

Alcances del arbitraje en derecho administrativo frente a los contratos celebrados por la Administración Pública *

Scope of arbitration in administrative law against contracts concluded by the Public Administration

Sonia Sánchez Arteaga **

Faisury Rodríguez Castillo ***

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.33.6036>

Resumen

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que paulatinamente se ha posicionado como uno de los métodos alternos al judicial más importantes y recurrentes en Colombia, debido a que es aplicable a diferentes áreas del derecho como el comercial, laboral y más recientemente al derecho administrativo. En este último se han generado avances jurídicos relevantes no solamente desde lo legal, sino también desde lo jurisprudencial, de ahí que se esté incentivando el uso de este tipo de medidas que además de disminuir la congestión en los despachos judiciales de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, también se presenta como un método con efectos jurídicos equivalentes a los de un proceso judicial, lo cual brinda seguridad jurídica al momento de asumir voluntariamente el arbitraje como alternativa para resolver controversias en los contratos celebrados por la Administración Pública. Para esta investigación se realizó una investigación de corte descriptivo-cualitativo ya que se acudió a la normatividad vigente y los aportes jurisprudenciales para analizar la situación jurídica del arbitraje en el ordenamiento jurídico colombiano. Es una investigación cualitativa, centrada en el análisis de principios y teorías principalmente administrativas, que va de lo general a lo particular mediante el método deductivo.

Palabras clave: Arbitraje; Teoría del conflicto; Contrato; Jurisdicción.

Abstract

Arbitration is an alternative dispute resolution mechanism that has gradually positioned itself as one of the most important and recurring alternative methods to the judiciary in Colombia,

* Resultado de proyecto de Investigación Institucional *Alcances del arbitraje en materia de derecho administrativo, frente al control de legalidad de los actos administrativos contractuales* de la Universidad Libre Seccional Cali

** Abogada de la Universidad del Cauca, Colombia y Psicóloga de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia de Colombia, Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Santiago de Cali, Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Cooperativa de Colombia, Magister en Derecho de la Universidad de Manizales, estudiante regular de los cursos válidos para el Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Coordinadora de la Especialización en Psicología Jurídica y Forense y de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Libre seccional Cali; Correo electrónico: soniasanchezarteaga@hotmail.com

*** Abogada de la Universidad Libre seccional Cali. Investigadora externa e integrante del grupo de investigación Derecho Constitucional, Administrativo y Derecho Internacional Público de la Universidad Libre seccional Cali. Correo electrónico: faroca07@gmail.com

because it is applicable to different areas of law such as commercial, labor and more recently administrative law. In the latter, important legal advances have been generated not only from the legal but also from the jurisprudential, hence the use of this type of measures is being encouraged, in addition to reducing congestion in the judicial offices of the jurisdiction of the Administrative litigation is also presented as a method with legal effects equivalent to those of a judicial process, which provides legal certainty when voluntarily assuming arbitration as an alternative to resolve disputes in contracts concluded by the Public Administration. For this investigation, a descriptive-qualitative investigation was carried out since the current regulations and jurisprudential contributions were used to analyze the legal situation of arbitration in the Colombian legal system. It is a qualitative investigation, focused on the analysis of principal administrative principles and theories, which goes from the general to the particular through the deductive method.

Keywords: Arbitration; Conflict theory; Contract; Jurisdiction.

Introducción

La congestión judicial en Colombia es una realidad latente, cada vez más la garantía del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia resulta tardía e ineficiente, de ahí que sea necesario promover la práctica de otros mecanismos que contribuyan a la solución pacífica y jurídica de las controversias que surjan entre los ciudadanos. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos (en adelante MASC) buscan mitigar la problemática, sin embargo, los practicantes del derecho optan, prevalentemente, por solucionar las controversias vía judicial, lo que aumenta la carga para los despachos judiciales y la incapacidad para resolver oportunamente las controversias jurídicas suscitadas. Si bien es cierto, los mecanismos contemplados en el ordenamiento jurídico colombiano son varios, también es cierto que estas alternativas no son las adecuadas para resolver todos los asuntos del mundo jurídico, por ello, la ley ha creado imperativos de acción y competencia para los MASC.

La ley pionera en materia de MASC fue la Ley 23 de 1991 por medio de la cual se crearon mecanismos destinados a la descongestión judicial y se regula la conciliación en ciertas materias del derecho como el de familia y laboral en esta ley también se crearon disposiciones normativas del arbitramento, aunque en menor proporción que las disposiciones sobre conciliación. Posteriormente, la ley 446 de 1998 derogó varios artículos de la ley 23 de 1991 y contempló normas generales para la práctica del arbitramento y destina un título especial para la amigable composición como mecanismo alternativo. La ley 640 de 2001 marcó un importante precedente en la regulación de los MASC porque reglamentó la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción civil, de familia y contencioso administrativa, no obstante, esta ley continuó con la dinámica de desarrollar legal y doctrinalmente la conciliación como el mecanismo más importante de los MASC y dejó a un lado las demás alternativas contempladas con anterioridad. Ahora, la ley 1563 de 2012 avanzó principalmente en la regulación normativa del arbitramento, de ahí que su rubro sea Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, en esta ley a diferencia de las leyes en materia de conciliación, se desarrolla la amigable composición y se determina su definición,

efectos y procedimiento. Para el tema que se aborda en este artículo de investigación, la ley 1563 de 2012 es de gran relevancia por lo que su estudio y aplicación representa varias teorías y debates sobre el arbitramento, específicamente en la ejecución del mismo en asuntos donde se involucre a la administración pública.

El asunto a investigar comprende dos dimensiones que deben ser analizadas desde la teoría y la práctica jurídica, por una parte, se encuentra la teoría del arbitraje y por otra, la teoría del acto administrativo. Ambas dimensiones han sido desarrolladas conceptualmente por diversas investigaciones en el campo del derecho, las cuales han indagado por el papel del arbitraje en materias específicas como el derecho administrativo. La teoría del arbitraje comprende tres tesis principales que serán desarrolladas posteriormente, las cuales se generan a partir de su naturaleza: la contractual, la jurisdiccional e híbrida. La teoría del acto administrativo por su parte, contempla dos aspectos importantes a tener en cuenta, el primero son los actos de carácter general donde importa principalmente la voluntad de la administración pública en el marco de sus funciones constitucionales y legales; el segundo, podría decirse, es de carácter especial puesto que versa sobre los actos administrativos de carácter contractual observados directamente a partir del ejercicio de los poderes exorbitantes de la Administración en el desarrollo de un contrato estatal, esta segunda dimensión y especialmente su segundo aspecto servirá para establecer el carácter arbitrable de los actos administrativos contractuales.

Teoría del conflicto y mecanismos alternativos para el consenso.

