poder público a nivel nacional.

El alcance de expresiones como la estructura del Estado, entidad pública, administración pública, entidad oficial y entidad estatal no está definido de forma clara, al igual, es importante recordar que no existe uniformidad en el uso del lenguaje legislativo, lo que conlleva a que el significado de los términos empleados en diversas leyes no sea siempre unívoco. A pesar de esta diversidad, se buscará establecer definiciones que sirvan como referentes.

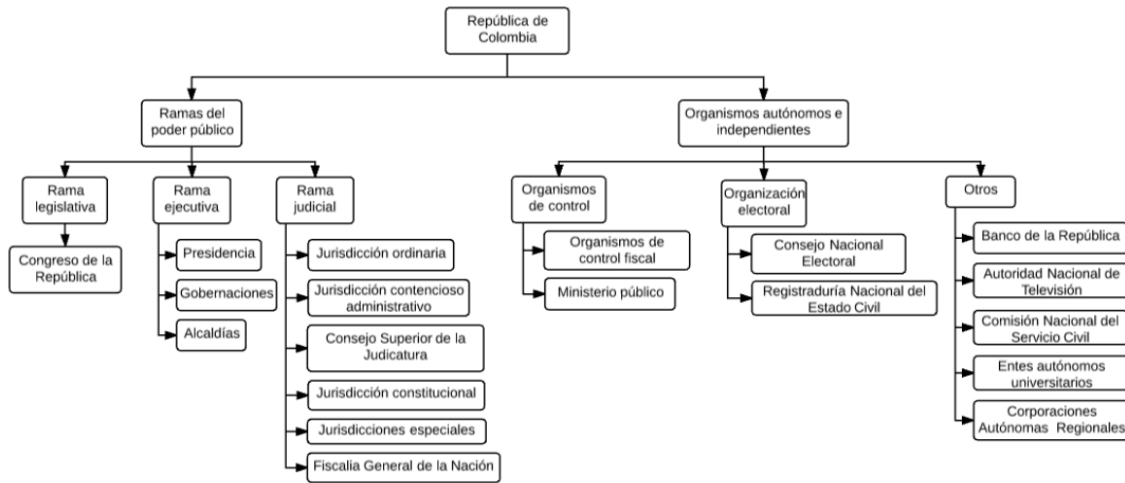
El término "*estructura del Estado*" se encuentra en la (Constitución Política de Colombia)como título del capítulo 1° del Título V, el cual se dedica a la organización estatal. El artículo 113 enumera los órganos que conforman esta estructura⁵, abarcando las tres ramas del poder público y los órganos autónomos e independientes, todos ellos establecidos para cumplir las funciones del Estado. Esta noción engloba las estructuras burocráticas encargadas de las distintas funciones del Estado, como la legislativa, la ejecutiva, la judicial y otras de carácter administrativo.

Según lo anterior, la estructura de las entidades que componen el Estado, puede reflejarse de la siguiente forma:

⁴ **ARTÍCULO 150.** *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

(...) 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

⁵ **“ARTÍCULO 113.** *Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.”*



Fuente: (Comisión Intersectorial de Estadísticas de Finanzas Públicas, 2018)

3.1. La Ley 489 de 1998

Por su parte, la (Ley 489, 1998) emplea el término "*entidad*"⁶ en dos sentidos: uno como sinónimo de cualquier estructura administrativa, con o sin personalidad jurídica, y otro como equivalente a persona jurídica de derecho público. Aunque no existe una definición legal precisa, en el contexto de diferentes leyes y normativas donde se emplea esta expresión, el intérprete debe determinar su significado. En este sentido, se sugiere utilizar el término "*entidad pública*" como equivalente a persona jurídica de derecho público.

Además, la (Ley 489, 1998) se refiere a la "*administración pública*" como el conjunto de organismos que conforman la rama ejecutiva del poder público, así como otros organismos y entidades de naturaleza pública encargados de actividades administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano. Esta definición abarca tanto los organismos de la rama ejecutiva como las entidades públicas que ejercen funciones administrativas o de servicios públicos.

⁶ **“ARTÍCULO 2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.** La presente Ley se aplica a todos los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público y de la Administración Pública y a los servidores públicos que por mandato constitucional o legal tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, prestación de servicios públicos o provisión de obras y bienes públicos y, en lo pertinente, a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.
PARÁGRAFO .- Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.”

En cuanto al término "*sector descentralizado*", se utiliza como sinónimo de "*entidades descentralizadas*" según el párrafo 2° del artículo 68 de la (Ley 489, 1998)⁷. Esta expresión engloba a los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades públicas y de economía mixta, superintendencias, unidades administrativas especiales, empresas sociales del Estado, empresas oficiales de servicios públicos y otras entidades creadas o autorizadas por ley, cuyo objeto principal sea realizar funciones administrativas, prestar servicios públicos o llevar a cabo actividades industriales o comerciales con personalidad jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Respecto a la expresión "*entidad oficial*", no existe una definición legal precisa y suele utilizarse para referirse a cualquier organismo o entidad que cumpla una función pública, incluyendo las tres ramas del poder, órganos autónomos o independientes de origen constitucional y organismos de las entidades territoriales. Es importante analizar detenidamente el texto legal específico en cada caso para comprender el sentido de esta expresión.

Por último, la "*entidad estatal*" cuenta con una definición legal en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que la limita a efectos de dicha ley. Incluye organismos y dependencias sin personalidad jurídica competentes para celebrar contratos, así como todas las personas jurídicas públicas, incluyendo la Nación y otras entidades

⁷ **“ARTÍCULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS.** *Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cuál están adscritas.*

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente Ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARÁGRAFO 1.- De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

PARÁGRAFO 2.- Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 3.- Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993.”

públicas. Es crucial considerar si una ley es anterior o posterior a la (Ley 80, 1993) para interpretar la expresión "entidad estatal" en dicho contexto.

De la (Ley 489, 1998) se pueden extraer diversas clasificaciones de las entidades públicas, compuesta por las diferentes estructuras, dependencias u organizaciones administrativas, una posible clasificación acorde a la norma, puede ser la brindada por el Consejo de Estado (1815, 2007), según:

(i) El criterio de la persona jurídica pública, según el cual pueden clasificarse en aquellas que están dotadas de personalidad jurídica y aquellas que no; la (Ley 489)⁸ denomina a las primeras como entidades administrativas, y a las segundas, dependencias u organismos.

Para ser considerado una persona jurídica pública se requiere dos elementos fundamentales: primero, que su creación esté respaldada por una decisión política, y segundo, que para su funcionamiento se asignen recursos económicos valiosos, como talento humano, bienes materiales o fondos públicos.

La creación de una persona jurídica sujeta al derecho público se lleva a cabo mediante la (Constitución Política de Colombia) o el Congreso, según lo establecido en el artículo 150 numeral 7° de la Carta, que otorga al Congreso la facultad de determinar la estructura de la administración nacional y crear entidades del orden nacional, entre otras competencias.

El carácter político de estas decisiones implica discrecionalidad y una conexión necesaria con los objetivos estatales. El Congreso evalúa diversas opciones para satisfacer necesidades públicas, entre las cuales puede optar por crear o autorizar la creación de una persona jurídica de derecho público, siempre con el fin de cumplir cometidos estatales.

En cuanto a las determinaciones sobre la creación de personas jurídicas públicas, la Constitución las reserva para el Congreso, lo que implica que dicha decisión está sujeta al derecho público, excluyendo así la posibilidad de que puedan ser autorizadas o creadas mediante una decisión conforme a las normas de derecho privado.

⁸ **"ARTICULO 49. CREACION DE ORGANISMOS Y ENTIDADES ADMINISTRATIVAS.** Corresponde a la ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales.

Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma.

Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal.

PARAGRAFO. *Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal."*

El segundo criterio para considerar a una entidad como pública es la asignación de recursos para su funcionamiento. Estos recursos, provenientes del ámbito público, pueden ser diversos. Aunque el Estado puede financiar la totalidad de los recursos necesarios o solo una parte, su contribución mínima es suficiente para que la entidad sea considerada pública. Por lo tanto, la proporción del aporte estatal no determina si una entidad es pública; más bien, define el tipo de entidad administrativa.

