

El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos eficaz en el marco del contrato estatal a la luz del ordenamiento jurídico colombiano

Arbitration as an alternative mechanism for effective conflict resolution within the framework of the state contract in the light of the colombian legal system

Javier Eduardo Liñán Cadavid¹

RECIBIDO: 20/10/2018

ACEPTADO: 05/05/2019

RESUMEN

Se abordó el estudio teórico del arbitraje en la contratación estatal colombiana en cuanto a su eficacia, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial vigente en el país. La fuerza vinculante del laudo arbitral y su coercibilidad fueron temas que también se desarrollaron dentro del presente documento. Se requiere esta característica, ya que permite que el Arbitraje como Mecanismo de resolución de conflictos sea idóneo en la resolución de las problemáticas generadas en la ejecución, o liquidación de un contrato con entidades públicas. Se acredita que la implementación del arbitraje dentro del contrato estatal, resulta una medida provechosa que coadyuva en el proceso mismo de la contratación estatal y no solo a la rama judicial sino también a la administración.

Palabras clave: arbitraje, compromiso, cláusula compromisoria, contrato estatal, eficacia.

ABSTRACT

The theoretical study of arbitration in Colombian state contracting was addressed in terms of its effectiveness, taking into account the normative and jurisprudential framework in force in the country. The binding force of the arbitral award and its coercibility were issues that were also developed within this document. This characteristic is required, since it allows the Alternative Dispute Resolution Mechanism to be suitable for solving the problems generated in the execution, or liquidation of a contract with public entities. It is proven that the implementation of the arbitration within the state contract, is a beneficial measure that contributes to the process of state procurement and not only to the judicial branch but also to the administration.

Keywords: arbitration, commitment, arbitration clause, state contract, effectiveness.

¹ Abogado, Especialista en Gestión Pública de la Universidad Nacional, Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, docente UNAD.

INTRODUCCIÓN

Que existan pleitos y controversias en la relación del ser humano es lo más probable dentro de nuestra sociedad. Debido a esto existen algunas formas viables para su resolución, formas, además, que nacen de la voluntad de los mismos particulares o del Estado.

En el anterior orden de ideas, se presentan dos grandes formas de resolver los conflictos entre quienes intervienen en una determinada relación causal, primeramente, la alejada de los estrados judiciales, mediante los mecanismos de solución alternativos, o dejando que un tercero perteneciente al Estado decida en ejercicio de la jurisdicción.

Entendiendo así, que la regulación del comportamiento jurídico de la sociedad está en manos del Estado y sus habitantes.

El ambiente en que se presente la posible resolución de una controversia puede ser público o privado. En caso del sector público, está regido por un ordenamiento estatal donde las soluciones estarán a cargo de la intervención del Estado, diferenciándose sustancialmente de la privada donde primara siempre la autonomía de las partes pudiendo lograr acuerdos de la forma más directa y conveniente posible entre partes, si fuere el caso.

Pues bien, en consecuencia, de las ventajas otorgadas por el arbitraje dentro del derecho privado, así mismo en la materia del derecho público, el arbitraje es considerado como una herramienta valiosa para la solución de controversias en materia estatal, facilitando la participación de los particulares en la administración pública y evitando así la congestión de los despachos judiciales.

Se puede afirmar que el arbitraje es una institución original del derecho privado utilizada en materia de contratos, esta figura jurídica permite que las partes escojan personas calificadas conforme al objeto del convenio para que resuelvan sus eventuales diferencias, en ese orden de ideas, el arbitraje tiene su orden jurídico especial y detallado, además de las diversas jurisprudencias que lo han estudiado y la cátedra de la doctrina nacional e internacional (UNAULA, 2016).

Al unísono, se recopila información jurídica que sustenta el proceso de implementación de la cláusula compromisoria en materia del contrato estatal, basado en la Constitución Política de Colombia de 1991 y la Ley 80 de 1993 y sus normas subrogatorias, complementarias y aditivas.

Estas bases legales teóricas sirven para que la administración pueda hacer uso del arbitraje a fin de dirimir conflictos futuros de manera alternativa a la vía judicial, conflictos suscitados a razón de un contrato estatal. Partiendo de la afirmación consistente en que para que dicha figura se presente se requiere de la voluntad tanto de la parte pública como del particular, no obstante, como se observará más adelante, en ocasiones la cláusula viene incluida en la minuta del contrato que en ocasiones se anexa al pliego de condiciones, lo que en todo caso coloca al particular en situación de aceptación tácita de la misma al ejercer su derecho de postulación a la convocatoria pública correspondiente.

