

Proyección y cambios recientes en el arbitraje de contratos públicos en Francia

Estudio comparativo sobre su evolución en Francia y en Colombia

Myriam Salcedo Castro



EB CAMARA
DE COMERCIO DE BOGOTÁ
Por nuestra sociedad

25
CENTRO
DE ARBITRAJE
Y CONCILIACIÓN

EB CAMARA
DE COMERCIO DE BOGOTÁ
Por nuestra sociedad



25 años
CENTRO
DE ARBITRAJE
Y CONCILIACIÓN



Proyección y cambios recientes en el arbitraje de contratos públicos en Francia

Estudio comparativo sobre su
evolución en Francia
y en Colombia

Myriam Salcedo Castro

d

COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

- © 2008 Editorial Universidad del Rosario
© 2008 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2008 Myriam Salcedo Castro
© 2008 Informe del Consejo de Estado Francés, traducción de Myriam Salcedo Castro

ISBN: 978-958-8378-72-3

Primera edición: Bogotá, D.C., noviembre de 2008
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Impresión:
Diseño de cubierta: Antonio Alarcón
Editorial Universidad del Rosario
Cra. 7 N° 13-41 Tel.: 297 02 00 Ext. 7724
editorial@urosario.edu.co

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

SALCEDO CASTRO, Myriam

Proyección y cambios recientes en el arbitraje de contratos públicos en Francia. Estudio comparativo sobre su evolución en Francia y en Colombia / Myriam Salcedo Castro.—
Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.
114 p.—(Colección Textos de jurisprudencia).

ISBN: 978-958-8378-72-3

Contratos públicos – Colombia / Contratos públicos – Francia / Arbitraje
(Derecho administrativo) / Contratos administrativos – Legislación / Derecho administrativo
/ I. Título / II. Serie.

350.711 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

¿En qué ha radicado la diferencia en la evolución del arbitraje de contratos públicos en Francia y en Colombia?	
I.	Tratamiento del arbitraje interno 14
A.	En Francia ha sido para ciertas personas de derecho público y para determinados tipos de litigios 15
a.	La interpretación que conlleva a la prohibición del arbitraje tiene un origen histórico 16
b.	La autorización legislativa del arbitraje de contratos públicos 20
1.	El caso de ciertos establecimientos públicos industriales y comerciales..... 21
2.	El arbitraje en los <i>marchés publics</i> 23
B.	En Colombia existe una tradición de tratamiento favorable del arbitraje 26
a.	La autorización jurisprudencial fue anterior a la autorización legislativa 26
1.	La interpretación de la Corte Suprema de Justicia en su condición de juez de los contratos administrativos 26
2.	La interpretación de la Corte Suprema de Justicia en su condición de juez constitucional 29
b.	Evolución de la autorización legislativa 31
1.	La Ley 4 de 1964 31
2.	La práctica del arbitraje en este periodo..... 34
3.	El Decreto Ley 150 de 1976..... 36
4.	El Decreto 222 de 1983 38

II.	Tratamiento del arbitraje internacional	39
A.	En Francia los cambios se acentúan bajo la influencia del comercio internacional	40
1.	Las convenciones internacionales que autorizan el arbitraje en los contratos de Estado	42
a.	La Convención de Ginebra del 21 de abril de 1961	43
b.	La Convención de Washington firmada el 18 de marzo de 1965	44
c.	El Tratado de Canterbury del 12 de febrero de 1986	44
2.	La autorización legislativa	45
a.	Tratamiento de los contratos celebrados con organismos internacionales	45
b.	La interpretación jurisprudencial	49
B.	En Colombia se desarrollan límites frente al arbitraje internacional como consecuencia del contexto histórico y político latinoamericano	53
1.	De la doctrina Calvo a la cláusula Calvo.....	54
a.	Las convenciones internacionales.....	58
b.	Los actos unilaterales.....	62
2.	La cláusula Calvo	63
a.	La aceptación de la cláusula Calvo por las comisiones internacionales de reclamación	64
b.	La incidencia de la doctrina y de la Cláusula Calvo sobre el arbitraje internacional de contratos públicos	66
	Bibliografía.....	74