La esencia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, es el conflicto mismo, ya que su aplicación práctica se genera una vez se está frente a una contradicción o controversia interpersonal. La presencia del conflicto ha conllevado al derecho a regular diversas conductas para evitar que éste se presente, sin embargo, las relaciones sociales están inmersas en dicotomías y diferencias que en ocasiones genera confrontaciones, colisiones o disputas, lo cual no necesariamente responde a un efecto negativo de estas relaciones; sino que responden al actuar natural de las personas en defensa de sus intereses, debe observarse entonces el conflicto como una posibilidad de aplicar el derecho y otras alternativas para resolverlos. En ese sentido, la palabra conflicto desde la Real Academia Española (2018) es análoga con combate, lucha y pelea; no obstante, los sinónimos propuestos por la RAE no generan ningún tipo de definición y tampoco posibilita una interpretación de lo que es el conflicto porque es erróneo equiparar estos términos o manifestar que uno direcciona al otro. De ahí que sea necesario inquietar por el término conflicto desde aquellos que lo observan como una categoría más compleja.

El dinamismo en el que se enmarcan las relaciones sociales generan continuamente conflictos que la ciencia jurídica y las mismas personas buscan resolver: "..., el conflicto que hemos definido como una especie de género "relación social", es decir, como una secuencia de conductas recíprocas, cuya diferencia con ese género reside en la incompatibilidad de los objetivos de los actores que las realizan." (Entelman, 2005, p. 75).

El propósito de este acápite es hablar genéricamente del conflicto y no adentrarse en la discriminación o clases del mismo, sino más bien determinar los factores básicos del concepto. Podría decirse que el conflicto es un fenómeno natural de las relaciones

interpersonales o grupales, así mismo es inherente de las relaciones humanas discernir sobre la solución de las controversias. El conflicto según Boulding (1963) esta precedido por el comportamiento competitivo que se genera entre personas o grupos cuando tienen objetivos incompatibles o recursos limitados y desean conscientemente la posición del otro. El conflicto es un tema transversal en la vida humana de ahí que varias ciencias sociales como la psicología, la sociología, la antropología, la economía, la política y el derecho aporten de diferentes maneras a su construcción teórica y práctica. El conflicto en sí mismo no debe analizarse como un mal presentado en las relaciones sociales, sino que debe observarse como esa posibilidad de crear dialéctica y transformación a partir del intercambio de ideas, el discurso y la comunicación con la pretensión de restaurar el equilibrio y dar solución a los intereses que han sido transversales al conflicto.

Las relaciones sociales constituyen otro elemento fundamental en la teoría del conflicto. Ellas suponen la existencia de acciones sociales en cabeza de distintos actores, es decir, actuaciones que influyen sobre otros sujetos titulares a su vez, de intereses y valores. [...] a ese punto de intersección los sujetos comparecen siendo portadores de ciertas cualidades variables y desiguales, como una mayor o menor posesión de poder. (Silva, 2008, pp. 33-37).

En diversos textos se encuentra que es principalmente la sociología quien se ha encargado de conceptualizar el conflicto, además en las definiciones aquí presentadas se observan que existen elementos imprescindibles que dan lugar a las divergencias: los intereses irreconciliables es uno de aquellos elementos proclives al conflicto; en suma, las relaciones de poder que se establecen en el marco las relaciones sociales o interpersonales están precedidas por la defensa de los interés de las partes que entre otras cosas también se encuentra determinada por el contexto económico, social o cultural. El profesor Silva, complementando los elementos del conflicto expuestos por Ferrari (1989) -organización social, las partes y la cuestión en disputa- agregó de manera específica otras situaciones que se presentan o desarrollan el conflicto:

..., las características de la actuación conflictual están directamente relacionadas con la clase de poder a disposición (tipo de atribuciones), las condiciones implícitas en el contexto (físicas, sociales, económicas y políticas), las condiciones y los roles sociales previstos en la definición de la situación particular, los medios que se encuentran (asequibles e idóneos), el grado de institucionalización del conflicto, los objetivos perseguidos y los costos involucrados. (Silva, 2008, p. 39).

En el conflicto pueden verse representados diversos factores que bien podrían intensificarlo o mitigarlo, el contexto por ejemplo es determinante tanto en la solución como en la clasificación del conflicto, en el primer de los casos, la solución pacífica compromete la capacidad jurídica e institucional del Estado para resolver las contradicciones de la ciudadanía y en el segundo, podría decirse es la forma como las personas o los grupos asumen el conflicto y lo resuelven. Las teorías del conflicto se enmarcan en tres ejes que no serán profundizados en esta investigación porque no es la premisa a inquietar, sin embargo, es

necesario mencionarlos para concluir este punto. Se encuentra que algunos teóricos del conflicto concuerdan con la idea de Marx cuando dice que este se deriva de la lucha de clases. Otros teóricos, proponen en cambio un análisis del conflicto desde la teoría funcionalista, es decir analizar el conflicto desde la desviación o la anomia de Durkheim. Finalmente se encuentra teóricos que observan el conflicto como acciones insoslayables del comportamiento humano, el cual se moviliza por los intereses individuales o colectivos.

El conflicto impacta la realidad social y la transforma, de ahí que pueda decirse que el conflicto y la crisis han servido para el desarrollo de la sociedad y las ciencias, y de ello hay evidencias en la historia; en ese sentido, en lo que respecta al campo jurídico, requerido en esta investigación, puede observarse que el derecho es impactado por el conflicto con la pretensión de que sea este quien gestione el mismo; con el agregado de que el conflicto enriquece el contenido teórico de los derechos al cual aportan principalmente los juristas a través de las decisiones jurisprudenciales y también enriquece la práctica del derecho, especialmente aquellos que realizan facultades jurisdiccionales, como los conciliadores, árbitros, mediadores entre otros. Con relación a este dualismo entre conflicto y derecho Ferrari menciona: "..., el derecho no es otra cosa que la estructura del conflicto, ya que representa el esquema estructural del conflicto entre los intereses y los grupos, [el derecho] es la vía a través de la cual se canalizan los conflictos." (Ferrari, 2015, p. 17).