Se plantea en consecuencia de todo lo desarrollado la siguiente pregunta problema: ¿De qué maneras el arbitraje, materializado a través de la suscripción de una cláusula compromisoria o compromiso posterior, logra ser un Mecanismo para resolver conflicto eficaz, dentro del marco de la contratación estatal colombiana bajo el estudio del ordenamiento jurídico vigente?

Para dar respuesta al cuestionamiento anterior, se acudió al derecho sustancial aplicable, la jurisprudencia especializada en la materia y la doctrina sobre el tema planteado, generando un estudio teórico-reflexivo que arrojó las conclusiones propias del caso.

Del compromiso antes de la Carta Magna de 1991

En nuestro país, la historia de la cláusula compromisoria se ha desarrollado a partir de los Conjuntos de normas de Procedimiento Civil que se han emitido a lo largo del tiempo. Destacada de la siguiente manera:

Tabla 1. Evolución histórica hasta 1991

A. Ley 105 de 1890: Permitió encargar a la determinación de árbitros las diferencias que se pudieran presentar entre personas aptas de realizar algún negocio de tipo jurídico. La estructura del arbitraje es bastante simple.
B. Ley 103 de 1923: Esta norma en pocas palabras, confirma los criterios de la normatividad anterior. Rigiendo así un procedimiento para el trámite arbitral.
C. Ley 105 de 1931: Esta normatividad tuvo vigencia durante mucho tiempo y fue con la cual manifestó diferentes posturas la Corte Suprema de justicia para calificar la constitucionalidad del arbitraje. Allí se determina el ámbito y la naturaleza de la función arbitral, afianzando la fuerza de la figura y del laudo arbitral como idéntica, en sus efectos, a la producida en el ámbito judicial.
D. Ley 2a de 1938: Se determina la probabilidad para llegar a la figura del arbitraje por medio de la cláusula compromisoria, la cual se viene a sumar al compromiso, único medio válido y utilizado hasta ese momento en el Arbitraje como un servicio alternativo de resolver conflictos.
E. Decretos 1400 y 2019 de 1970: Estos promulgan el Código de Procedimiento Civil que, con algunas diferencias y correcciones, sirvió como guía jurídica antes de la entrada en vigor del Código General del Proceso. Ordenando la materia de forma completa, modernizando su estructura y la conceptualización del arbitraje.
F. Decreto 410 de 1971: Este expide y coloca en la palestra jurídica el código de comercio vigente, donde se encuentra apartes que regulan el arbitraje como lo tiene previsto en el código de procedimiento civil.
G. Decreto 2279 de 1989: En el momento que entra en vigencia este decreto, se determinó unas nuevas directrices para el arbitraje, esto a raíz de la gran necesidad de modernizar y darle celeridad a la justicia en Colombia. En este documento se contemplan las diferentes disposiciones que hasta entonces eran incongruentes e inconexas, dándole un poco más informalidad a la cláusula compromisoria, descubriendo y comenzando con el arbitraje estatal, afianzando además todos los tratados y diferentes convenciones a lo que refiere el arbitraje internacional. El artículo 1o del Decreto 2279 de 1989 entrega el direccionamiento necesario para permitir el trámite arbitral, donde está sumida la materia que permite la transacción. La Corte Constitucional al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra la mencionada norma, dice que por regla general se puede ceder sobre todo aquello que se puede arreglar, entonces así se confirma la característica de la disponibilidad como elemento esencial del arbitraje, tal como se analiza posteriormente.
H. Ley 23 de 1991: Por determinación del Gobierno de nuestro país se procedió a estimular de forma eficaz y eficiente la utilización de la conciliación tanto judicial como extrajudicial, para corregir las equivocaciones en las que está inmerso el Decreto 2279 de 1989 y establecer el arbitraje institucional, lo que condujo al trámite y expedición de la Ley 23 de 1991.

Fuente: Tabla elaborada por el autor

De lo anterior se advierte que, el procedimiento arbitral no pertenece al Procedimiento Civil debido a que en virtud de la reforma a él realizada por el Decreto 2279 de 1989 se contempló que no estuviera regulado de forma

directa por alguna norma, promoviendo con ello su regulación de forma propia sin que se entienda que su trámite corresponde a la jurisdicción civil, como lo sostienen algunos juristas.

EL ARBITRAMIENTO Y SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

Continuando con este estudio sustantivo, acerca de este Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos (En adelante MASC), se tiene que con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, se elevó a rango superior mediante el artículo 116 donde se concede potestad a los particulares para ejercer transitoriamente la función pública de administrar justicia, bajo la figuras de la conciliación y el arbitraje, las providencias emitidas en este ejercicio funcional pueden ser en aplicación de las reglas del derecho o en aplicación del principio general de la equidad (Constitución Política de Colombia, 1991).