Informe del Consejo de Estado francés
-Traducción-

Grupo de trabajo sobre el arbitraje. 13 de marzo de 2007	77
Informe	77

1.	El campo del arbitraje en los litigios que involucran personas públicas	79
1.1.	En el estado actual del derecho, las personas morales de derecho público no pueden, en principio, someterse al arbitraje	79
1.2.	El grupo de trabajo estimó posible la autorización general del arbitraje para los litigios contractuales de las personas morales de derecho público	81
1.2.1.	En lo relativo al campo orgánico del arbitraje, el grupo de trabajo se puso de acuerdo respecto de la extensión del arbitraje a todas las personas morales de derecho público sin establecer distinciones entre ellas	81
1.2.2.	En lo que respecta al campo material del arbitraje, el grupo de trabajo acordó incluir los litigios nacidos de un contrato y que oponen a las partes de ese contrato	82
1.3.	El grupo de trabajo consideró que no era oportuno abrir el arbitraje fuera del campo contractual	83
2.	Las consecuencias de la autorización del arbitraje para los litigios que involucran personas públicas	85
2.1.	La sumisión al arbitraje de un litigio que concierne las personas públicas no tiene incidencia sobre el derecho aplicable al litigio	85
2.2.	El recurso al arbitraje aparece igualmente sin incidencia sobre la determinación de la ley francesa o extranjera, aplicable a un contrato realizado por una persona pública francesa	86
2.3.	El grupo de trabajo no deseaba tampoco que el recurso al arbitraje afectara el campo de poderes del árbitro que zanjara el litigio	88

2.3.1.	El grupo de trabajo se pronunció unánimemente en favor de que los árbitros dispongan de <i>plenitud de jurisdicción</i>	88
2.3.2.	El grupo se preguntó igualmente si era necesario prever la posibilidad de que el árbitro pueda pronunciarse como amigable componedor y rechazó tal posibilidad.....	88
2.4.	Finalmente, la sumisión del litigio al arbitraje no tiene incidencias sobre los derechos de terceros en el litigio	89
3.	Las modalidades del arbitraje que involucran personas públicas..	90
3.1.	Estas modalidades se refieren inicialmente al acuerdo arbitral	90
3.2.	El procedimiento aplicable al litigio sometido al arbitraje debe fijarse por disposiciones reglamentarias y por el pacto arbitral	92
3.3.	La publicidad que implica el procedimiento de arbitraje y la decisión proferida deberá fijarse por disposiciones legislativas o reglamentarias	94
3.4.	El grupo de trabajo se preguntó finalmente sobre la ejecución del laudo arbitral y los recursos susceptibles de ejercerse en su contra	98
3.4.1.	La ejecución de la sentencia arbitral debería ser objeto de disposiciones expresas	98
3.4.2.	El grupo de trabajo estimó oportuno reservar sólo el recurso de casación contra la sentencia arbitral	98
3.4.3.	Finalmente, el grupo de trabajo examinó la cuestión de acordar al juez de casación, en caso de casación de la sentencia, el poder de examinar el fondo del litigio.....	100
	Informe del Consejo de Estado francés sobre el arbitraje de personas públicas. 13 de marzo de 2007	103

Proyecto de ley.....	103
----------------------	-----

Comentarios al informe del Consejo de Estado

I.	La consensualidad del arbitraje en derecho público.....	107
	A. La negociación del pacto arbitral	108
	B. La arbitrabilidad se limita a los litigios contractuales	109
II.	Las adaptaciones del procedimiento arbitral	110
	A. Las adaptaciones surgen de las necesidades del derecho administrativo frente al procedimiento civil	111
	B. El laudo solo será objeto de un recurso de casación	111

Agradezco de manera especial a mis amigos Fabricio Mantilla, por los comentarios hechos a la traducción del Informe del Consejo de Estado, y a Claudia Páez, por sus comentarios al artículo sobre la diferencia histórica del arbitraje de contratos públicos en Francia y en Colombia. Igualmente agradezco al Dr. julio Benetti Salgar por haberme permitido estudiar valiosos documentos históricos que hacen parte de su biblioteca personal y que constituyen parte esencial del estudio que se presenta a continuación.

¿En qué ha radicado la diferencia en la evolución del arbitraje de contratos públicos en Francia y en Colombia?

1. En este estudio nos proponemos estudiar las raíces de la evolución histórica del arbitraje de contratos públicos en Francia y en Colombia. Antes de comenzar hay que confesar que estos dos países no fueron escogidos al azar.

2. Lo cierto es que gran parte del derecho colombiano sigue de manera bastante fidedigna varias disciplinas del derecho francés. Este es el caso del derecho civil, que encuentra su fuente en el Código de Napoleón, o del derecho administrativo, que siguió el modelo de jurisdicción administrativa especializada encabezada por un Consejo de Estado y, adicionalmente, muy de cerca, la evolución de la jurisprudencia francesa que estableció los grandes principios del derecho administrativo, tales como el de legalidad, la autonomía del derecho administrativo, la teoría de los contratos de la administración y el modelo de descentralización administrativa, entre otros.