Así como el conflicto es inherente a la vida del ser humano, buscar una solución a través del lenguaje, la comunicación o el derecho también lo es; de ahí que sea este último un método para solucionar conflictos donde las personas no tratan de imponer sus pretensiones sobre otros mediante la violencia; sino que optan por la institucionalidad del Estado para que este lo resuelva judicialmente. En ese sentido, hay que mencionar que la facultad de solucionar controversias jurídicas no corresponde exclusivamente a los jueces en representación del sistema judicial, sino a aquellos terceros que intervienen en los conflictos para contribuir a resolverlos pacífica y jurídicamente. Desde la teoría de Galtung, (1965) se ofrecen diversos mecanismos que contribuyen a solucionar las controversias de manera no violenta, como la negociación, la mediación, los tribunales, el arbitraje e incluso las votaciones, por ello es necesario resaltar el papel de estas personas en el conflicto:

..., los mediadores tradicionales son una especie de interventor. Otros tipos son los negociadores que buscan promover sus propios intereses en el conflicto a través de la negociación, y los árbitros, cuyo poder coercitivo les permite imponer los términos de un acuerdo a los litigantes. (Horowitz, 2007, p. 57)

Los terceros que intervienen en la solución de conflictos bien pueden ser investidos por las partes para tal propósito o por el sistema jurídico a través de la normativa correspondiente. Ahora, estos terceros gestionan el conflicto y al ser designados para resolverlo, no integran el mismo, sino que deben estudiar y analizar las contradicciones para decidir de tal manera que las partes se adhieren a la decisión, sea un juez, un árbitro o un conciliador. Ahora, siguiendo un hilo conductor, desde la teoría del conflicto se parte para el desarrollo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, la cual se convierte en un medio distinto al ordinario para acceder a la justicia y aporta a la descongestión judicial. En el transcurso de

este texto, se ha hecho mención a algunos de esos mecanismos; los cuales poseen características y momentos de aplicación diferente; por lo cual se incursionará más en el concepto como en los beneficios a grandes rasgos, de estos mecanismos: “Los medios alternos de solución de conflictos son procedimientos diferentes a los jurisdiccionales que tienen como objetivo resolver conflictos suscitados entre partes con un problema de intereses” (Márquez y De Villa, 2013, p. 1587). Si bien es cierto, estos mecanismos se encuentran regulados por el Estado no representan per se el monopolio del mismo, de hecho, en las facultades de derecho se orienta poco sobre estos mecanismos esto puede deberse a que se orienta más hacia la solución de conflictos desde el litigio que el arreglo consensuado; no se quiere decir con esto que el litigio no sea el mecanismo idóneo para la solución de ciertas controversias; sino que hay que inquietar por la alternatividad de la justicia y el derecho para contribuir a la intervención del conflicto y construir posteriormente un orden social:

Su denominación como alternativos debe entenderse desde la perspectiva de ser unas formas diferentes y distintas a la justicia ordinaria. Aunque no estén integrados dentro del poder judicial no dejan de formar parte de la administración de justicia, como materia reservada al poder del Estado, ya que es la legislación del Estado la que los crea y les atribuye el poder de solucionar conflictos. (García, 2002, p.159)

La finalidad, sin profundizar, sobre estos mecanismos es facilitar el acceso a la administración de justicia donde al igual que el sistema ordinario se deben garantizar y tutelar los derechos. De ahí que, en diversas áreas del derecho se requiera que antes de cualquier litigio se recurra a uno de estos mecanismos, principalmente la conciliación o que en el caso de conflictos colectivos en el derecho laboral se recurra al tribunal de arbitraje. Este tipo de medidas se enmarcan en dos ejes que identifican la clase de mecanismo alternativo que se presenta; es decir; dentro de la doctrina se destacan los mecanismos autocompositivos y los heterocompositivos. En el caso de los primeros “..., se caracterizan porque son las propias partes contendientes las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo o transacción [...] La autocomposición necesita la cooperación de las partes, de modo que ambas ganen y pierdan algo, para resolver su conflicto.” (San Cristóbal, 2013, p. 42). Los mecanismos autocompositivos se caracterizan principalmente por una solución propuesta de manera cívica y democrática por las partes donde además de estar de acuerdo las mismas con la solución, se comprometen voluntariamente a cumplir con lo pactado. Los sistemas heterocompositivos, por su parte, “..., se caracterizan porque una persona individual (juez o árbitro), o colegiada (tribunal o colegio arbitral), e imparcial, va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada (sentencia o laudo)” (San Cristóbal, 2013, p. 48). Estos mecanismos heterocompositivos se distinguen de los anteriores en dos cosas principalmente; la primera en que no son las partes quienes solucionan directamente su conflicto y canalizan sus intereses, sino que es un tercero quien realiza esta función: “..., un método de heterocomposición de controversias, alterno al sistema judicial por medio del cual las partes con capacidad suficiente para ello, difieren en un tercero la decisión de sus diferencias en materias que, conforme con la ley, es posible hacerlo.” (Pallares 2003, p. 167) La segunda consiste en la decisión per se, en el caso de los mecanismos heterocompositivos la decisión es de obligatorio cumplimiento para las partes y

en este caso puede favorecer o desfavorecer a alguna de las partes, es decir; en los sistemas heterocompositivos se impone y se someten los involucrados a la decisión.

Además de contribuir a garantizar el acceso a la administración de justicia, los MASC, han logrado grandes avances en la descongestión judicial. Esta es una problemática de difícil solución en el contexto colombiano, de hecho, en esa búsqueda de medidas para disminuir la acumulación de procesos, la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió en el año 2012 un plan especial de descongestión de esa misma jurisdicción. Este tipo de medidas, vislumbran la desesperación de la administración de justicia por sacar adelante procesos que se encuentran estáticos desde hace buen tiempo, los cuales exceden los términos procesales para ser resueltos. La implementación y capacitación sobre estos mecanismos ha sido dilatado, sin embargo, según estadísticas de la rama judicial, con mayor frecuencia están acudiendo las personas a este tipo de justicia alternativa

Según datos registrados en el Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición (SICAAC), 121.928 casos civiles, comerciales, de familia y comunitarios fueron atendidos en 2017 por alguno de estos Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC). [...], sin necesidad de acudir a los despachos judiciales (Ministerio de justicia, 2018).

La pretensión desde este artículo de reflexión es generar más conciencia sobre el uso alternativo del derecho, que en este caso son los mecanismos mencionados, los cuales necesitan de impulso desde el propio gobierno y la rama judicial para consolidarse y generar gran impacto. Es claro que no todos los asuntos son susceptibles de tramitarse ante cualquiera de estos mecanismos y también es cierto que la solución a la congestión judicial no son los MASC propiamente; sino que se necesitan además de este tipo de alternativas, mayor cantidad de jueces y magistrados que resuelvan las controversias de la ciudadanía y que generen avances en el derecho a través de la jurisprudencia.

Teoría jurídica del arbitraje: concepto, elementos y naturaleza.