Cabe destacar, que la inclusión en la norma constitucional de dicho párrafo es un reflejo de los valores constitucionales que promulga nuestro Estado Social de Derecho, al posibilitar la resolución de controversias invistiendo temporalmente a un particular de la potestad de administrar justicia.

De la expresión anterior, se aprecia que el constituyente primario solo dejó fuera de la competencia de los árbitros lo relacionado con conductas penales, esto implica que los temas de tipo civil, laboral comercial y administrativo son completamente enjuiciables ante lo que algunos pueden denominar competencia arbitral. No obstante, a lo anterior, es claro que la competencia de los árbitros se limita al contenido de la cláusula compromisoria o compromiso determinado, y surge no con el convenio.

De igual forma, repasando el texto constitucional puede interpretarse de forma simple que los árbitros tienen jurisdicción, lo que reviste de fuerza vinculante sus decisiones; en este orden de ideas, los particulares que conforman el tribunal de arbitramento encuentran su *imperium* en la Constitución, la ley y finalmente el contrato (voluntad de las partes), lo que claramente otorga un triple revestimiento, tal vez, desde la mirada de algunos autores más legítimos.

Finalmente, de la norma transcrita se destaca que a diferencia de los jueces, los árbitros eventualmente podrían decidir sus trámites basados en la equidad, lo que en todo caso no puede predicarse de aquellos trámites en que se encuentra presente una entidad pública, pues como se comentará a mayor profundidad más adelante, los arbitrajes estatales siempre serán de tipo Institucional (En centro autorizado) y en Derecho (Congreso de la República de Colombia, 2012).

Del arbitraje en materia estatal

Partiendo del desarrollo constitucional anterior, se tiene que la (Ley 80, 1993) disponía en sus artículos 70 y 71 lo siguiente:

La ley 80 de 1993, incluye las disposiciones Generales de Contratación pública, dentro de su articulado está incluida la normatividad relacionada con el arbitraje en materia pública. Particularmente, en el artículo 70 se consignó la alternativa que tienen las partes de pactar dentro del clausulado del contrato estatal la cláusula arbitral la cual obligará a las partes a acudir a un tribunal de arbitramento para resolver las controversias suscitadas con ocasión de la celebración del contrato, en cualquiera de sus fases, ya sea ejecución, desarrollo o terminación.

De igual forma, la Ley 80 estipula en su artículo 71, el compromiso, documento anexo al contrato, donde las partes podrán convocar a un Tribunal de Arbitramento para resolver diferencias resultantes del contrato estatal.

La diferencia entre una y otra estriba en que el compromiso es un acuerdo de voluntades donde debe ir inmerso: el objeto del arbitraje, lugar donde funcionará el tribunal, manera de sufragar los costos y las designaciones de los árbitros (Ley 80, 1993).

Con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012 fueron derogados los artículos anteriormente mencionados, en su artículo 118 del estatuto arbitral nacional e internacional colombiano, buscó que todo caso fuese regulado de forma única, tanto para el sector público como para el privado.

Debe aclararse que, los conceptos de cláusula compromisoria y compromiso, como tales, no han variado mucho de una norma a otra en

su definición, pero en materia pública sí es plausible que ejerzamos una revisión acerca de qué se debe tener en cuenta de manera especial a partir de la normativa implementada desde el 2012:

En primer lugar, y como ya se había pronunciado párrafos supra, el arbitraje en materia estatal, será siempre de tipo institucional, es decir, dirigido no por los árbitros en particular, sino por el centro de arbitraje y conciliación correspondiente, igualmente, se encuentra en esta normativa que están llamados a ser en derecho, lo cual es evidente, tratándose entre otras cosas de recursos del erario. (Congreso de la República de Colombia, 2012, arts. 1 y 2).

En la misma obra legal, se identifica como actividad importante dentro de los arbitrajes que se realizan sobre los contratos estatales, la notificación acerca de su inicio a la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado, con el objeto de que la misma pueda hacerse interviniente dentro del mismo, para la protección de los intereses públicos por parte de dicho ente descentralizado (Congreso de la República de Colombia, 2012, art.12)

En este sentido, se impone la limitante acerca del número de tribunales que acerca de contratos estatales puede un árbitro hacer parte, colocando 5 como tope definitivo, de manera simultánea (art. 8).