3. Es justamente por ello que el arbitraje de contratos públicos tiende a generar muchos equívocos. Esta afirmación nos obliga a hacer ciertas precisiones: de un lado, la teoría general del arbitraje aplicada en Colombia sigue el modelo continental europeo¹ y acoge algunos de los grandes principios desarrollados en Francia por la Corte de Casación, consagrados en el Código de Procedimiento Civil francés; y de otro lado, cuando hablamos de contratos públicos, podemos pensar inmediatamente en la teoría de los contratos de la administración desarrollada por el Consejo de Estado francés, que fue acogida

¹ Sobre los orígenes históricos del arbitraje ver el importante desarrollo realizado por la introducción del libro de Thomas Clay, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001. El autor hace un recuento detallado de la utilización del arbitraje por diferentes pueblos desde la antigüedad hasta nuestros días. Sobre el arbitraje en la Grecia antigua puede consultarse a Julie Velissaro-Popoulou-Karacostas, *L'arbitrage dans la Grèce antique. Epoques archaïque et classique. Revue de l'Arbitrage*: 9, 2000. En el derecho romano, Emilsen Gonzáles de Cancino, *Arbitraje romano*, en E. Silva Romero, *El contrato de arbitraje*. Bogota Legis y Universidad del Rosario, 2005, p. 21 - 40. En el período moderno de los siglos XVI al XVII, Jean Hilaire, *L'arbitrage dans la période moderne (XVI ème- XVIII ème siècle)*, *Revue de l'arbitrage*, 2, 185- 226, 2000.

en nuestro derecho inicialmente por la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano y en seguida por el Decreto Ley 150 de 1976, y luego por el Decreto 222 de 1983, que constituyeron en su momento los estatutos de contratación administrativa.

4. En ese orden de ideas, a pesar de que podemos comprobar con lo anterior que en nuestro derecho ha habido una fuerte influencia del derecho francés en materia de arbitraje y de contratos públicos, cuando analizamos conjuntamente los términos arbitraje de contratos públicos, sólo el conocimiento exacto de la evolución del “arbitraje en los contratos públicos” nos permite comprobar que el desarrollo y el estado actual de estas dos instituciones está lejos de ser similar.

5. Es por ello que nos proponemos mostrar la diferencia en la evolución de esta materia en Francia y en Colombia, tomando como base la distinción en el tratamiento del arbitraje interno e internacional, no sin antes interrogarnos sobre cuáles han sido los hechos que han determinado una evolución diferente en los dos lados del Atlántico, y que tiende a acercarse gracias al informe rendido por el Consejo de Estado francés en marzo de 2007 y al proyecto de ley elaborado por dicha corporación con el fin de extender la posibilidad de someter los litigios contractuales de la administración a todas las personas públicas.

I. Tratamiento del arbitraje interno

6. La principal diferencia entre el tratamiento del arbitraje interno en Francia y en Colombia corresponde a la actitud que ha tenido la jurisdicción estatal respecto del arbitraje. En efecto, en Francia la jurisdicción administrativa ha sido particularmente estricta en la exigencia de una ley previa que habilite a la administración para renunciar a la jurisdicción del Estado por medio de un pacto arbitral. Por el contrario, en Colombia los jueces se han mostrado más favorables al arbitraje puesto que éste forma parte de la cultura jurídica colombiana, y han visto con buenos ojos la existencia de esta alternativa de administración de justicia.

7. Por ello la autorización del arbitraje de contratos públicos en Francia se ha desarrollado paulatinamente, a partir de autorizaciones concretas a ciertos entes administrativos y para determinado tipo de litigios, mientras que en

Colombia la autorización jurisdiccional es anterior a la autorización legislativa, ya que proviene de una interpretación del ordenamiento jurídico colombiano y de una posterior regulación legal.

A. En Francia ha sido para ciertas personas de derecho público y para determinados tipos de litigios

8. Las autorizaciones puntuales del arbitraje en materia de contratos públicos nos llevan a referirnos, en primer lugar, al principio de prohibición del arbitraje, toda vez que éste se dirige al Estado, las colectividades territoriales y sus establecimientos públicos de carácter administrativo; así como a los establecimientos públicos industriales y comerciales. El profesor Yves Gaudemet² explica que esto no resulta muy coherente a partir del momento en que la jurisprudencia somete, en principio, al derecho privado y al contencioso ordinario las actividades de esta categoría de establecimientos públicos.