En páginas anteriores se refirió brevemente sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos, su clasificación y las características principales de los mismos. El arbitraje, es un mecanismo heterocompositivo el cual se distingue por la participación de un tercero que toma la decisión y esta resulta obligatoria para las partes. La teoría del arbitraje se enmarca en tres tesis principalmente; las cuales se desarrollan desde su naturaleza, su función o la integración de ambas. La teoría contractualista desarrolla teóricamente el arbitraje desde su esencia o naturaleza jurídica la cual destaca el contrato como elemento que lo constituye y lo consolida; es decir para esta teoría el arbitraje representa una institución de derecho privado que emana del contrato:

El contrato entre dos sujetos de derecho que buscan que un tercero administre una justicia que no es la que administran los tribunales ordinarios del Estado, pero que está permitida por ese Estado, es un elemento esencial de cualquier definición de arbitraje. No hay arbitraje si no hay contrato. [...], no hay jurisdicción si hay contrato. (Castillo y Vásquez, 2006, p. 277)

Esta teoría no reconoce el carácter jurisdiccional del arbitraje puesto que niega la posibilidad de que un contrato que a su vez representa la voluntad de las partes, genere los mismos efectos de una providencia judicial. Es decir, esta teoría hace énfasis en el hecho que da lugar al arbitraje más no en los resultados que pueden devenir de dicho mecanismo, asimismo, la teoría contractualista reduce el papel del árbitro al designio de las partes, de ahí que su decisión se vea afectada por la autonomía contractual de las mismas: "..., esto no implica ni supone que el árbitro sea un juez, sino un simple administrador de un conflicto, con la misión de dirimir él mismo sin tener una facultad jurisdiccional, ni ajena a la voluntad de las partes." (Sequeira, 2017, p. 33).

A diferencia de la teoría contractualista, la teoría jurisdiccionalista del arbitraje no aborda el mecanismo desde su génesis sino desde su función y aplicación procesal. "El carácter jurisdiccional del arbitraje exige/reclama la necesidad de emplearlo únicamente, a condición que se trate en verdad, de resolver una controversia;" (Oppetit, 2006, p. 86). Esta teoría comparte de que el arbitraje representa el uso alternativo del derecho y de la facultad de administrar justicia, que, si bien está a cargo del Estado, los mismos árbitros están investidos con dicha facultad y poder jurisdiccional por lo cual el laudo arbitral posee efectos jurídicos obligantes. En esta teoría se han expuesto varias posturas que desde el siglo pasado han demarcado el camino de la investigación sobre el arbitraje lo que ha generado que autores contemporáneos se planteen y cuestionen teleológicamente el mismo. Algunas de estas posturas están precedidas por el campo de impacto al derecho; es decir, hay quienes sostienen que el arbitraje nace del derecho privado, pero se desarrolla en el derecho público y hay quienes consideran que el arbitraje impacta exclusivamente el derecho público, en ambos casos, es la teoría jurisdiccionalista quien las ha desarrollado.

Para Ludovico Mortara (1923) citado por Cabral Xavier (2019, p. 251), es importante reconocer las finalidades de la jurisdicción ya que es lo que determina el carácter público de una institución como el arbitraje, para el autor, el arbitraje existe en la medida en que el Estado ha permitido que, de su monopolio jurisdiccional, se sustraiga un mecanismo que otorgue plenos efectos jurídicos. Esta premisa cuestiona la teoría contractualista debido a que determina que la existencia jurídica del arbitraje no se debe exclusivamente a su naturaleza contractual sino a que el Estado reconoce y regula la operatividad del mismo, por lo tanto, la existencia del arbitraje depende del Estado y su carácter jurisdiccional es innegable.

Este autor aportó significativamente al término de arbitraje y a su funcionalidad; sin embargo, sus premisas han sido cuestionadas por la segunda postura de la teoría jurisdiccionalista la cual es abordada por la función per se del arbitraje sin desconocer su génesis privado a raíz del contrato y la voluntad. Esta teoría también destaca la obligatoriedad del Laudo arbitral ya que en el marco de sus efectos se encuentra el de cosa juzgada; no obstante, la capacidad de ejecución de los árbitros frente a sus decisiones es minúscula, ya que este las profiere, pero no posee el imperio jurídico, ni la fuerza institucional para exigir su cumplimiento. De ahí que algunos como Castillo y Vásquez disienten de la teoría jurisdiccional del Estado debido a que el arbitraje no integra completamente los elementos que le permiten a un juez o magistrado impartir justicia, de hecho, para los autores, el arbitraje no garantiza los derechos mínimos de acceso a la justicia:

La enorme contradicción que encierra hacer del arbitraje una institución de jurisdicción estatal que carece, sin embargo, de los más importantes principios, derechos y garantías de esta jurisdicción, como son la instancia plural, el juez natural, el procedimiento legal previamente establecido por la ley, la publicidad en los procesos, la absoluta igualdad ante la ley y la gratuidad de la administración de justicia, entre otros. (Castillo y Vásquez, 2007, p. 46)

En efecto, las teorías que explican y analizan el arbitraje se encuentran claramente diferenciadas, ambas son legítimas, ambas enriquecen el debate jurídico y el marco teórico y doctrinal en torno a este tema. Cabe resaltar, que a pesar de que estas teorías han sido contradictorias y opuestas, hay un punto, en la teoría del arbitraje, que encuentra elementos comunes que permite ampliar la aplicación del arbitraje donde no solo se determine su naturaleza sino su razón de ser material.

El arbitraje tiene ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan y se aprehenden, cada una en su respectivo contexto. La contractual, en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace, permitido por la ley, para el propósito *ad hoc* querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de Derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito *ad hoc*. La realización del propósito pone término al carácter contractual y jurisdiccional del arbitraje. (Castillo y Vásquez, 2007, p. 47)

Estas teorías han enriquecido el arbitraje como institución jurídica, por lo que, resulta erróneo dar razón a alguna de los extremos. No se puede desconocer, entonces que el arbitraje emana de la voluntad de las partes, es decir, del carácter privado; asimismo, es innegable el carácter jurisdiccional del arbitraje donde los terceros son investidos constitucionalmente para administrar justicia y donde los laudos arbitrales si bien no son equivalentes a una sentencia o providencia judicial, estos comparten algunos efectos.

..., el arbitraje posee características de proceso judicial. En primer término, el árbitro se asimila a un juez y su función aparece regulada por la ley. [...] Hay constantes remisiones a la normatividad que rige los procesos corrientes. [además] Los árbitros, según la ley, no solo tienen iguales deberes facultades y poderes que los jueces y, por tanto, deben seguir lo estipulado en el código correspondiente, sino responden civil, penal y disciplinariamente de la misma manera (Jaramillo, 1996, pp. 42-43)

En ese sentido, la regulación del arbitraje se encuentra respaldada por la doctrina y la teoría jurídica ya expuesta, con la cual se ha podido determinar si el arbitraje es o no, un mecanismo de carácter jurisdiccional. En el contexto colombiano, el arbitraje se ha abordado a través de la ley 1563 de 2012 la cual regula el sistema del arbitraje nacional e internacional, no quiere decir esto que anterior a la fecha de esta ley no había regulación alguna sobre el asunto, sino que no era un mecanismo de uso o referencia poco frecuente en el campo del derecho, a diferencia de la conciliación, que para la fecha era considerado requisito de procedibilidad

en algunas áreas del derecho. El fundamento constitucional del arbitraje es el artículo 116 de la Constitución Política, este artículo sustenta y posibilita el acceso a la justicia y a su administración a través de vías distintas a la judicial:

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. (Constitución Política de Colombia, 1991)

El fundamento constitucional del arbitraje es claro y permite a particulares realizar una labor jurisdiccional que, por naturaleza, corresponde al Estado. Así pues, la función jurisdiccional en el arbitraje ha sido un tema de crítica, como ya se ha observado, en los escenarios académicos y prácticos del derecho, por una parte, hay quienes optan por una postura favorable al sistema arbitral de carácter jurisdiccional y otros que consideran que este tipo de sistemas no poseen una función jurisdiccional debido a su falta de autonomía a las partes, lo que conlleva a un sesgo al momento de impartir justicia. Para el autor Owen Fiss (1979), la función jurisdiccional no es un monopolio del Estado, pero dicha función debe realizarse acorde a los valores públicos, es decir a los valores constitucionales en los cuales se basa el ejercicio y estructura del sistema judicial con la finalidad de que la decisión de los jueces no signifique solamente una solución a una controversia en particular, sino un aporte al desarrollo del derecho.

Con base en la facultad prevista por la Constitución, se observa que el arbitraje en el ordenamiento jurídico colombiano representa un servicio público, el de administrar justicia. En el derecho laboral, por ejemplo, se instaura tribunal de arbitramento cuando se susciten controversias entre sindicatos y empresas, de ahí que la facultad de administrar justicia les sea asignada a los árbitros que a su vez, establecerán condiciones que permitan resolver la controversia a través de un laudo arbitral; esto pone en evidencia que a pesar de que este mecanismo data de lo privado no solamente hay intereses patrimoniales en la practicidad del mismo, sino que mediante este, también se pueden garantizar intereses y derechos colectivos.

En la búsqueda por adaptar y regular el arbitraje al ordenamiento jurídico colombiano se observa que su concepto fue evolucionando, las primeras leyes que mencionan el arbitraje no brindan ningún tipo de conducto o procedimiento que permita su debida aplicación; sin embargo, fue la ley 446 de 1998, en su artículo 111 la que marcó un precedente en su definición y práctica jurídica: “El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren de su solución a un Tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia” (Ley 446 de 1998). Esta definición integra varios elementos que se referenciaron al inicio de este acápite; por ejemplo, la voluntad de las partes al mencionar que el arbitraje es de carácter transigible y la función jurisdiccional del mismo al mencionar la transitoriedad judicial de la que están investidos los árbitros. En este punto es importante diferenciar entre mecanismos alternativos, no debe confundirse el carácter transigible del arbitraje con el de la conciliación; si bien en ambos mecanismos se presenta la voluntad de las partes, en el arbitraje, el tercero representa un poder de decisión que canaliza los intereses y los compromete, en la

conciliación por su parte, el tercero adecua y canaliza los intereses de las partes y los proyecta en un acuerdo de conciliación, con esta distinción no se pretende determinar que mecanismo posee más efectos jurídicos respecto de otro, sino contribuir a la diferenciación esencial de los mismos, lo cierto es que ambos propician la aplicación de la justicia por consenso, término acuñado por Jaramillo:

Se debe entender la justicia por consenso como aquella capacidad que surge entre los individuos para resolver sus propios conflictos libre y pacíficamente. Ello puede ocurrir con o sin la intervención de un tercero. Cuando sucede mediante la voluntad de acatar la decisión de un tercero, solicitado y consentido por las partes, se está ante el arbitraje. (Jaramillo, 1996, p.31)

En ese sentido, en Colombia el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional a pesar de que surge de un compromiso arbitral o de una cláusula compromisoria suscrita entre dos o más partes, en principio podría decirse que esta premisa guarda coherencia con la teoría contractualista del arbitraje; sin embargo, el reconocimiento por parte del Estado a los terceros para administrar justicia otorga seguridad jurídica desde la misma constitución elemento no menos importante que el cláusula compromisoria, pero si con más relevancia en los efectos del arbitraje y la razón final del mismo: solucionar un conflicto.

Aplicación y alcances del arbitraje en el derecho administrativo

Se ha dicho a lo largo de este artículo que el arbitraje es una institución que gradualmente ha impactado las diversas áreas del derecho. Con el propósito de determinar el alcance de esta institución en el derecho administrativo, interesa especialmente a este artículo, el ejercicio del arbitraje frente a los actos administrativos contractuales de carácter estatal. Como se ha observado en la teoría del arbitraje, el elemento que da origen esta institución jurídica es el pacto o cláusula contractual mediante la cual las partes se comprometen a resolver sus controversias a través de medios diferentes al judicial; en el derecho administrativo sucede lo propio. Ahora, para desarrollar este acápite, es importante acudir a uno de los elementos del arbitraje: la autonomía de la voluntad, esta se abordará no desde los particulares, puesto que ya se hizo, sino desde la manifestación contractual de la administración pública. Es claro que las relaciones privadas contractuales y las públicas contractuales no se rigen por los mismos presupuestos de derecho ni bajo las mismas condiciones contractuales, en lo privado, por ejemplo, el contrato se traduce en ley para las partes, en lo público esto suele ser más limitado, debido a que la actuación de la administración pública se enmarca además en otros principios constitucionales.

La ley 80 de 1993 conocida como el Estatuto General de la Administración Pública brinda la definición de contrato estatal y en ella se permite entrever la existencia de la autonomía de la voluntad en los contratos de la administración: “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...,” (Congreso de la República, 1993, art. 32). Con esta definición también se observa que los contratos de la administración pública pueden aprehender elementos de los contratos previstos en el derecho privado. No obstante, la

autonomía de la administración debe coexistir con principios, que no solamente fundamentan la contratación estatal, sino el sistema jurídico per se, como el principio de legalidad.