El artículo 97 de la (Ley 489, 1998)⁹, al tratar las sociedades de economía mixta, establece que las inversiones temporales financieras no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen (C-953, 1999)¹⁰. Esta disposición confirma que la participación en una entidad pública debe estar alineada con los fines del Estado, según lo establecido por el legislador, las asambleas departamentales o los concejos distritales y municipales. Por lo tanto, una inversión temporal de recursos o la adquisición de acciones en una empresa privada, sin la intención de ejercer funciones estatales a través de ella, no convierte a la entidad en pública.

(ii) **El orden al cual pertenecen¹¹ y del carácter corporativo o unilateral¹²**, pues existen dependencias, organismos y entidades administrativas de orden nacional, departamental, distrital y municipal, así como pueden ser creadas por la ley o autorizadas por esta.

Se utiliza el concepto de "tipo" al referirse a las entidades públicas debido a su amplia utilización en el lenguaje jurídico. Este término se emplea comúnmente al hablar de distintos aspectos legales como contratos, sociedades mercantiles, delitos, etc... Se prefiere

⁹ **“ARTÍCULO 97.- SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.** Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Para que una sociedad comercial pueda ser calificada cómo de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.

PARÁGRAFO .- Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuáles el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.”

¹⁰ Al respecto señala “La naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea “del Estado” o de propiedad de “particulares” sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada “mixta”, por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución. De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni “mixta”, sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.”

¹¹ “ARTÍCULO 38.- Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.”

¹² “ARTÍCULO 69.- Creación de las entidades descentralizadas.”

este término sobre otras expresiones como categorías, géneros o clases, ya que se considera que tiene mayor relevancia para la explicación que se pretende dar.

La noción de "atipicidad" implica asignar consecuencias legales al hecho de que una situación específica no encaje en el tipo previamente definido por el legislador. Dependiendo del contexto, la atipicidad puede no tener repercusiones significativas, generar efectos favorables o, por el contrario, ocasionar consecuencias negativas como la nulidad o la inexecutable. Por ejemplo, los contratos conmutativos atípicos suelen ser válidos debido a la autonomía de la voluntad, pero en el ámbito societario, solo se permiten las sociedades que se ajusten a los tipos definidos por el Código de Comercio.

Para determinar la posibilidad jurídica de que existan entidades administrativas atípicas, es necesario considerar la jerarquía normativa de la norma que las crea o autoriza, así como la norma que las organiza. Así, existen distinciones entre entidades creadas por acuerdo o asociación y aquellas creadas unilateralmente. Las segundas deben ser establecidas y organizadas por ley, ordenanzas o acuerdos, mientras que las entidades asociativas requieren autorización y organización a través de estatutos acordados por sus miembros.

En el ámbito nacional, la (Ley 489, 1998) define los elementos y características de distintos tipos de entidades administrativas. Esta ley tiene fuerza normativa ordinaria y puede ser utilizada para crear entidades de manera típica o atípica, dependiendo de la regulación específica que se establezca. En cuanto a entidades descentralizadas a nivel territorial, la mencionada ley solo se aplica en relación con las características y régimen de las entidades descentralizadas, no siendo obligatoria para la estructura del sector central de las entidades territoriales.

Por último, vale aclarar, sobre la naturaleza y regulación jurídica de las sociedades de economía mixta se entiende, que la ley o la ordenanza no pueden establecer directamente una sociedad de este tipo. La creación de una sociedad de economía mixta requiere la participación de particulares, cuya voluntad de asociarse con el Estado no está sujeta a la disposición del legislador, ni tampoco sus posibles aportes patrimoniales a la sociedad (C-357, 1994)¹³. Por lo tanto, para constituir una sociedad de economía mixta, generalmente se necesita una autorización. A partir de esta autorización, el ejecutivo nacional o departamental, según proceda, junto con los representantes del sector privado acordados para formar la sociedad, firmarán la escritura pública correspondiente, conforme a lo requerido por la ley para la creación de una sociedad de economía mixta. La autorización, sea por ley, ordenanza o acuerdo, debe especificar los bienes o recursos públicos que el Estado aportará a la sociedad proyectada (2025, 2011).

¹³ Sobre el contenido de la autorización que emite el legislativo, señaló la Corte Constitucional, que dicho contenido no puede ser general y abstracto, sino que debe ser particular y concreto, por ende, referirse a una sociedad determinada e individualizada.

En resumen, la fuerza normativa de las reglas que organizan diferentes tipos de entidades administrativas, establecidas en la (Ley 489, 1998) varía dependiendo de diversos factores. Es posible establecer una jerarquía normativa para determinar a qué normas está sujeta una entidad administrativa en particular.

(iii) Desde el punto de vista del objeto o la realización de los cometidos a su cargo; las funciones administrativas, la prestación de servicios públicos, y la actividad industrial, comercial y de gestión.

Otro de los criterios utilizados para clasificar los organismos y entidades públicas es el relacionado con el propósito que estas organizaciones persiguen. Tradicionalmente, se dividían en dos categorías principales: funciones administrativas y actividades industriales y comerciales, tal como se establecía en los decretos leyes 1050 (1968) y 3130 (1968). Bajo la legislación previa, el tipo de actividad, ya sea administrativa o comercial e industrial, determinaba el régimen jurídico predominante del personal, los actos y contratos, así como la autoridad judicial competente en caso de disputas relacionadas con estos aspectos.

Anteriormente, con la (Constitución Política de Colombia , 1886), estaba claro que la provisión de servicios públicos por parte del Estado formaba parte de los monopolios estatales, lo que generalmente se consideraba como funciones administrativas. Por ejemplo, Telecom y Adpostal, junto con el Instituto de Seguros Sociales, eran establecimientos públicos hasta diciembre de 1992, y las empresas municipales de servicios públicos se regían generalmente por un régimen de establecimientos públicos. Asimismo, se aceptaba que las empresas industriales y comerciales del Estado, así como las sociedades de economía mixta, llevaban a cabo actividades que en principio eran responsabilidad del sector privado, pero que el Estado también realizaba para lograr ciertos objetivos económicos, sociales o de desarrollo.

La (Constitución Política de Colombia) ha establecido una regulación especial para la prestación de servicios públicos por parte de la administración, conocida comúnmente como servicios públicos, la cual no se ajusta fácilmente ni a las funciones administrativas ni a las industriales y comerciales. Esto es especialmente evidente dado que muchos de estos servicios han sido desregulados y ya no son monopolios estatales, sino que permiten la competencia con empresas privadas. Por tanto, es necesario hacer algunas referencias mínimas sobre este tema para explicar la división tripartita en términos del propósito de las entidades descentralizadas:

En primer lugar, los servicios públicos son fundamentales para el objetivo social del Estado, según lo establece el artículo 365 de la Constitución. Las actividades destinadas a abordar necesidades no satisfechas en salud, educación, saneamiento ambiental y suministro de agua potable son prioritarias para el Estado, y el gasto social necesario para proporcionarlos tiene prioridad sobre otros.

En segundo lugar, los servicios públicos siempre estarán sujetos al régimen que establezca la ley. Este régimen es aplicable a todos los prestadores de servicios públicos, ya sean entidades públicas o empresas privadas. La especificidad de este régimen, y el hecho de que la Constitución y la ley permitan la competencia entre el sector público y privado, dificulta su clasificación como público o privado. En el ámbito de los servicios públicos, la distinción entre ambos derechos está considerablemente difuminada.

En tercer lugar, los servicios públicos pueden prestarse bajo tres regímenes diferentes: monopolio estatal como un arbitrio rentístico, monopolio por reserva legal o en un régimen de competencia. Esto implica que pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado, las comunidades organizadas y los particulares.

Por último, los servicios públicos domiciliarios constituyen una categoría especial de servicios públicos, regulados específicamente por la Constitución en los artículos 367 a 370, así como por la (Ley 142, 1994) y otras normativas relacionadas. Estos servicios se prestan bajo un régimen de libre empresa en el que compiten el Estado, las comunidades organizadas y los particulares.