9. En este contexto, la autorización del arbitraje en derecho administrativo francés resulta ser sin duda alguna una excepción. Sin embargo, el artículo 311-6 del Código de Justicia Administrativa reúne en orden cronológico las disposiciones que autorizan el arbitraje, comenzando por el más antiguo: el arbitraje en los *marchés publics*. Así las cosas, por derogación a las disposiciones que determinan la competencia de las jurisdicciones administrativas en primera instancia, el artículo 311-6 del citado código prevé en qué casos es posible pactar arbitraje.³

² Yves Gaudemet, *L'arbitrage et droit public, Droit & patrimoine*, 105, 83-87, 2002; especialmente p. 84

³ “El artículo 69 de la Ley del 17 de abril de 1906, por la cual se fija el presupuesto general de gastos y de ingresos del ejercicio (fiscal) de 1906, retomado en los artículos 247 y 361 del Código de *Marchés Publics*;

El artículo 7 de la Ley 75-596 del 9 de julio de 1975 por la cual se toman diferentes disposiciones relativas a la reforma del procedimiento civil ;

El artículo 19 de la Ley 82-610 del 15 de julio de 1982 de orientación y de programación para la investigación y el desarrollo tecnológico ;

El artículo 25 de la Ley 82-1153 del 30 de diciembre de 1982 de orientación de transportes interiores;

a. La interpretación que conlleva a la prohibición del arbitraje tiene un origen histórico

10. Para entender el alcance de la prohibición del arbitraje en el derecho público francés es necesario estudiar el título XVI del Código Civil, que reglamenta de manera general lo concerniente al arbitraje en derecho civil. Particularmente el artículo 2.060 establece: “No es posible pactar cláusula arbitral... en las controversias relativas a las colectividades públicas, a los establecimientos públicos y en general en todas las materias relativas al orden público.”

11. Del análisis del texto del citado artículo se deduce primero una restricción *ratione personae*, que prohíbe pactar el compromiso de arbitraje a ciertas personas de derecho público, y en seguida una prohibición material relativa al orden público, sobre la cual resulta necesario establecer criterios de interpretación en materia de derecho público.

12. Si bien este artículo no se refiere sino a una prohibición dirigida a las colectividades y a los establecimientos públicos, la jurisprudencia —al interpretarlo— ha hecho extensiva esta prohibición a todas las personas públicas, sin hacer referencia a la prohibición relativa a las materias relacionadas con el orden público.

13. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho una interpretación bastante amplia de dicho artículo. En efecto, para esta institución la prohibición comprende todas las personas públicas, así éstas no pertenezcan a la categoría de colectividades públicas ni a la de establecimientos públicos. Cabe notar que esta interpretación data del siglo XIX. En efecto, en dicha época el principio de prohibición del arbitraje resultaba de la conjugación

El artículo 9 de la Ley 86-972 del 19 de agosto de 1986 por la cual se toman diferentes disposiciones relativas a las entidades territoriales locales;

El artículo 28 de la Ley 90-586 del 2 de julio de 1990 relativo a la organización del servicio público de correos y de telecomunicaciones;

El artículo 24 de la Ley 95-877 del 3 de agosto de 1995 por la cual se transpone la directiva 93/7, del 15 de marzo de 1993, expedida por el Consejo de Comunidades Europeas, relativa a la restitución de bienes culturales que salieron ilícitamente del territorio de un Estado miembro;

El artículo 3 de la Ley 97-135 del 13 de febrero de 1997 “por la cual se crea el establecimiento público “Réseau Ferré de France” para la renovación del transporte ferroviario.”

El arbitraje en Francia y en Colombia parte de una misma lógica: la autonomía de la voluntad y la libre disposición de los derechos como criterios indispensables para la arbitrabilidad de los litigios. A pesar de esto, la prohibición del arbitraje a las personas de derecho público francés es el resultado de una especificidad típicamente francesa: la separación de los órdenes de jurisdicción. En Francia no existen sino dos jurisdicciones, la judicial (jurisdicción ordinaria) y la administrativa. La autonomía de esta última fue el fruto de una lenta evolución ganada gracias al trabajo del Consejo de Estado francés. En consecuencia, la prohibición orgánica del arbitraje fue arduamente defendida por éste en múltiples ocasiones. Sin embargo, en la actualidad, su posición ha dado un importante giro que se manifiesta claramente en el informe que se traduce en el presente texto. Es por ello que las profundas diferencias en tratamiento del arbitraje de los contratos de las personas de derecho público en Francia y en Colombia (primera parte), tienden a desaparecer según lo manifestado en el último informe del Consejo de Estado francés (segunda parte), tal como se resalta en los comentarios presentados a ese propósito (tercera parte) en el presente trabajo.