Se establece que los contratos pueden incluir las modalidades, condiciones y estipulaciones que las partes consideren convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades del estatuto. De esta forma se pretende promover la capacidad de gestión y administración de los servidores públicos para el cumplimiento de los objetivos encomendados a la entidad estatal a su cargo, confiriéndoles así una mayor autonomía, pero en el marco de un estricto régimen de responsabilidad correlativo, porque ya no se trata de un poder estatal ilimitado, sino que también los contratistas tienen derecho a que en el contrato exista un equilibrio. (Amazo, 2007, p.197)

Es claro que las relaciones contractuales en el derecho público son más complejas que en lo privado, entre otras cosas, porque este tipo de contratos son susceptibles de acciones administrativas que pueden invalidar su ejecución, de ahí que la manifestación de la voluntad de la administración pública se enmarque en los principios y normas que rigen la función pública, lo que representa una limitación en la facultad de celebrar contratos por parte de la administración. No obstante, sería erróneo negar la fuerza vinculante de las condiciones o compromisos que se pacten en un contrato estatal porque como se observa en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 existe un reconocimiento del legislativo a la voluntad de los que contratan. Frente a este punto, se han manifestado los diferentes Órganos de cierre jurisdiccional. El Consejo de Estado, por su parte ha hecho un análisis de la aplicación del concepto en el derecho administrativo:

El principio de la autonomía de la voluntad rige en la contratación Estatal, en virtud del mismo los contratos celebrados crean obligaciones entre las partes. [...] Aun cuando se reconozca libertad en la determinación de las obligaciones, tratándose de contratos administrativos, estos siempre deben responder a la satisfacción de intereses generales, respetar el patrimonio público y se acordes con el derecho a la moralidad administrativa. (Consejo de Estado, 2010, C.P. Enrique Gil Botero).

El artículo 40 de la ley 80 de 1993 resume lo expuesto frente a la voluntad de la administración al momento de la celebración del contrato y con ello se puede determinar algunas características de la aplicación de este principio en el derecho administrativo: En primera medida, este principio en lo público no es tan absoluto como se pensaría, segundo, la autonomía de la voluntad está reglada y es exclusiva para ciertas actuaciones de la administración, es decir para aquellas actuaciones donde la ley permite su aplicación para la solución de una controversia; tercero, la autonomía de la voluntad en el derecho administrativo debe coexistir con el principio de legalidad, lo que contribuye a garantizar los intereses comunes: "..., a la luz del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no cabe duda de que la administración puede hacer uso de la autonomía de la voluntad como mecanismo para celebrar contratos, dotarlos de contenido e, incluso definir la solución de controversias" (Fernández, 2018, p. 67)

Ahora, cabe resaltar que la autonomía de la voluntad por sí sola no configura la institución jurídica del arbitraje, porque requiere además del pacto arbitral que es en últimas lo que sintetiza la voluntad o la intención de los contratantes para resolver las controversias mediante este mecanismo. Podría decirse que el pacto arbitral representa una especie de solemnidad porque representa la validez jurídica necesaria para consolidar el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos aplicable a los contratos estatales. Es preciso entonces definir el pacto arbitral tal como se ha hecho con los diferentes elementos que componen el arbitraje. En algunos textos académicos se le denomina también convenio arbitral, esto no afecta su sentido teleológico por lo que se puede hablar de ambos indistintamente: "..., el convenio solo establece el medio de solución de controversias [...] suele formalizarse en el mismo contrato, lo que constituye un verdadero acuerdo marco jurídicamente vinculante" (Fernández, 2017, p. 45)

Para la validez del pacto arbitral se necesita que las partes manifiesten su intención de dirimir las controversias que se puedan generar sin acudir a la jurisdicción, no quiere decir esto que las partes establezcan un requisito de procedibilidad a la jurisdicción, sino que, en el pleno ejercicio de sus facultades para obligarse, deciden celebrar un pacto arbitral que legitime la consolidación del arbitraje como alternativa jurídica:

La determinación de habilitar a los árbitros para poner fin a una determinada disputa se materializa a través de un negocio jurídico de derecho privado denominado pacto arbitral, el cual, según la normativa vigente, puede tomar las formas de cláusula compromisoria o compromiso [...]. En efecto, los vicios del consentimiento de los suscriptores de un pacto arbitral no solo afectan la validez de dicho negocio jurídico, sino que comprometen adicionalmente la legitimidad de cualquier decisión que los árbitros adopten en virtud de él. [...]. el pacto debe ser sumamente claro e inequívoco de la intención de los contratantes de deferir sus conflictos a la decisión de la justicia arbitral. (Corte Constitucional de Colombia, 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio)

El pacto arbitral es pues inherente a la autonomía de la voluntad puesto que amerita del consentimiento de las partes para la consolidación del arbitraje, al respecto la Corte ha manifestado que este pacto puede verse afectado por los vicios de consentimiento abordados en el artículo 1508 del código civil; es decir el pacto arbitral como cualquier otro contrato puede acaecer de error, fuerza o dolo. Ahora, los efectos del pacto arbitral son vinculantes para quienes lo circunscriben, por ejemplo, las se obligan a no acudir a la jurisdicción para resolver sus controversias, esto representa civilmente una obligación de no hacer, por lo que en ningún caso podrían las partes ser renuentes a cumplir la obligación. Así pues, si las partes deciden conjuntamente acudir a este mecanismo, las mismas deben renunciar y dejar sin efecto el pacto arbitral. La ley 1563 de 2012 en el artículo 3 sintetiza en lo que consiste el pacto arbitral: "El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria." (Congreso de la República, 2012, art. 3)

Esta ley por su parte no contempla el retracto de la cláusula compromisoria o del compromiso por lo que en inicio podría decirse que las partes que deciden el arbitraje como institución para dirimir sus conflictos no tienen una segunda opción más que la elegida. Sin embargo, el Consejo de Estado en providencia de unificación jurisprudencial ha manifestado al respecto:

..., cuando las partes deciden sustraer del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la decisión de los conflictos que lleguen a surgir de un contrato estatal, para someterlos a la justicia arbitral, ninguna de ellas tiene la posibilidad de optar, de manera unilateral e inconsulta, entre acudir a la justicia institucional contenciosa o a la arbitral; por el contrario, sólo tiene una opción, cual es la de someterse a la decisión arbitral [...]. De esta manera, la única vía que las partes tienen, por su propia decisión, para modificar o poner fin de manera válida el pacto arbitral la constituye, necesariamente, la celebración de un nuevo convenio expreso entre ellas, revestido de la misma formalidad –escrito– que las normas vigentes exigen para la celebración del pacto arbitral original. (Consejo de Estado, 2011 C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera)

Según el Consejo de Estado, en materia de arbitraje, la cláusula compromisoria o el compromiso representan una obligación indelegable e irrenunciable a excepción de que las mismas partes de manera consensuada decidan renunciar al pacto y adelantar sus diferencias y controversias contenciosamente.