De estos enunciados se desprende que en la actualidad no es posible enmarcar la actividad prestacional del Estado dentro de las definiciones tradicionales de funciones administrativas o actividades industriales y comerciales. La prestación de servicios públicos tiene un régimen especial, compartido en los casos en que el Estado compite con el sector privado.

En consecuencia, la división tripartita que introduce la (Ley 142, 1994) respecto a los propósitos o cometidos que desarrollan las entidades públicas está plenamente justificada, advirtiendo que una entidad puede desempeñar funciones de diversos tipos simultáneamente.

En conclusión, la clasificación de las entidades públicas según la (Ley 489, 1998) se basa en diversos criterios, incluyendo su naturaleza jurídica, su creación respaldada por una decisión política y la asignación de recursos para su funcionamiento. Estas entidades pueden ser creadas por la Constitución, el Congreso -unilaterales- o autorizadas por ley -corporativas-. Además, se clasifican según el propósito de sus cometidos, que pueden incluir funciones administrativas, la prestación de servicios públicos y actividades industriales y comerciales. Sobre la regulación de los servicios públicos hay que señalar que es particularmente compleja, ya que pueden ser prestados por entidades públicas, comunidades organizadas y particulares, bajo diferentes regímenes que pueden implicar competencia entre el sector público y privado.

3.2. La Ley 80 de 1993

Una vez analizadas las disposiciones y clasificaciones que se desprenden de la (Ley 489, 1998), es crucial señalar que existe otro concepto de entidad pública derivado de (Ley 80, 1993), relevante para el arbitraje en materia de contratación estatal. El artículo 2 de esta ley define como entidades estatales a una amplia gama de organismos, incluyendo no solo a las entidades territoriales y establecimientos públicos, sino también a sociedades de economía mixta con participación estatal mayoritaria y entidades descentralizadas indirectas, de la siguiente forma:

*“ARTÍCULO 2o. DE LA DEFINICIÓN DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PÚBLICOS.
Para los solos efectos de esta ley:*

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”

La constitucionalidad de su literal a y b fueron objeto de debate, donde se determinó su exequibilidad. En el primero de los casos (C-629, 2003) se demandó al considerar que dicho aparte violaba lo dispuesto en los artículos 150, 300 y 313 de la Constitución Política, pues aquellos establecen, como ya se ha explicado, la creación o autorización de sociedades de economía mixta, estimando que la ley 80 al realizar un tratamiento especial en materia contractual para algunas sociedades de economía mixta, está dejando de lado los principios propios de la función administrativa.

La sentencia expone que es claro que la sujeción de las sociedades de economía mixta a un régimen jurídico administrativo específico, basado en la participación estatal, limitado por la disposición impugnada a los contratos de sociedades de economía mixta en las cuales la contribución estatal en el capital social sea igual o menor al 50%, en ningún momento altera ni la naturaleza institucional de la sociedad de economía mixta "vinculada" al Estado,

aunque no sea parte de la Rama Ejecutiva, ni el origen y la naturaleza de la participación del Estado en el capital de la sociedad.

Por su parte, la sentencia que decidió la exequibilidad del literal “b” (C-374, 1994), resolvió la cuestión sobre la capacidad para contratar de las entidades carentes de personalidad jurídica, y su aporte relevante sobre el concepto de persona jurídica, es al determinar que la competencia para contratar que alude a entidades estatales, sin determinar su personalidad jurídica, significa que al hablar de sujetos del contrato, y en específico a la parte pública del contrato, estas pueden tener o no personalidad jurídica.

El estatuto de contratación permite entender que no guarda relación con lo dispuesto en la constitución y demás normatividad, sobre lo que debe ser entendido como “entidad estatal” o “entidad pública”, como ente negocial, toda vez que hace la aclaración de que la denominación realizada en el artículo *ibidem* será únicamente para efectos de la Ley 80.

Lo anterior, no porque entiendan entidad pública como conceptos totalmente diferentes, sino que, en términos de una relación negocial, una entidad pública sin personalidad jurídica, en principio, no debería poder suscribir un contrato, y por ende una cláusula compromisoria allí contenida. Sobre ello señala (Rico, 2018) *“En otras palabras, el Estatuto Contractual reconoce que, por ejemplo, los Ministerios, a pesar de no tener personalidad jurídica puesto que solo son entidades descentralizadas por servicios al gobierno central, pueden contratar, sencillamente porque el Estatuto negocial público les asignó capacidad para los solos efectos negociales”*.

En conclusión, de lo dispuesto por la (Ley 80, 1993), aunque aclara que solo es aplicable para los efectos de dicha ley -en materia del negocio jurídico-, guarda cierta armonía con lo que dispone la (Ley 489, 1998), sobre lo que se puede entender por entidad pública de forma típica, y realiza la excepción para dotar de capacidad negocial a otras entidades del estado, que atendiendo a todo ya lo expuesto, no podrían (Rico, 2018)¹⁴. Ya que, si no entendiese a la entidad pública en ese sentido amplio, no haría la excepción que trae el literal b del artículo 2o de dicha ley.

3.3. La Ley 1437 de 2011

Un último concepto para analizar, antes de entrar en materia arbitral, es lo preceptado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley

¹⁴ Sobre ello señala que *“el cargo esencial es que las entidades estatales a que se refiere la Ley 80 de 1993, no son personas jurídicas; que, por lo mismo, no pueden ser parte de un contrato, es decir, no pueden celebrarlo; y finalmente, que solamente el Presidente de la República tiene facultad para contratar a nombre de la Nación, con base en los artículos 150, numeral 9°, y 189, numeral 23.”*

1437, 2011), que en el párrafo de su artículo 104¹⁵ realiza una descripción de lo que debe entenderse como entidad pública. Allí dispone que para efectos de dicho código -al igual que lo hace la (Ley 80, 1993)-, se entiende por entidad pública todo órgano del estado, independiente de su denominación, así como las sociedades o entidades en las que el Estado tenga una participación o aporte igual o superior al 50% de su capital.

Este señalamiento que realiza el CPACA, difiere totalmente de lo preceptuado en la (Ley 489, 1998), pues únicamente las entidades de economía mixta -solo para los efectos de dicho código-, que tengan un capital mayor al 50% de participación pueden pertenecer a la categoría de entidad pública, de forma que aquellas que no superen dicho porcentaje, no serán tenidas en cuenta como tal, para efectos de la jurisdicción contenciosa administrativa.

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación (42.003, 2020), resolvió un asunto que versaba sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios, y determinó que para los casos en que no exista norma expresa legal sobre la jurisdicción que debe conocer las controversias en las que haga parte un prestador de servicios público domiciliarios, se deberá aplicar lo preceptuado en el artículo 104 del CPACA, para resolver el vacío normativo, y de no ser posible, corresponderá entonces a la justicia ordinaria.

Se concluye entonces que salvo norma legal expresa que así lo disponga, la regla general para acudir a lo contencioso administrativo respecto de las entidades públicas será lo normado en el artículo 104, excluyendo de la jurisdicción todas las sociedades de economía mixta donde el capital del Estado sea menor al 50%.

4. Sobre el concepto de entidad pública según el estatuto arbitral y la jurisprudencia

La (Ley 1563, 2012), estatuto único en materia arbitral, dispone el procedimiento y etapas para el arbitraje nacional e internacional, y las reglas de remisión aplicables en los eventos que dicha ley disponga para ello. Esta ley asigna reglas claras sobre la administración de justicia que sobre el arbitraje autorizó el constituyente (Constitución Política de Colombia , 1991)¹⁶. De dicha forma, es por el pacto arbitral que las partes renuncian a la jurisdicción

¹⁵ **“ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

(...)

PARÁGRAFO. *Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”*

¹⁶ “ARTICULO 116. (...)

estatal, y someten sus controversias actuales o futuras a un Tribunal de arbitramento, definido y regulado por dicha ley.