Pasando un poco a los comentarios que la doctrina ha realizado al respecto, puede colegirse que se entiende por cláusula compromisoria, en palabras de Monroy Cabra (1994), una forma de encontrar solución apartándose de la justicia ordinaria a las diferencias que se puedan presentar, entre dos o más partes, donde podrán intervenir una o más personas revestidas de poder especial (árbitro o árbitros), los cuales obtienen sus poderes del acuerdo entre partes, así como del reconocimiento que la ley hace de su función; en ese sentido puede entenderse también como arbitraje o cláusula arbitral.

De igual forma, bajo el estudio de la Ley 1563, autores como Correa (2013), han sostenido como características del arbitraje las siguientes:

1. Es voluntario, ya que la decisión de las partes depende de su ánimo, siendo este necesario para que opere la cláusula o el compromiso presentado, es esta la que hace posible finalizar la competencia de

los jueces e iniciar la de los árbitros. Esta regla tiene su excepción, ya que pueden presentarse los arbitrajes forzosos, los cuales son aquellos en donde una de las partes se adhiere a reglamentos previos en donde ya se había estipulado el MASC como la propiedad horizontal.

2. Temporalidad, pues la facultad de dirimir el conflicto no es eterna para los árbitros, no es permanente como la que tienen los jueces, por el contrario, es transitoria y llega hasta que el laudo es emitido. Acerca de esta característica debe anotarse, en gracia de estar informados, que actualmente en el Congreso de la República de Colombia, cursa proyecto de Ley acerca de la posibilidad de ejercer el pacto arbitral ejecutivo, es decir, dotar de facultades a árbitros para ejecutar no solo sus propios laudos sino otras obligaciones bajo la voluntariedad de las partes. Si bien es cierto aumentaría la competencia hasta la ejecución, en el proyecto sin modificaciones se encuentra estipulado que dicho trámite de ejecución solo puede durar un año, tiempo en el que de no haberse satisfecho la obligación es deber del tribunal de arbitramento remitir al juez o magistrado competente para que continúe con el proceso coactivo (Congreso de la República de Colombia, 2018).
3. Es excepcional, pues no todo puede someterse a control arbitral, si bien la voluntad de las partes es el rasero a tener en cuenta, la misma no es absoluta, ya que solo aquellos temas que la Ley permite pueden ser sometido a este tipo de mecanismo alternativo de solución de conflictos, en especial en materia estatal.
4. Es procesal, ya que, si bien su origen es contractual o convencional, tiene el tribunal de arbitramento unas normas adjetivas que cumplir en virtud de la Ley y la jurisprudencia.
5. En materia contenciosa, se deja claridad que los árbitros no tendrán potestad para referirse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales y precontractuales (Corte Constitucional de Colombia, 2000).

Ante esta última característica, en cuanto la limitación de la competencia de los árbitros, algunos tratadistas ejercen comentarios sobre la misma, así:

En el momento que se pacta una cláusula compromisoria dentro de un contrato se excluye claramente a la justicia ordinaria de la resolución de un conflicto o diferencia jurídica en ocasión a su ejecución, interpretación o liquidación.

Cuando se trate de contratación pública, la norma es clara en expresar que permite su aplicación, ahora, no se puede inferir que esta permisividad es absoluta, puesto que se debe limitar su aplicación, entendiendo que los contratos estatales tienen unas cualidades especiales propias de su naturaleza, donde está inmerso el orden jurídico y el ejercicio del poder público sobre lo cual no se puede tener disposición alguna. (Orozco, 2003, p.250).

Para autoras como Reyes y Guzmán (2014), la posición de Orozco (2003), es una clara crítica a la forma en que se encuentra contemplada la figura del arbitraje, toda vez que sin dudas, la congestión judicial permanece aún con la existencia de este tipo de mecanismos, pues es probable que se tuviera la intención de acudir a los mismos en un primer momento, sin embargo al no tener una potestad absoluta en ejercicio de la posibilidad otorgada por el constituyente en el artículo 116, se acude directamente a la jurisdicción pues los jueces no poseen dichas barreras competenciales (Reyes, 2014).

Como condición especial es necesario que las partes manifiesten expresa y claramente que se someten a un tribunal de arbitramento, esto dentro de la cláusula compromisoria inmersa en el contrato, utilizándola como herramienta para la solución de diferencias jurídicas que se pudieren presentar.

Entendiendo así, que el pacto arbitral no se puede suponer ni presumir, sino que debe estar claramente expresado por las partes (Consejo de Estado, 2013).