Tanto la ley 80 de 1993 como el Estatuto del Arbitraje contemplan medios alternos para solucionar controversias en el derecho administrativo, vale decir, que esto sucede cuando una de las partes está conformada por la administración pública. Ahora, no todos los asuntos de lo administrativo pueden dirimirse con el arbitraje, de hecho, específicamente se trata de aquellos actos administrativos de carácter contractual con los que la administración se obliga bien sea para adquirir bienes o servicios o para la ejecución de obras públicas. El tema del acto administrativo ha sido ampliamente tratado por los doctrinantes, por lo que no será necesario abordar a profundidad la teoría del mismo. Es pertinente resaltar y evidenciar los avances normativos y jurisprudenciales sobre el arbitraje en el derecho administrativo colombiano, los cuales a raíz de la Constitución han significado grandes aportes para la consolidación de este mecanismo, entre otras cosas por la facultad otorgada en el artículo 116 ya mencionado y porque a partir de ese momento el legislativo aborda el arbitraje de manera directa y determina su aplicación y efectos jurídicos. De ahí que la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública sea uno de los avances generados:

En la mencionada normatividad se incluye un capítulo dedicado a la resolución de controversias, en el cual se ordena el empleo de los medios alternativos de solución de conflictos antes de acceder a la justicia ordinaria, con la cual por primera vez la administración pública se colocaba en el mismo plano que los particulares. (Pallares, 2003, p. 173).

Normalmente cuando se recurre a solucionar un conflicto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se suele hacer a través de la acción de controversias contractuales,

así está contemplado en la ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, la ley 80 al ofrecer los mecanismos alternativos como solución directa a las controversias contractuales suscitadas con una entidad pública posibilitó un abanico de recursos jurídicos que determinó la competencia de los árbitros en estos conflictos contractuales, especialmente los de carácter transigible. El capítulo de esta ley que abordaba la solución de dichas controversias de manera alternativa, fue derogado por el Estatuto de Arbitraje de ahí que sea pertinente abordar la aplicación del arbitraje en el derecho administrativo desde esta última. Las reglas en las que se enmarca su procedimiento fueron desarrolladas por primera vez en esta normatividad, asimismo, esta ley relaciona los campos del derecho en los cuales aplica el arbitraje. En su primer artículo inciso tercero se refiere al asunto que ocupa este artículo:

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 (Congreso de la República, 2012, art. 1)

Es importante aclarar que el laudo arbitral puede ser en derecho o en equidad; el laudo arbitral en derecho requiere del árbitro amplio conocimiento del asunto a resolver, debido a que la solución de la misma debe proferirse con base a fundamentos jurídicos y legales; por su parte, en el laudo arbitral en equidad, el árbitro debe proferir una decisión de acuerdo con lo que considera es lo correcto y lo justo sin que esto sea contrario a las disposiciones legales y constitucionales. Por regla general, las partes acuerdan que tipo de arbitraje es el adecuado para resolver sus controversias, sin embargo, cuando una de las partes es la administración pública, la ley dicta que la decisión a la controversia debe ser en derecho. Ahora, la ley 1563 de 2012 señala, además, que en estos casos el arbitraje debe ser 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.” (Congreso de la República de Colombia, 2012, art. 2). Es preciso mencionar entonces, que según la doctrina jurídica existen dos tipos de arbitraje de acuerdo a su organización e instalación del mismo: arbitraje Institucional y arbitraje Ad hoc. El ordenamiento jurídico colombiano ha adoptado ambas modalidades, de ahí que la ley sea específica al sostener que es institucional cuando verse sobre controversias en los contratos de la Administración Pública. Para efectos de claridades conceptuales, es necesario sintetizar la definición de los mismos, así pues, el arbitraje institucional consiste en: “..., la intervención de una Institución especializada de carácter permanente a la que las partes voluntariamente acuden encomendando la realización de una serie de funciones relacionadas con el arbitraje.” (Fernández, 2013, p. 223). Y, el arbitraje ad hoc es: “..., aquel en que son las mismas partes quienes establecen las reglas de procedimiento bajo las cuales funcionará el tribunal...,” (Salcedo, 2012, p. 24).

El arbitraje institucional representa la gestión, por parte de una institución especializada, del conflicto, en este tipo de arbitraje no son las partes quienes establecen las reglas de

procedimiento del tribunal, sino que es la institución propiamente la que reglamente y tramita el arbitraje a diferencia de lo que sucede en el ad hoc. Con lo anterior, se infiere que en Colombia se reconoce que existe dos modalidades de laudo arbitral: en derecho o en equidad, también se reconoce que el arbitraje puede ser, de acuerdo a su organización: institucional o ad hoc, que para el caso de los contratos con la Administración Pública será imperativo el laudo en derecho y el arbitraje institucional.

La ley 1563 de 2012 contempla otros preceptos normativos que determinan la funcionalidad del tribunal de arbitraje frente a los contratos con la administración, así, por ejemplo, frente a la designación de árbitros, la ley prohíbe a los mismos adelantar más de cinco procesos donde la Administración sea parte del litigio (art. 8). En cuanto a las causales de impedimentos y recusaciones en el arbitraje administrativo, estas serán de acuerdo con las previstas para los jueces en el Código de procedimiento civil y conforme a causales previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo cual, entre otras cosas indica que los árbitros son impedidos o recusados por las mismas causales que los jueces o magistrados, de igual manera, a los árbitros pueden ser inhabilitados y sancionados por lo considerado en el Código Disciplinario Único (art. 16).

En cuanto a la competencia del tribunal de arbitraje frente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, indica la ley que la competencia está determinada por los mismos árbitros, esto coloca en un rango equiparable los efectos de las decisiones arbitrales y las sentencias judiciales: “El tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia y su decisión prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo.” (Congreso de la República de Colombia, 2012, art. 29). Ahora bien, en los procesos que se adelanten ante los órganos jurisdiccionales se encuentra recursos o medios de impugnación que buscan revertir la decisión, es decir, se acude a la segunda instancia para un nuevo examen de los hechos, las pretensiones y los fundamentos jurídicos que genere una ratio decidendi diferente a la de la sentencia de primera instancia. En el arbitraje esta oportunidad de segunda instancia no existe, entre otras cosas porque los árbitros están investidos con facultades jurisdiccionales transitorias, de ahí que el único medio de impugnación de un laudo arbitral sea el recurso de anulación, el cual se tramita ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los casos contractuales de la Administración. Resulta apropiado puntualizar sobre el alcance de este recurso en esta materia, la autoridad judicial que conozca del recurso solo podrá decidir sobre la invalidación del laudo sin pronunciarse sobre las razones y fundamentos de fondo de la controversia, este recurso representa un medio de impugnación frente al laudo arbitral, más no una segunda instancia.

Puede decirse que la ley que establece las reglas sustanciales y de trámite del arbitraje en el ordenamiento jurídico colombiano es integral, ya que contempla diversos elementos que determinan el arbitraje no solo como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, sino como una posibilidad real de descongestionar el sistema judicial y transar directamente y con celeridad las controversias de carácter contractual en que incurre la Administración. Asimismo, la ley prevé la defensa jurídica de las entidades públicas, por ello en todos los casos en los que estas se involucren deben ser notificadas las instituciones correspondientes a su defensa como la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y aquellas que

procuran por los intereses colectivos como la Procuraduría General de la Nación. El arbitraje en el derecho administrativo se ha ido consolidando con el tiempo, se ha apartado el temor de que los árbitros representen intereses de las partes y que en esa medida afectarían el interés general de la ciudadanía:

..., los árbitros son verdaderos jueces especializados en el objeto de la controversia, y son capaces de garantizar la protección del interés público. Adicionalmente, el papel del Estado no se limita hoy, como en el siglo XIX, a garantizar las necesidades provenientes del interés público, sino también a desarrollar actividades económicas sujetas a un régimen de derecho privado. (Salcedo, 2006, p. 64).