Es importante definir qué se entiende por entidad pública, puesto que ello determina dos aspectos importantes; la normativa a aplicar, pues existen entidades públicas que en materia de contratación se rigen por el derecho privado; y eventualmente si fuere el caso, la jurisdicción a la que se debe acudir -ordinaria o contenciosa-, con el propósito de presentar recursos contra el laudo.

El legislador le confirió una especial protección al interés público en materia arbitral cuando se encuentra involucrada una entidad pública, toda vez que ejerce una intervención normativa más intensa para solucionar las controversias de estas entidades (C-305, 2013), disponiendo condiciones o requisitos adicionales con obligatoria aplicación en los trámites arbitrales donde es parte una entidad pública.

Lo anterior se evidencia en dos puntos fundamentales, expresados de forma general en los artículos 1¹⁷ y 2¹⁸ de la (Ley 1563, 2012), según los cuales:

(i) el arbitraje y el laudo resultante del mismo serán en derecho (56.346A, 2016)¹⁹ cuando se discutan aspectos referidos a contratos estatales. Por lo que se entiende, que cualquier entidad que no sea considerada estatal, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad que permea todo el trámite arbitral, podría pactar arbitrajes en equidad o técnicos sin restricciones.

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."

¹⁷ **"ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN, MODALIDADES Y PRINCIPIOS.** (...) 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"

¹⁸ **"ARTÍCULO 2o. CLASES DE ARBITRAJE.** El arbitraje será ad hoc, si es conducido directamente por los árbitros, o institucional, si es administrado por un centro de arbitraje. A falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional. Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional.

¹⁹ "(...) los Árbitros deben decidir las controversias ciñéndose a la normativa positiva y ello implica, desde luego, que deban observar las pruebas allegadas a la actuación y que, con base en las mismas, decidan la controversia; por ende, cuando el arbitramento es en derecho y los Árbitros se separan de las normas jurídicas y, con ello, de las pruebas que deben servir de fundamento a su decisión, será posible que la decisión esté encaminada a realizar el valor justicia, pero bajo tal pretexto no se pueden desconocer los mandatos legales para decidir como lo haría un hombre justo, con apoyo exclusivo en su leal saber y entender o, lo que es lo mismo, bajo la máxima 'verdad sabida y buena fe guardada', dado que en ese momento estará tomando una decisión en conciencia."

(ii) el arbitraje será institucional y, por ende, se administrará por un centro arbitral y se registrará por las normas contempladas para el efecto en la misma ley. En este sentido, las partes -cuando una sea entidad pública- no tienen capacidad para definir qué clase de arbitraje servirá para solucionar sus diferencias, toda vez que elimina la posibilidad de realizar un arbitraje ad hoc, situación que sería diferente si la entidad no es considerada pública. En el mismo sentido, se entiende que el arbitraje institucional será *Sui generis* (Díaz, 2011)²⁰, toda vez que no resulta procedente acudir al reglamento del centro de arbitraje, por lo que nuevamente resulta importante determinar qué legislación aplicar (C-713, 2008)²¹ -ordinaria o contenciosa-.

La (Ley 1563) determina su campo de aplicación en el artículo 46²², el cual señala que la competencia para conocer sobre el recurso extraordinario anulación y de revisión de laudo arbitral, corresponde a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, siempre que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas. Pero realmente dicho estatuto no hace claridad (como si lo hace la Ley 80 de 1993 o la Ley 1437 de 2012), sobre qué se debe entender por entidad pública para efectos de dicha ley.

La jurisprudencia del Consejo de Estado (14.202, 1998) ha sostenido sobre la competencia para conocer del recurso de anulación, ha establecido que la naturaleza de un contrato, en el contexto de un pacto arbitral, no se determina por el régimen jurídico que lo rige, sino por un criterio orgánico. En este sentido, todos los contratos celebrados por entidades estatales se consideran contratos estatales, independientemente de si se rigen por el derecho público o privado, en este entendido ha dicho:

²⁰ “El arbitraje institucional es aquel en el cual intermedia entre los árbitros y las partes una entidad especializada, comúnmente denominada centro de arbitraje, que administra y organiza el trámite y presta servicios útiles para resolver la controversia, normalmente contra el pago de una tarifa”.

²¹ “la Corte estima razonable, en virtud de los intereses públicos que se involucran cuando una de las partes en conflicto es el Estado o una de sus entidades, que el Legislador haya decidido reservarse la potestad de señalar directamente los lineamientos procesales que deben seguirse para dirimir este tipo de controversias, y por el contrario permita mayor flexibilidad cuando sólo se debaten cuestiones de naturaleza privada. En este orden de ideas, la norma examinada es exequible al prohibir que las partes fijen autónomamente las reglas de procedimiento arbitral cuando una de ellas sea el Estado”

²² “**ARTÍCULO 46. COMPETENCIA.** Para conocer del recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales, será competente la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial del lugar en donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje.

Será competente para conocer del recurso extraordinario de revisión de laudos arbitrales la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.”

“De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, y estos últimos, donde encajan los que celebran las empresas oficiales que prestan servicios públicos domiciliarios, son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos”.

Lo anterior, sin definir un concepto claro de entidad pública que brinde certeza para definir en sede de arbitraje la ley aplicable para emitir laudo arbitral en derecho y que jurisdicción conoce de sus recursos. Se podría interpretar en un sentido amplio como lo dispone la Ley (Ley 489, 1998) y la (Constitución Política de Colombia), o podría hacerse en un sentido más restrictivo, como lo hace el estatuto contractual público - (Ley 80, 1993)-, en razón que para poder acudir a un tribunal de arbitraje, debe existir una cláusula compromisoria en el contrato que así lo disponga; o de la forma en que lo interpreta el CPACA, que en últimas plasma la regla frente a la cual se podrá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo ante eventual revisión o recurso de anulación.

Al no existir claridad frente a qué se debe entender por entidad pública para efectos arbitrales, ello permite que el criterio orgánico adoptado por el Consejo de Estado (64.255, 2020), encuentre su fundamento en los artículos 38 y 68 de la (Ley 489, 1998), en la cual se entiende por entidades públicas las que integran al orden nacional, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, que al tenor de dicha legislación, sería cualquier entidad donde el Estado tenga aportes o capital independientemente de su porcentaje.

Sin embargo, existen otros criterios (67.645, 2022) que se apoyan en lo reglado por el artículo 104 de la (Ley 1437, 2011), la cual expone:

“Si bien la norma especial que regula el procedimiento de anulación -Ley 1563 de 2012- guardó silencio respecto de lo que debe entenderse por “entidad pública”, esta Subsección, ha precisado que ello no implica -como lo sugiere el recurrente que deba seguirse la Ley 489 de 1998 para tales efectos, por cuanto el recurso extraordinario de anulación se surte ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de ahí que le resulten aplicables las disposiciones del CPACA y, en esa medida, la definición que de “entidad pública” introdujo el parágrafo del artículo 104 de dicho cuerpo normativo, según el cual se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.

El anterior, es un criterio mejor adoptado por el Consejo de Estado, pues en otras oportunidades hacen alusión a que dichas entidades deben estar sometidas a su control judicial por las normas del CPACA, (63.266), independientemente del régimen jurídico que las gobierna, lo que quiere indicar que debe entenderse por entidad pública -para efectos de acudir a la jurisdicción de lo contencioso- lo reglado en el artículo 104 *ibidem*.

Con fundamento en el articulado ya mencionado, se han resuelto situaciones de algo más complejas (67.223, 2021), como por ejemplo, lo relacionado a la situación de un Grupo Empresarial, donde existe una matriz o controlante la cual es una entidad pública. Sobre ello se ha dicho que según el artículo 104 del CPACA, si la sociedad de economía mixta cuenta con un porcentaje de participación estatal superior al 50%, y se encuentre autorizada para establecer subsidiarias, sucursales o agencias, dicha entidad subsidiaria -según el porcentaje de participación- será considerada como una entidad pública descentralizada indirecta.