Siguiendo este derrotero, y para que el arbitraje sea tenido en cuenta como un medio eficiente de solución de controversias, todo tipo de determinación que tome el tribunal de arbitramento tendrá los mismos efectos que una sentencia judicial emanada por la jurisdicción ordinaria la cual está dotada del mismo grado de coercibilidad. Es lo que se denomina fuerza vinculante entre las partes del laudo arbitral.

Como se vio, de acuerdo a las reglas que rigen el funcionamiento del arbitraje se han de considerar las siguientes:

Tabla 2. El arbitraje en el contrato estatal

En primera medida, es claro que el conflicto presentado necesita del arbitraje, puesto que, tiene su inicio en relación a la celebración de un contrato estatal.
También se debe tener claridad sobre las partes intervinientes y que una de ellas sea del Estado.
Y no podemos dejar de mencionar que el contrato no ha de ser de los que se guía explícitamente por las normas del derecho general.

Fuente: Propia

Constatando que estos ítems estén dentro de un contrato, puede inferirse que el arbitraje es de carácter estatal y podrán aplicarse las reglas especiales inmiscuidas en el Estatuto de Contratación.

Aterrizando en otro aspecto, puede exigirse que los conflictos que sean de mayor cuantía estén dirigidos por tres árbitros, no obstante las partes podrán nombrar solo uno si así lo desean.

Para aplicar el arbitraje se ha de seguir las normas que lo regulan. Estas se encuentran reunidas en la Ley 1563 de 2012, específicamente en el estatuto de arbitraje nacional e internacional (Congreso de la República de Colombia, 2012).

Entonces esta regulación viene a delimitar el arbitraje, las clases que existen, como los diferentes trámites y procedimientos utilizados, como los recursos y laudo, etc.

Las partes que se encuentran inmiscuidas dentro de un conflicto jurídico buscan soluciones en aplicación al principio de justicia para lo cual acude a la composición a través de sus tres modos: la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición. En este sentido podemos entender:

1. La autotutela es la capacidad que tiene el Estado en virtud de su autoridad administrativa de determinar lo que es conforme a derecho.

2. La autocomposición se toma como un medio donde las partes inmersas en un conflicto de forma directa o con la participación de un tercero neutral buscan acordar la solución del problema.
3. La heterocomposición supone que las partes involucradas en el conflicto le dan facultad a un tercero para que resuelva el mismo.

Dentro del manejo y la resolución de conflictos se emplean múltiples técnicas, tanto preventivas de situaciones de conflicto como la remoción de las raíces del mismo a través de la suscripción de acuerdos. Por tal razón, la resolución de conflicto se constituye como el mecanismo idóneo para moldear las relaciones sociales conflictivas (Romero Gálvez, 2008).

Los árbitros

Se le denomina árbitros aquellas personas revestidas de conocimiento y poder especial para llevar en sus manos la resolución de los conflictos, que las partes, por mutuo acuerdo, le han encomendado resolver y decidir ajustados a derecho.

Algunas opiniones consideran que el árbitro es la persona elegida por las partes en un litigio con miras a resolverlo. Su principal característica es la búsqueda de soluciones en derecho a las diferentes controversias que se presenten entre partes dentro del inicio, ejecución o liquidación de un contrato, también es válido acotar que las partes podrán acudir a un tribunal de arbitramento para buscar una opinión ajustada a la ley para situaciones que consideren inciertas, con el fin de obtener pronunciamientos que busquen evitar pleitos a futuro.

Para Matheus (1995), el árbitro es quien está encargado de llevar a feliz término la solución de pleitos surgidos entre partes, las cuales pactaron cláusula arbitral dentro de su contrato.

Merino (2004) entre tanto, define al árbitro como quien está encargado de decidir la disputa que enfrentan dos o más personas, el cual obtiene su poder y potestad por decisión expresa, clara y determinada de las partes, apoyándose en la legislación nacional e internacional para proferir cada uno de sus fallos, convirtiéndose así en garante de derecho como de legalidad para los intervinientes. Lo mismo puede decirse respecto de las instituciones arbitrales permanentes.

En ese sentido Le Pera (1994), al referirse a los árbitros, los califica como «personas de inteligencia por lo menos media, independientes de las partes, quienes no tienen un interés propio en las decisiones, sin pasiones ni buscando trasgiversar su determinación, abiertos siempre a escuchar a las partes en todos los aportes que deban hacer dentro del tribunal ajustándose a derecho para la resolución del tribunal, apegados a las normas y a su capacidad intelectual.