Los alcances del arbitraje en el derecho administrativo han sido significativos, si bien solo se contempla este mecanismo en ocasión de los contratos que suscribe, celebra o ejecuta la Administración Pública en el marco de su capacidad jurídica para obligarse, esto ha representado mayor seguridad jurídica en los casos de responsabilidad contractual con entidad pública. De ahí que esta ley represente un avance jurídico y doctrinal del arbitraje en Colombia debido a que reguló y previó especificidades en torno a este campo de impacto, asimismo, la ley 80 de 1993 generó un cumulo de alternativas jurídicas que conllevaron al legislador a expedir un estatuto del arbitraje nacional e internacional.

Conclusión

A lo largo de este artículo se destacaron los mecanismos alternativos de solución de conflictos por sus beneficios principalmente en la descongestión judicial, que, si bien no representa una solución al problema, contribuye a disminuir las consecuencias del mismo; de ahí que se haya recalcado su importancia en el marco de los conflictos que se suscitan en las relaciones interpersonales. La Constitución de 1991 es sin duda el fundamento principal para la adopción de este tipo de mecanismos en el ordenamiento jurídico colombiano porque es en ella donde se facultan a los terceros a administrar justicia, y es este último, lo que impregna de efectos jurídicos las decisiones de los conciliadores, árbitros, amigables componedores, entre otros.

No puede desconocerse el génesis privado del arbitraje y los elementos que lo integran: la autonomía de la voluntad, el pacto arbitral, la cláusula compromisoria y la libertad contractual, tampoco puede desconocerse las teorías que han propiciado debates académicos entorno a la naturaleza jurídica del arbitraje, bien sea por su carácter contractual como negocio jurídico o por su carácter jurisdiccional como administrador de justicia facultado constitucionalmente.

La autonomía de la voluntad no solamente fundamenta el arbitraje como institución jurídica, sino que también es un principio de la contratación pública, de ahí que posibilite la adopción, por parte de la Administración Pública, de mecanismos alternativos al judicial que contribuyan a solucionar eficientemente las controversias. Queda claro que el arbitraje posee competencia para diferir diversos asuntos, sus decisiones tienen plenos efectos jurídicos y son equiparables a las de carácter judicial, en el derecho administrativo el arbitraje se aplica en virtud de los contratos estatales.

Referencias

- Amazo Parrado, D. (2007). ¿Es paradójica la autonomía de la voluntad frente al principio de legalidad en los contratos estatales? *Revista Estudios socio-jurídicos*, vol. 9 (2), 181-203. Bogotá: Universidad del Rosario. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/345>
- Boulding, K. (1963). *Conflict and defense. A general theory*. San Francisco: Editorial Harper. [Traducción propia].
- Cabral, T. (2019). Jurisdição e a natureza pública do processo: Lodovico Mortara. En Antonio Pereira Gaio y Marco Félix Jobim (Orgs.), *Teorias do processo: dos clássicos aos contemporâneos. Vol. I*. Londrina: Editora Thoth., pp. 239-255. [Traducción propia].
- Castillo, M. y Vásquez, R. (2007). *El juicio privado: La verdadera reforma a la justicia*. Pueblo Libre: Palestra editores.
- _____ (2006). Arbitraje: naturaleza y definición. *Derecho PUCP* (59), 273-284. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085113.pdf>
- Consejo de Estado. (2013). Sentencia de 18 de abril, expediente 17859. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- _____ (2010). Sentencia de 14 de abril, expediente 36.054. Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. [C.P. Enrique Gil Botero].
- Constitución Política de Colombia. (1991). Segunda edición. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Congreso de La República. (12 de julio de 2012). Ley 1563 de 2012. Diario Oficial: 48.489. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html#21
- _____ (8 de julio de 1998). Ley 446 de 1998. Diario Oficial: 43.335. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3992>
- _____ (28 de octubre de 1993). Ley 80 de 1993. Diario Oficial: 41.094. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T- 511. Expediente T-2958222. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio
- Entelman, R. (2005). *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Fernández Pérez, A. (2017). *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*. Barcelona: JM Bosch Editor.

- Fernández Caballero, G. (2013). El arbitraje institucional. En De Carvalho L. V. (ed.), *El derecho y sus razones. Aportaciones de jóvenes investigadores*. (pp. 221- 228) Madrid: Bubok editorial.
- Fernández Andrade, V. (2018). *Arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Altos Estudios- ILAE.
- Ferrari, V. (2015). *Primera lección de sociología del derecho*. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM.
- Fiss, O. (1979). The forms of justice. *Harvard Law Review* vol. 93 (1) pp. 1-58. Disponible en: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220/ [Traducción propia].
- García, R. (2002). Aproximación a los mecanismos alternativos de solución de conflictos en América Latina. *El otro derecho. Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*. No. 26-27., 140-177. Bogotá D.C: ILSA.
- Horowitz, S. (2007). Mediation. En Webel, C. y Galtung, J. (Eds.), *Handbook of peace and conflict studies*. (pp. 51- 63). New York: Routledge [Traducción propia].
- Jaramillo, M. (1996). *Justicia por consenso. Introducción a los sistemas alternos de solución de conflictos*. Bogotá D.C: Institución Universitaria Sergio Arboleda.
- Márquez, M. G. y De Villa, J. C. (2013). *Medios alternos de solución de conflictos*. México D.F. Instituto de Investigaciones jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer., pp. 1585- 1601. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/15.pdf>
- Opetit, B. (2006). *Teoría del arbitraje*. Bogotá D.C: Legis Editores.
- Pallares Bossa, J. (2003). *Arbitraje, conciliación y resolución de conflictos. Teoría, técnicas y legislación*. Bogotá D.C: Editorial Leyer.
- Salcedo, Á. (2012). *La autonomía de las partes en el arbitraje ad hoc frente al orden público procesal*. Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Salcedo Castro, M. (2006). *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano*. Bogotá D.C: Editorial Universidad del Rosario.
- San Cristóbal, S. (2013). Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense XLVI.*, 39- 62. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4182033.pdf>
- Sequeira, B. (2017). Naturaleza jurídica del arbitraje. *Cuaderno jurídico y político* vol. 2 (7), Universidad politécnica de Nicaragua., 25-38.

Silva García, G. (2008). *La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario*. Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XI (22). 29-43 Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602203>

Preview