En otras sentencias (62.596, 2019), dicho criterio orgánico se apoyó en el artículo 32²³ de la (Ley 80, 1993), apartándose de cualquier argumento referido al régimen jurídico aplicable a la parte pública del contrato. Por lo cual, se entiende que se adoptó el concepto de entidad pública expuesto en el artículo 2° del estatuto de contratación pública. Al respecto el Consejo de Estado (66.091, 2021) ha dicho:

“En esa medida, el inciso tercero del artículo 46 del estatuto arbitral debe interpretarse en sentido amplio, entendiendo que, entre los recursos de anulación contra laudos arbitrales que le corresponde conocer a la Sección Tercera del Consejo de Estado no solo se encuentran aquellos en los que haya intervenido una entidad pública con personería jurídica o un particular, igualmente dotado de ella, que desempeñe funciones administrativas, sino también todo órgano o dependencia del Estado que, no gozando de tal estatuto de persona, sea el centro de imputación de derechos y obligaciones y en razón de ello intervenga en un proceso en el que estos se discutan, sin perjuicio de que en sede judicial o arbitral, tales organismos deban ser representados por la entidad indicada en la ley sustancial aplicable e independientemente del régimen jurídico que gobierne la respectiva relación”.

En dicha sentencia, se sostuvo que, en los sistemas modernos, los órganos del Estado suelen ser personificados, es decir, se establecen como entidades con personalidad jurídica dentro del ordenamiento legal, y aunque sus funciones están diversificadas, dichos órganos continúan asumiendo responsabilidades bajo dicha personalidad jurídica. Sin embargo, como se ha expuesto también es común encontrar órganos, organismos y entidades públicas que carecen de esta personalidad jurídica. A pesar de ello, pueden ser sujetos de

²³ “ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación (...)”

derechos y obligaciones y participar en el tráfico jurídico de acuerdo con lo autorizado por la (Ley 80, 1993), como cuando se les dota de capacidad para contratar y obligarse.

Aunque la norma establece claramente que este entendimiento se aplica solo para los efectos de esa ley, no implica de ninguna manera que la norma especial de competencia contenida en el tercer inciso del artículo 46 del estatuto arbitral deba interpretarse de manera más restrictiva. Señala la sentencia que dicha amplitud debe estar relacionada con lo que debe entenderse como “entidad pública” de acuerdo con la realidad institucional y el ejercicio de la administración pública en Colombia.

Por lo tanto, el legislador al expedir el estatuto de arbitraje contenido en la (Ley 1563, 2012), buscó otorgar un alcance amplio a la competencia del Consejo de Estado frente a los procesos arbitrales en los que esté comprometida la actividad administrativa del Estado. Es por eso que el criterio de competencia se centra en que se trate de una "entidad pública", sin hacer distinciones sobre si tiene o no personalidad jurídica, o si se trata de entidades, con o sin dicho atributo, que desempeñen funciones administrativas.

De la anterior decisión, se colige claramente su fundamento en la (Ley 80, 1993), sin embargo, aquella generó controversia, por lo que el consejero Sáchica Méndez (66.091, 2021) se apartó de dicha decisión, en su salvamento manifestó que el análisis realizado presenta falencias en sus conclusiones, pues al interpretar el artículo 46 de la ley arbitral de una forma tan amplia, el Consejo de Estado intervendrá en conflictos de naturaleza contractual -donde exista pacto arbitral-, al mismo tiempo que a la luz del CPACA, el Consejo de Estado no tendría competencia para conocer ese asunto, cuando no existiera el pacto.

Un último aparte a mencionar, es lo relacionado a los fondos y patrimonios autónomos, frente si estos constituyen propiamente una entidad pública para efectos de contratación y la cláusula compromisoria.

El Consejo de Estado ha señalado en el (Concepto N°1423) que la legislación contempla la creación de patrimonios autónomos para la gestión y ejecución de los recursos públicos de un fondo sin personería jurídica, esto conllevará a la formalización de un contrato de fiducia mercantil. Este tipo de contrato se distingue del contrato de fiducia pública, ya que, en este último, según lo establecido en el inciso octavo del numeral 5º del artículo 32 de la (Ley 80, 1993)²⁴, no constituye un patrimonio autónomo.

²⁴ “**ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:
5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública. (...) La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto.”

La institucionalización de estos patrimonios autónomos a través de contratos de fiducia mercantil representa una excepción a las normas de contratación estatal establecidas por la (Ley 80, 1993), la cual generalmente contempla los encargos fiduciarios y la fiducia pública (artículo 32 *ibidem*²⁵). Sin embargo, dicha ley hace una excepción para la creación de patrimonios autónomos en dos casos específicos: para la titularización de activos e inversiones y para el pago de pasivos laborales²⁶.

En el caso de que una ley cree un fondo sin personería jurídica y disponga que la administración de sus recursos se realice a través de la constitución de una fiducia mercantil, dicha ley puede establecer el marco legal de los actos y contratos relacionados con dicho patrimonio autónomo, así como los actos o contratos de las entidades fiduciarias encargadas de administrarlo. En ausencia de tales disposiciones, será necesario recurrir al marco legal vigente.

En este contexto, si la entidad fiduciaria encargada del patrimonio autónomo es una empresa industrial y comercial del Estado, sus actos y contratos se regirán por el artículo 93 de la (Ley 489, 1998). Esto significa que los actos que expida en el ejercicio de su actividad propia, industrial o comercial, se sujetarán al derecho privado, específicamente al Código de Comercio en el caso de la fiducia mercantil, y sus contratos estarán regulados por el estatuto general de contratación de las entidades estatales. Si la entidad no tiene este carácter, sino que es una persona jurídica de derecho privado, su función administrativa en la gestión de recursos públicos a través de un patrimonio autónomo estará regulada por los artículos 110 a 114 de la (Ley 489, 1998), y en lo concerniente a la administración fiduciaria, se aplicarán las disposiciones del Código de Comercio, específicamente los artículos 1226 a 1244.

²⁵ “**ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.** (...)”

5o. Encargos Fiduciarios y Fiducia Pública. (...) Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.”

²⁶ “**ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.** Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. **PARÁGRAFO 2o. OPERACIONES DE CREDITO PÚBLICO.** (...) Así mismo, las entidades estatales podrán celebrar las operaciones propias para el manejo de la deuda, tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, cobertura de riesgos, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen. Para efectos del desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones se podrán constituir patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales.”

En este sentido, el Consejo de Estado, ha sostenido que los Patrimonios Autónomos pueden ser considerados entidades estatales, siempre que se encuentren conformadas por recursos de origen público:

“Los recursos que hacen parte de los patrimonios autónomos que se creen en desarrollo de un Fondo, como el Nacional de Productividad, y Competitividad no mutan su naturaleza de públicos, una vez se separan del patrimonio de las entidades públicas constituyentes, porque dichos patrimonios autónomos o especiales son una forma de administrar dichos recursos en orden a que se apliquen a la destinación específica prevista en la ley de creación del respectivo fondo” (Concepto N° 1303, 2001).

Frente al contrato de Fiducia Mercantil que pueda suscribir este patrimonio autónomo, entraña una transferencia de bienes que, aunque no involucren el ingreso de esos bienes al patrimonio del fiduciario, le otorgan una titularidad para cumplir con los fines dispuestos en el contrato mercantil (64.129, 2020)²⁷. En ese sentido la fiduciaria será administradora y vocera de dicho patrimonio autónomo, pero en ningún caso desligando la responsabilidad de este último.