Entendamos entonces, que el árbitro es una persona natural, tercero neutral que entra a resolver un conflicto legal, facultado por las partes para la toma de la decisión dentro del tribunal, profiriendo un laudo, sometido a una regla de confidencialidad.

En este punto se hace necesario el desarrollo teórico de lo que es el contrato estatal.

El contrato estatal²

Tanto el Código Civil Colombiano como la Ley 80 de 1993, define un contrato o una convención, como aquel acuerdos de voluntades que producen efectos jurídicos entre las partes determinados por el derecho privado o su normatividad especial, o derivados de la autonomía de la voluntad. Puede generar obligaciones de dar, hacer o no hacer (Código Civil, 1887; Ley 80, 1993)

Las solemnidades exigidas para los contratos estatales deben quedar por escrito, definidas por el derecho como solemnidades simples, no requieren ser elevados a escritura pública, se exceptúan de esta regla, los contratos que implican transferencia de dominio, impongan gravámenes y servidumbres, estos recaen sobre bienes inmuebles (artículo 39 de la Ley 80 de 1993). De esta manera, el perfeccionamiento de los contratos celebrados con el Estado se logra con el mero acuerdo entre las partes respecto de objeto, la contraprestación (artículo 41 de la Ley 80 de 1993).

Partiendo de mezclar en consecuencia, el tratamiento que existe sobre los contratos estatales, y el arbitraje como un MASC aplicable a este tipo de convenios en los que siempre ha de intervenir un ente público o particular con funciones públicas es necesario que observemos un poco a fondo

² Ampliase en (Colombia Compra Eficiente, 2017).

lo expuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado con relación al arbitraje estatal.

Del arbitraje estatal en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia

De algunas de las apreciaciones relacionadas páginas atrás, se tiene claro que el arbitraje, legalmente hablando, no realiza limitación temática *per se* en cuanto los temas que pueden ser objeto de su tratamiento. No obstante, la jurisprudencia se ha encargado de limitarlo, en especial en lo relacionado con el estudio de los actos administrativos contractuales, sin embargo, se tiene que, si el contenido del acto administrativo es económico, y en consecuencia susceptible de transacción sí entraría a contemplarse como materia plausible de arbitramento (Consejo de Estado de Colombia, 1992).

Esta postura se mantuvo, tratándose de actos administrativos producto de facultades excepcionales al derecho común (antes llamadas extraordinarias o exorbitantes), basados en que si las potestades especiales tiene su origen en la Ley y no en la voluntad de las partes, no eran sujetas a acuerdo o transacción, y en consecuencia escapaban a la voluntad de las partes, lo que desplaza por completo la competencia posible de un Tribunal de Arbitramento, correlacionado entonces con la no inclusión de estos temas dentro de las cláusulas compromisorias, por lo que aun expresamente mencionados, se entenderían como no escritos, nulos o ineficaces de pleno derecho (Consejo de Estado de Colombia, 2000).

Para el año 2008, el Consejo de Estado anulaba los laudos que decidieron sobre la legalidad de actos administrativos al tener falta de competencia, pues desde la mirada de la alta corporación, este tipo de competencia es legal no contractual, es decir, escapa de la voluntad de las partes el que los actos emitidos durante o antes del contrato (administrativos *clatro está*), puedan ser materia de enjuiciamiento de particulares, aun revestidos de jurisdicción temporal, esto es privativo de los jueces y magistrados contenciosos administrativos (Consejo de Estado de Colombia, 2008).

Ahora bien, como un avance en el estudio del arbitraje en materia de los contratos estatales, de manera expresa esta corporación ha señalado que en cualquier estado del proceso contencioso, donde se haya pactado

cláusula arbitral pueden hacerse uso de la misma para llegar a un acuerdo entre las partes, por consiguiente, no puede entenderse que por ejercer acciones ante la justicia contenciosa administrativa, las partes hayan renunciado implícitamente a lo pactado, siempre será factible para las partes dar aplicación a la Ley 1563 de 2012, esto es una novedad establecida por vía jurisprudencial, que refuerza la protección constitucional a la aplicación de los MASC (Consejo de Estado de Colombia, 2013).

En un sentido semejante, esta entidad sostuvo que, es obligación del juez declarar oficiosamente la existencia de la cláusula compromisoria en materia de contratos estatales, toda vez que la misma reviste una falta de competencia para los jueces de conocimiento, por ende, no importando la edad del convenio o contrato administrativo, es necesario que la competencia de sus controversias sea asumida por los árbitros, bajo la premisa de que la existencia de la cláusula se las ha otorgado, sin límite temporal (Consejo de Estado de Colombia, 2017).