Dicha posición se ha mantenido en el Consejo de Estado, en reciente sentencia del 16 de septiembre de 2021, con ponencia de la Consejera María Adriana Marín (66.091, 2021)²⁸, cuando determinó que es el patrimonio autónomo el centro de imputación de responsabilidad contractual, pues fue a través de su representante -la fiduciaria- que el patrimonio suscribió el contrato objeto de controversia, que fue resuelto en un proceso arbitral. De allí se resalta lo ya afirmado, que la naturaleza mercantil del contrato de fiducia,

²⁷ *“En cuanto al citado contrato, la Sala concluye que se trata de un contrato de naturaleza estatal, de conformidad con el artículo 2° de la Ley 80 de 1993, habida consideración de que el Patrimonio Autónomo Fideicomiso – Asistencia Técnica FINDETER se encuentra conformado con los recursos de origen público transferidos al Patrimonio Autónomo por la Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio para la ejecución del contrato de obra , siendo pertinente anotar que la naturaleza pública de dichos recursos no se modifica por el hecho de ser transferidos al patrimonio autónomo, en tanto continúan afectos a la destinación estatuida por la entidad pública fideicomitente.”*

²⁸ *“Así entonces, la ley, la jurisprudencia y la doctrina reconocen que la fiducia mercantil entraña una transferencia del dominio de los bienes fideicomitados, operación que si bien no involucra el ingreso de esos bienes al patrimonio del fiduciario, le otorgan a este una especie de titularidad para los especialísimos fines de ese negocio mercantil, conforme al artículo 1234 del C. Comercio , circunstancia que resulta relevante en la órbita de la administración pública cuando la sociedad fiduciaria celebra el contrato de fiducia mercantil sobre unos recursos enteramente públicos .*

En todo caso, siendo el patrimonio autónomo –en este caso, el Fomag- el centro de imputación de la responsabilidad contractual surgida por el acuerdo de voluntades materia de controversia, la verificación de sus particulares características -todas ellas remitidas al manejo de recursos que no dejan de ser públicos en ningún momento, ni aún por la constitución de la fiducia- permite establecer que se encuadra en el presupuesto de competencia del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, por cuanto se trata de un estamento ciertamente público (entidad pública), que a través de su representante –la sociedad fiduciaria- intervino en el contrato materia del proceso arbitral.”

en nada varía que el patrimonio autónomo se pueda entender como entidad pública por la naturaleza de los bienes que lo conforman.

Es conveniente el análisis sobre la intervención jurídica en un proceso arbitral cuando una de las partes sea una entidad pública y el conflicto se haya generado por un patrimonio autónomo constituido con recursos públicos.

El conjunto de bienes que se trasladan a una fiduciaria es lo que conforma un patrimonio autónomo, la figura jurídica se encuentra en los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio. El Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencia (19.248, 2009) M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, sobre la naturaleza jurídica de los patrimonios autónomos, manifestó:

“Para hablar de patrimonios autónomos necesariamente hay que referirse al contrato de fiducia mercantil, ya que es en virtud de dicho negocio jurídico que los patrimonios existen y desarrollan las actividades para las que fueron constituidos. De conformidad con el artículo 1226 del Código de Comercio, el contrato de fiducia mercantil es “un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”. Por definición expresa del legislador, la fiducia mercantil supone una transferencia de bienes por parte de un constituyente para que con estos se cumpla una finalidad específica y previamente determinada. Ese conjunto de bienes transferidos a una fiduciaria es lo que conforma o se denomina patrimonio autónomo, pues los bienes i) salen real y jurídicamente del patrimonio del fideicomitente –titular del dominio-, ii) no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, sino que sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida y, iii) están afectos al cumplimiento de las finalidades señaladas en el acto constitutivo, tal como lo disponen los artículos 1226 a 1244 del Código de Comercio”.

En conclusión, la (Ley 1563), aunque proporciona una base sólida para la administración de justicia en el ámbito del arbitraje, no define de manera precisa qué se entiende por "entidad pública" para efectos arbitrales, lo que genera incertidumbre sobre la ley aplicable y la jurisdicción competente para conocer de sus recursos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha abordado esta cuestión, y ha adoptado un criterio orgánico para definir a las entidades estatales, independientemente del régimen jurídico que la gobierne. Sin embargo, dicho criterio puede encontrar base en la Ley 489 de 1998, la Ley 80 de 1993 o el CPACA, considerando como entidades públicas las del sector central -en este aparte se encuentran todos los criterios de acuerdo- y aquellas en las que el Estado tenga participación o control, sin ser pacíficos en el porcentaje de participación. Por lo tanto, es clara la necesidad que subyace al concepto de "entidad pública" para efectos

arbitrales y su importancia en el arbitraje, pues es un tema relevante para garantizar la coherencia y la seguridad jurídica en el sistema de arbitraje en Colombia.

5. Estudio de derecho comparado

La comparación (Ballesteros, 2017) entre Estados Unidos, Francia y Colombia en relación con el arbitraje y las entidades públicas puede abordarse desde distintos ángulos, incluyendo el marco legal, la práctica judicial y la cultura arbitral en cada país. A continuación, se presenta una comparación entre legislaciones:

Aspecto	Estados Unidos	Francia	Colombia
Marco legal	<p>En Estados Unidos, el arbitraje está regulado por la Ley Federal de Arbitraje (Federal Arbitration Act), la cual establece un marco legal favorable para el arbitraje.</p> <p>Las entidades públicas en Estados Unidos pueden participar en arbitrajes, y generalmente se rigen por las mismas reglas que las entidades privadas, siempre y cuando no existan restricciones específicas en la legislación estatal o federal.</p>	<p>Francia tiene una larga tradición en arbitraje y es conocida por su legislación pro-arbitraje, con el Código de Procedimiento Civil francés estableciendo un sólido marco legal para el arbitraje.</p> <p>Las entidades públicas francesas pueden participar en arbitrajes internacionales y nacionales, y generalmente se rigen por las mismas reglas que las entidades privadas, sin restricciones particulares en la legislación.</p>	<p>En Colombia, el arbitraje está regulado por la Ley 1563 de 2012, la cual establece el procedimiento y las reglas para el arbitraje nacional e internacional. La ley colombiana proporciona una protección especial al interés público cuando participan entidades públicas en arbitrajes, imponiendo condiciones adicionales y requisitos específicos en los procedimientos arbitrales en los que participan estas entidades.</p> <p>La definición de "entidad pública" para efectos de arbitraje en Colombia no está claramente establecida en la legislación, lo que ha generado incertidumbre sobre la ley aplicable y la</p>

			jurisdicción competente para conocer de los recursos.
Práctica judicial	<p>Para usar el arbitraje vinculante, se requiere que el director de la agencia, en consulta con el abogado general, publique orientaciones sobre el uso apropiado de la ADR</p> <p>La implementación exitosa de ADR en la contratación pública en EE. UU. lo convierte en un campo propicio para el arbitraje.</p>	La regla general en el derecho francés, es la prohibición del arbitraje en los litigios del derecho público.	En Colombia el arbitraje cuando se encuentre involucrada una entidad pública es viable, sin embargo, la legislación permea su diferencia con entidades de derecho privado, para salvaguardar el interés público.
Cultura arbitral.	Estados Unidos tiene una cultura arbitral arraigada, con un alto nivel de aceptación y uso del arbitraje en una variedad de sectores, incluyendo el comercial, laboral, de construcción y la contratación estatal. Ello sin hacer distinción si existe o no una entidad pública involucrada	Francia es conocida por su sólida cultura arbitral, con una larga historia de arbitraje y una actitud favorable hacia esta forma de resolución de disputas tanto a nivel nacional como internacional. Y aunque prohibido en principio el arbitraje en el Derecho Público, ha encontrado excepciones para arbitrar respecto de entidades industriales y mercantiles,	Colombia ha experimentado un crecimiento en su cultura arbitral en las últimas décadas, en mayor medida, desde su concepción en la Constitución. Sin embargo, la falta de claridad en la legislación respecto a las entidades públicas puede afectar la confianza en el sistema de arbitraje.

En resumen, mientras que Estados Unidos y Francia tienen marcos legales establecidos y una cultura pro-arbitraje bien arraigada, en el primero de estos, la Ley Federal de Arbitraje

(FAA) permite que las entidades públicas participen en arbitrajes en igualdad de condiciones que las entidades privadas, siempre y cuando no existan restricciones específicas en la legislación estatal o federal. En Francia, por otro lado, el arbitraje en disputas de derecho público está generalmente prohibido, aunque existen excepciones para ciertas entidades públicas, como las empresas industriales y comerciales del Estado.