Finalmente, para el año 2018, el Consejo de Estado de Colombia adujo, refiriéndose a esta figura de resolución de controversias que lo único que puede dar por terminada la competencia de un tribunal de arbitramento es la misma voluntad de las partes o el incumplimiento en el pago de honorarios y gastos del tribunal, conforme a lo establecido en el estatuto arbitral, Ley 1563 de 2012, es decir, que en ambos casos la facultad para resolver el conflicto se ubica en la potestad de los interesados, ya que, por una parte pueden ellos posteriormente rescindir de los efectos de esta cláusula compromisoria y pasar directamente a los jueces administrativos o al no cumplir con la carga de cancelar la obligación de honorarios, antes de que el Tribunal constituido inicie sus labores, también se deja sin efectos lo pactado, no quedando con más opción los co-contratantes que la de continuar con la controversia ante la jurisdicción conforme al estatuto arbitral vigente (Consejo de Estado de Colombia, 2018).

Revisada toda la parte normativa, doctrinal y jurisprudencial anteriormente traída a colación, puede afirmarse con vehemencia que la autonomía de la voluntad de las partes es la piedra angular del arbitraje, convirtiéndola en una justicia privada y alterna a la justicia estatal. En consecuencia, el convenio arbitral es una manifestación del principio de autonomía de las partes, que se ha materializado en distintas facetas, para así asegurarle

al arbitraje la eficiencia en el cumplimiento de su fin como herramienta opcional de resolución de conflictos.

En tal sentido, el arbitraje, es un instrumento compuesto por reglas que garantizan su flexibilidad, a través de una respuesta oportuna y actual a los conflictos. Contrario a las posibilidades que ofrece el sistema jurídico ordinario, con sus formas pétreas, procedimiento engorroso y sujeto a los embates burocráticos, es pues, el arbitraje una opción mucho más dinámica para la resolución de los casos. Sin embargo, persisten cuestionamientos sobre la ejecución judicial de los laudos arbitrales y su cumplimiento, pues debe acudir a la jurisdicción, cuando dentro del mismo proceso arbitral se podría despachar su ejecución, al encontrarse en un ámbito especializado y de mayor celeridad.

Se considera que, la autonomía de la voluntad debe extender su cobertura, no solo al proceso de cognición, sino al proceso de ejecución, por lo que se mira con complacencia el trámite al proyecto de Ley del pacto arbitral ejecutivo, el cual cursa actualmente en el Consejo de la República. En este, se aprecian con claridad algunas cosas que podrían ser más aterrizadas, como los tiempos de competencia ejecutiva, los cuales se consideran muy reducidos, frente a la realidad de aplicación de las medidas cautelares sobre los entes públicos (léase, la posibilidad de inembargabilidad de algunos bienes), pero es un comienzo que eventualmente podrá perfeccionarse (Congreso de la República de Colombia, 2018).

El creciente número de conflictos sometidos a resolución a través de la aplicación de la justicia ordinaria, generan gran congestión en los despachos judiciales del país, con el fin de precaver otra alternativa de solución, la Constitución de 1991 arraigó el uso de otros mecanismos semejantes que permitieran la resolución de conflictos de forma más ágil y eficaz, entre estas formas destacamos la amigable composición y la transacción.

Es pues la Constitución de 1991, la que incentiva la opción de optar por el arbitraje para solucionar de manera integral sus conflictos, siendo el legislador a través de la regulación normativa, el encargado de armonizar de acuerdo con los principios constitucionales aplicables a la materia señalados en el artículo 116 de la Carta Magna.

Conviene destacar que el arbitraje como mecanismo de solución de controversias jurídicas, brinda a las partes la potestad de facultar a un tercero, con plena idoneidad profesional y conocimiento jurídico en la materia específica del conflicto para su estudio y resolución. En estos términos, el arbitraje presenta similitudes con la aplicación de justicia ordinaria, en el entendido que el árbitro está revestido de un poder especial para el desarrollo de la función pública. Por su parte el juez ordinario, en todo momento se encuentra en ejercicio de esa función, no solo de manera temporal como la del árbitro.

En el ámbito nacional, el arbitraje está sustentado en la Ley 1150 de 2007 y el Estatuto arbitral nacional e internacional Ley 1563 de 2012, las cuales garantizan su aplicación tanto para el derecho público como para el derecho privado sin distinción alguna.

Para el caso específico del contrato estatal, se requiere por parte del legislador una adecuación normativa especial, para dotarlo de celeridad y eficiencia en la tarea de impartir justicia y posibilitar a las partes escogerlo como medio para solucionar sus pleitos.