La falta de claridad en la definición de "entidad pública" en Colombia genera incertidumbre en el sistema de arbitraje, especialmente cuando se trata de determinar si una disputa debe someterse a arbitraje público o privado. Esta ambigüedad puede afectar la confianza en el sistema arbitral, ya que las partes pueden no estar seguras de qué reglas y procedimientos se aplicarán a su caso. Además, la falta de una definición clara puede dar lugar a disputas sobre la jurisdicción y la competencia de los recursos que se pueden presentar contra los laudos, lo que puede retrasar la resolución de la controversia y aumentar los costos del proceso.

6. Conclusiones.

El concepto de entidad pública en Colombia es un término amplio y complejo que ha dado lugar a diversas interpretaciones y aplicaciones en diferentes ámbitos legales. A pesar de que la Constitución Política, la (Ley 489, 1998) (Ley de Organización y Funcionamiento de las Entidades del Orden Nacional), la (Ley 80, 1993) (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) y la (Ley 1437, 2011) (el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) ofrecen definiciones y clasificaciones de las entidades públicas, no existe una uniformidad en el uso del lenguaje legislativo.

El arbitraje en Colombia, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, se basa en el acuerdo mutuo de las partes para someter sus controversias a un tribunal arbitral, y tiene como uno de sus objetivos descongestionar los despachos judiciales, y agilizar la resolución de conflictos. El estatuto arbitral, regula este proceso y establece las reglas para el trámite cuando se está en presencia de una entidad estatal. Pero la falta de uniformidad frente a dicho concepto ha generado confusiones y ambigüedades en la identificación de qué entidades pueden ser consideradas públicas, para fines arbitrales.

La diversidad de criterios y definiciones presentes en las diferentes leyes y sentencias ha dificultado la tarea de determinar con precisión qué entidades deben ser consideradas públicas para efectos de la aplicación del Estatuto Arbitral y sus normas especiales cuando se esté en presencia de una persona de derecho público.

Esta ambigüedad en la definición de entidad pública no solo genera incertidumbre en cuanto a la ley aplicable a los arbitrajes en los que participa el Estado, sino que también

plantea interrogantes sobre la jurisdicción competente para conocer de los recursos que se interpongan contra los laudos arbitrales. En consecuencia, es fundamental contar con una definición más clara y precisa de "entidad pública" para efectos arbitrales, que tenga en cuenta los diferentes criterios presentes en la legislación y la jurisprudencia, y que busque un equilibrio entre la protección del interés público y la autonomía de las partes en los procesos arbitrales.

La participación de entidades públicas en arbitrajes introduce una dimensión de interés estatal que exige una regulación más certera que la ya existente. El estatuto arbitral establece condiciones y requisitos adicionales para los casos donde una de las partes sea una entidad pública, en miras de proteger los intereses del Estado y garantizar la transparencia en los procedimientos. Pero como ya se dijo, es insuficiente a la hora de definir que se entiende por entidades públicas; dicha falencia, puede conducir a la anulación del laudo arbitral por falta de competencia, lo cual desdibuja el propósito de la justicia arbitral.

El análisis realizado sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado en esta materia, revela como ya se mencionó, la existencia de inconsistencias y ambigüedades en la determinación de qué entidades son consideradas públicas para efectos arbitrales. Aunque dicho cuerpo colegiado ha adoptado un criterio orgánico para definir a las entidades estatales, este ha tenido su fundamento en diferentes leyes, dependiendo del magistrado en turno, como la Ley 489 de 1998, la Ley 80 de 1993 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), lo que ha generado inconsistencias en la definición y en los criterios para determinar la participación estatal en diversas entidades.

En algunas sentencias, el Consejo de Estado ha considerado como entidades públicas aquellas en las que el Estado tiene una participación superior al 50%, mientras que en otras ha incluido a todas las entidades con algún grado de participación estatal, independientemente del porcentaje. Esta falta de uniformidad ha creado incertidumbre en la práctica del arbitraje, ya que, al no ser una materia definida, las partes pueden no tener claridad sobre si una entidad es considerada pública o privada para tales efectos, lo que puede afectar la elección de la ley aplicable y la jurisdicción competente para conocer de los recursos contra los laudos arbitrales.

Además, la distinción entre estas y los patrimonios autónomos conformados con recursos públicos agrega otra capa de complejidad al sistema de arbitraje en Colombia; pues aquellos son conjuntos de bienes y derechos que, aunque pueden estar constituidos con fondos públicos, son gestionados de forma independiente del Estado, la mayoría del tiempo, siendo entidades de carácter privado. Aunque en la sentencia de unificación analizada reconoció que los patrimonios autónomos conformados con recursos públicos pueden ser considerados entidades estatales para efectos del arbitraje, se presentaron salvamentos de voto, en los que dicha idea difiere, por un lado al considerar que deben ser entendidas como

entidades privadas totalmente; o también se argumentó que anqué pueden ser consideradas públicas, aquellas se encuentran excluidas del conocimiento de lo contencioso administrativo, al ser entidades de carácter financiero. Todo lo anterior, genera incertidumbre sobre la aplicación de las normas en sede de arbitraje cuando se está en presencia de este tipo de patrimonios.

Para lograr una mayor claridad y coherencia en el sistema de arbitraje en Colombia, es fundamental que el legislado establezca una definición más precisa y amplia de "entidad pública" para que tenga aplicabilidad en el arbitraje; la cual debería tener en cuenta los diferentes criterios establecidos en la legislación y la jurisprudencia aquí analizados, en procura de un equilibrio entre la protección del interés público y la autonomía de las partes en los procesos arbitrales.

Es importante que esta definición no solo considere los órganos y entidades estatales tradicionales, sino que también incluya aquellas entidades en las que el Estado tenga una participación significativa, independientemente del porcentaje exacto de dicha participación; además, se deben incluir criterios para determinar cuándo un patrimonio autónomo debe ser de carácter público o privado.

Además, para determinar qué es una entidad pública, es crucial considerar tanto su estructura formal como las funciones que desempeña. Es decir, no solo se debe considerar si la entidad está formalmente vinculada al Estado, sino también si sus funciones y actividades están relacionadas con el interés público, este enfoque dual permitiría una clasificación más precisa y evitaría ambigüedades en la interpretación de la ley, especialmente en casos complejos como los patrimonios autónomos que, como ya se explicó pueden tener una estructura privada, pero al gestionan recursos públicos cumplen funciones de interés general.

También es importante que la definición de entidad pública para efectos arbitrales sea coherente con el marco legal existente, especialmente con la Ley 1563 de 2012, que regula el arbitraje en Colombia. Lo anterior, implicaría revisar y actualizar las leyes relevantes en la materia como la Ley 489 de 1998, la Ley 80 de 1993 y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), para garantizar que utilicen un lenguaje coherente y consistente. Asimismo, es importante fomentar una mayor colaboración y diálogo entre los diferentes actores involucrados en el sistema de arbitraje, como legisladores, jueces, árbitros y abogados. Esto permitiría identificar de mejor forma y resolver los problemas existentes, así como desarrollar soluciones conjuntas que fortalezcan el sistema arbitral y promuevan su uso como un mecanismo eficiente y confiable para la resolución de conflictos que involucren a entidades públicas.

La armonización legislativa y la definición clara de "entidad pública" no solo brindarían mayor seguridad jurídica a las partes involucradas en arbitrajes con entidades estatales,

sino que también fomentarían la confianza en el sistema arbitral en general, lo que, a su vez, podría aumentar el uso del arbitraje como una alternativa viable y efectiva a los tribunales judiciales, contribuyendo a descongestionar el sistema judicial y agilizar la resolución de conflictos.

Para tal propósito, Colombia podría mejorar su sistema de arbitraje público al observar el modelo de Estados Unidos, donde se permite una mayor participación de las entidades públicas en el arbitraje y se promueve el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos. En contraste con la legislación colombiana, la cual impone condiciones y requisitos adicionales para la participación de entidades públicas en arbitrajes, Estados Unidos permite que estas entidades participen en igualdad de condiciones que las privadas, siempre y cuando no existan restricciones legales específicas. Además, en aquel país, el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación y la conciliación, está más desarrollado que en Colombia.

En el contexto colombiano, la ampliación de la participación de las entidades públicas en arbitrajes busca superar las limitaciones actuales y fomentar un sistema más eficiente y equitativo. Para ello, las entidades públicas deberían poder someter a arbitraje una gama más amplia de disputas, más allá de las meramente contractuales. Esto podría incluir asuntos de responsabilidad extracontractual, concesiones, licencias y otros temas de derecho administrativo, siempre y cuando no se comprometa el interés público.

Actualmente, la legislación colombiana impone condiciones y requisitos adicionales a la participación de entidades públicas en arbitrajes, lo que puede evitar que las partes vean en esta institución una alternativa eficaz y viable para la solución de sus controversias. Al permitirles someter a arbitraje una gama más amplia de disputas en igualdad de condiciones que las entidades privadas, se fomentaría el uso de este mecanismo y se aliviaría la carga de los tribunales judiciales. Sin embargo, es crucial establecer salvaguardas para garantizar la protección del interés público en estos casos.

Para terminar, una perspectiva más amplia sobre el concepto de entidad pública en el contexto del arbitraje en Colombia es esencial para garantizar la seguridad jurídica y la confianza en el sistema arbitral. Esto implica no solo establecer una definición clara y coherente de "entidad pública" para efectos arbitrales, sino también armonizar las diferentes leyes que regulan tanto a las entidades públicas como al arbitraje, con el fin de evitar contradicciones y ambigüedades en la interpretación y aplicación de las normas.

La armonización legislativa es crucial para evitar contradicciones y ambigüedades en la interpretación y aplicación de las normas. Para avanzar en una cultura pro arbitraje, se recomienda la creación de una ley marco que defina de manera clara y precisa el concepto de entidad pública para efectos arbitrales, así como las reglas aplicables a los arbitrajes en los que participen dichas entidades. Esta ley marco debería integrar los diferentes criterios

establecidos en la legislación y la jurisprudencia, buscando un equilibrio entre la protección del interés público y la autonomía de la voluntad de las partes.

Para fomentar el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, incluso cuando involucran a entidades públicas, se hace necesario educar a los funcionarios públicos, abogados y a la sociedad en general sobre los beneficios del arbitraje, como su eficiencia, flexibilidad y confidencialidad. También es importante destacar que el arbitraje puede ser una herramienta valiosa para resolver disputas que involucran a entidades públicas de manera justa, equitativa y eficaz, sin comprometer el interés público.

En última instancia, una perspectiva más amplia sobre el concepto de entidad pública en el contexto del arbitraje en Colombia no solo fortalecería el sistema arbitral, sino que también contribuiría a un entorno legal más transparente y predecible, lo que a su vez fomentaría la inversión y el desarrollo económico en el país.

7. Bibliografía

- 14.202, Radicado: 80-CE-SEC3-EXP1998-N14202 (Consejo de Estado, Sección Tercera, MP Juan de Dios Montes Hernández 20 de agosto de 1998).
- 14.519, Radicado: 25000-23-24-000-2002-00700-01 (Consejo de Estado, Sección Cuarta, MP Juan Angel Palacio Hincapie 26 de septiembre de 2007).
- 1815, 11001-03-06-000-2007-00020-00 (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, MP Enrique José Arboleda Perdomo 26 de abril de 2007).
- 19.248, Radicado: 85001-23-31-000-2011-00020-02 (Consejo de Estado, Sección Cuarta, MP Jorge Octavio Ramírez Ramírez 21 de agosto de 2009).
- 2025, Referencia: Radicado 11001-03-06-000-2007-00020-00 (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, MP Augusto Hernández Becerra 08 de septiembre de 2011).
- 42.003, Radicado: 25000-23-26-000-2009-00131-01 (Consejo de Estado, Sección Tercera, MP Alberto Montaña Plata 03 de septiembre de 2020).
- 56.346A, Radicado: 11001-03-26-000-2016-00028-01 (Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección A, MP Hernan Andrade Rincon 14 de septiembre de 2016).
- 62.596, Radicado: 11001-03-26-000-2018-00179-00 (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, MP Carlos Alberto Zambrano Barrera 30 de mayo de 2019).
- 63.266, Radicado: 11001-03-26-000-2019-00015-00 (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, MP María Adriana Marín 17 de abril de 2020).
- 64.129, Radicado: 11001-03-26-000-2019-00091-00 (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, MP Nicolás Yepes Corrales 18 de diciembre de 2020).
- 64.255, Radicado: 11001-03-26-000-2019-00107-00 (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, MP Alberto Montaña Plata 3 de marzo de 2020).
- 66.091, Radicado: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, MP María Adriana Marín 28 de septiembre de 2021).
- 67.223, Radicado: 11001032600020210014100 (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, MP Nicolás Yepes Corrales 22 de noviembre de 2021).
- 67.645, Radicado: 11001-03-26-000-2021-00215-00 (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, MP José Roberto Sáchica Méndez 13 de junio de 2022).
- Ballesteros, C. (marzo de 2017). El arbitraje de derecho público. Universitat Internacional de Catalunya.
- Bejarano, R. (2019). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Bogotá: Temis.
- C-305, Referencia: Expediente D-9330 (Corte Constitucional 22 de mayo de 2013).
- C-357, Referencia: Expediente D-564 (Corte Constitucional, MP Jorge Arango Mejía 11 de agosto de 1994).
- C-374, Referencia: Expediente D-513 (Corte Constitucional, MP Jorge Arango Mejía 25 de agosto de 1994).
- C-629, Referencia: expediente D-4448 (Corte Constitucional, MP Alvaro Tafur Galvis 29 de julio de 2003).

C-713, Referencia: Expediente P.E. 030 (Corte Constitucional, MP Clara Inés Vargas Hernández 15 de julio de 2008).

C-947 Corte Constitucional , C-947, Referencia: expediente LAT-427 (Corte Constitucional, MP GLoria Stella Ortiz Delgado 4 de diciembre de 2014).

C-953, Referencia: Expedientes D-2521, D-2525, D-2540, D-2553 y D-2558. (Corte Constitucional, MP Alfredo Beltrán Sierra 1 de diciembre de 1999).

Calderón, y. J. (2022). La responsabilidad del estado por error judicial en laudos arbitrales.

Comisión Intersectorial de Estadísticas de Finanzas Públicas. (diciembre de 2018). Clasificación de entidades del sector público colombiano para la elaboración de Estadísticas de Finanzas. Bogotá.

Concepto N° 1303, Radicado: 11001-03-06-000-2000-01303-01 (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil 01 de enero de 2001).

Concepto N°1423, Radicado: CE-SC-RAD2002-N1423 (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, MP Cesar Hoyos Salazar 23 de mayo de 2002).

Constitución Política de Colombia . (1886). Colombia .

Constitución Política de Colombia . (1991). Colombia .

Decreto Ley 1050. (1968). *Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional.*

Decreto Ley 3130. (1968). *Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional.*

Díaz, H. (2011). *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje. Con especial referencia a la aceptación del arbitraje contencioso-administrativo.* Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi.

Echeverry, G. (2010). *Nuevo régimen de arbitramento - Manual práctico.* Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Ley 142. (11 de julio de 1994). *por la cual Se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.*

Ley 1437. (18 de enero de 2011). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

Ley 1563. (2012). *Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.*

Ley 1564. (12 de julio de 2012). *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.*

Ley 489. (29 de diciembre de 1998). *Por la cuál se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189.*

Ley 80. (28 de octubre de 1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.*

Platón. (1979). *Las Leyes.* México: Porrúa.

- Rey, P. (2013). *El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre la formalización y judicialización*. Bogotá.
- Rico, L. (2018). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Leyer editores.
- Silva, C. (enero de 2021). *La Evolución del Arbitraje en Colombia*. Bogotá, Colombia : Cámara de Comercio de Bogotá.
- Solarte, A. (2017). *El árbitro y la función arbitral: obligaciones del árbitro para con las partes* (Vols. Tomo I, volumen II). Bogotá: Ibañez.
- Tarazona, J. (2019). *Ruta histórica legislativa del arbitraje nacional Colombiano*. Cúcuta, Colombia: Universidad Libre.