En suma, se considera necesario, que se respete cada días más el espectro de acción del arbitramento estatal en desarrollo de la autonomía de la voluntad de los contratantes, incluyendo lo referente a actos administrativos, toda vez que si los árbitros, dependiendo de la cuantía, y como bien lo consagra la norma, deben, en materia contenciosa, cumplir con los mismos requisitos de un juez o un magistrado, se encuentran en plenas capacidades para tomar partido y decisión sobre dichos aspectos también, y es esa la intención de los contrayentes desde la celebración de la cláusula misma.

REFERENCIAS

- Código Civil. (1887). Ley 57 de 1887. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Colombia Compra Eficiente. (2017). del contrato estatal. Bogotá. Obtenido de <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/content/definici%C3%B3n-contrato-estatal>
- Congreso de la República de Colombia. (12 de Julio de 2012). Ley 1563. Bogotá, DC, Colombia. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=48366#118>
- Congreso de la República de Colombia. (13 de Diciembre de 2018). Proyecto senado 224/18 por medio de la cual se crea en nuestra legislación el pacto arbitral ejecutivo, su procedimiento especial y otras disposiciones relacionadas con el estatuto arbitral y la

- conciliación. Bogotá, DC, Colombia. Obtenido de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2018-2019/article/224-por-medio-de-la-cual-se-crea-en-nuestra-legislacion-el-pacto-arbitral-ejecutivo-su-procedimiento-especial-y-otras-disposiciones-relacionadas-con-el-esta>
- Consejo de Estado. (2013). Sentencia del 12 de agosto de 2013, Proceso 25000232600020000133401, Radicado 28730, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo A. Bogotá. Obtenido de <http://www.consejode-estado.gov.co>
- Consejo de Estado de Colombia. (15 de mayo de 1992). Sentencia. (M. P. Suárez Hernández) Bogotá, DC, Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (23 de febrero de 2000). Sentencia. (M.P Rodríguez Villamizar) Bogotá, DC, Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (15 de octubre de 2008). Sentencia. (M.P. Rodríguez Becerra). Bogotá, DC, Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (12 de agosto de 2013). Sentencia. Ref: 25000232600020000133401. (M.P. Marulanda Gómez) Bogotá, DC, Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (17 de agosto de 2017). Sentencia. Ref.: 25000-23-26-000-2001-01377-02(33555). (M.P. Velásquez Rico) Bogotá, DC, Colombia.
- Consejo de Estado de Colombia. (19 de Febrero de 2018). Sentencia. Ref.: 25000-23-26-000-2001-00753-01(36833). (M.P. Zambrano Barrera). Bogotá, DC, Colombia.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá, DC, Colombia. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Normal.jsp?i=4125>
- Correa, C. (2013). *Comentarios al estatuto de arbitraje y amigable composición. Ley 1563 de 2012*. Bogotá, DC, Colombia: Temis.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C-1436. Bogotá, DC, Colombia.
- Congreso de la República (1993). Ley 80 de 1993. Bogotá. Obtenido de <https://www.secretariassenado.gov.co>
- Mathews, J. (1995). Power Shift. *Foreign Affairs*, 76, 50-66.
- Merino Merchán, J. F. (2004). *Estatuto y responsabilidad del árbitro*. Ley 60/2003 de arbitraje. Lima: Thomson-Aranzadi, Navarra.
- Monroy Cabra, M. G. (1994). *Introducción al Derecho*. Bogotá: Temis.
- Le Pera, S. (1994). "Justicia, arbitraje y las reglas Uncitral 1985 en la Argentina, En *Uncitral y el futuro Derecho Comercial*". Buenos Aires: Depalma.
- Orozco, J. (diciembre de 2003). De las nulidades contractuales y el arbitramento en materia administrativa. *Revista de Derecho*, 20.
- Reyes, L. y Guzmán (Julio de 2014). Estado actual de los mecanismos para la solución de conflictos contractuales en el Estado colombiano. DIXI. doi: <http://dx.doi.org/10.16925/di.v16i19.729>
- Romero Gálvez, L. (2008). *El arbitraje en los contratos estatales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- UNLA. (2016). *El arbitraje en la contratación pública*. Bogotá, D.C. Obtenido de <http://conciliacionyarbitrajeunla.com/2016/07/14/el-arbitraje-en-la-contratacion-publica-en-colombia/>

Para citar este artículo:

Liñán Cadavid, J. (2019). El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos eficaz en el marco del contrato estatal a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. *Vis Luris*, 6(12), 29-45. Recuperado a partir de <https://revistas.usergioarborleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/>