



Artículo Original

Recibido para publicación: octubre 1 de 2010
Aceptado para publicación: noviembre 11 de 2010

**ARBITRABILIDAD EN MATERIA ADMINISTRATIVA Y MANIFESTACIONES
DEL ESTADO REGULADOR EN EL ARBITRAJE COMO MECANISMO
ALTERNO DE SOLUCION DE CONFLICTOS¹**

Ingrid Montes Alvarino²

Correspondencia: Montes – Alvarino, Ingrid en: ingrid.montes@curnvirtual.edu.co

CvILac

http://201.234.78.173:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000324493

RESUMEN

Se analiza el arbitraje en materia administrativa, las limitaciones y obstáculos jurídicos que en virtud de los fallos de las altas cortes Colombianas se le ha impuesto a la figura, pero así mismo, se sustentan las manifestaciones que el arbitraje tiene como mecanismo alternativo de solución de conflictos en el nuevo papel del Estado como regulador, lo que permite la utilización de unas reglas flexibles propias del derecho regulativo, que se empieza a avizorarse en Colombia.

Palabras Claves

Mecanismos alternos de solución de conflictos, arbitraje, regulación, derecho regulativo.

ABSTRACT

We analyze the arbitration regarding administrative constraints and legal barriers that under the rulings of the high Colombian courts has been imposed on the figure, but

¹ Artículo en forma de Ensayo evaluado por el Dr. José Carlos Fernández Rozas, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, con una profusa publicación individual y colectiva de textos en derecho internacional privado y comercial, con amplia experiencia como árbitro internacional. Docente del Módulo de Arbitraje Internacional, de la Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá.

² Abogada Universidad de Cartagena, especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá. Docente Facultad de Ciencias Sociales y Humanas – Programa de Derecho CURN. Correo Electrónico: ingmoal@yahoo.com
Ingrid.montes@curnvirtual.edu.co

also was behind the demonstrations that arbitration is alternate mechanism for settling conflicts in the new role of the state as regulator, which allows the use of flexible own rules of law regulative, which was beginning to see in Colombia.

Keywords

Mechanisms alternate dispute resolution, arbitration, regulation, regulatory law.

En Colombia con la entrada en vigencia de la constitución política de 1991 se plasmó una nueva concepción del derecho orientado más a la realidad social, y hacia el pluralismo jurídico³ dando paso a mecanismos alternos de resolución o solución de conflictos, originados en parte por la crisis de regulación social, legitimidad y gobernabilidad del monopolio del derecho del Estado nacional⁴. Estos mecanismos adquirieron rango constitucional y se plasmaron en los artículos 116, 246 y 247, es así como tenemos modalidades autocompositivas y heterocompositivas, entre estas últimas se encuentra el arbitraje o arbitramento.

La legislación sobre arbitraje en el ámbito nacional se encuentra plasmada en el Decreto 2279 de 1989, ley 23 de 1991, ley 446 de 1998 y particularmente en materia administrativa por el artículo 70 de la ley 80 de 1993 como parte de la solución a controversias contractuales, entre sus características tiene que el laudo arbitral debe ser en derecho⁵. De acuerdo con el Dr. Jorge Hernán Gil Echeverry. (2002). Se le ha denominado por la doctrina arbitramento administrativo, y también para el Dr. Arnaldo Mendoza Torres. (2006) el arbitraje contencioso administrativo, pero para Ricardo Hoyos Duque. (2005) no hay un arbitraje administrativo, toda vez que “la facultad que tienen los particulares de impartir justicia, en forma transitoria, es una y hoy está prevista en la Constitución (art. 116). No hay, pues,

³ Sustentan esta postura doctrinantes como: PALACIO, Germán. Resolución Alternativa de Conflictos: ¿La nueva cara de la política judicial?, De SOUSA SANTOS, Boaventura. Pluralismo jurídico, Escalas y Bifurcación, GIRALDO ANGEL, Jaime. Mecanismos para un derecho con contenido social. En: Betancur, B., Faria, J. E. y otros. *Conflicto y Contexto: Resolución alternativa de conflictos y contexto social*. Bogotá: Instituto Ser de Investigación, Colciencias, Presidencia de la República, 1997.

⁴ PALACIO, Germán. Ob.Cit. p.36

⁵ Sobre la naturaleza del arbitramento, en extenso se ha explicado por la Corte Constitucional en Sentencia C-1038 de noviembre 28 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

un arbitramento administrativo, ni otro civil o comercial. Simplemente el legislador, en ejercicio de una competencia constitucional y en atención a la materia, ha regulado de diferente manera la institución arbitral cuando en ella interviene como parte el Estado.”

Según el Dr. José Carlos Fernández Rozas. (2007) Al tratar sobre la arbitrabilidad que tiene relación con “la materia transigible en el arbitraje” que debe “ser legalmente transigible lo que implica examen del caso por los árbitros” en materia administrativa, las Altas Cortes Colombianas han desatado una vasta polémica, en torno a varias inquietudes, que ya Rafael Bielsa las respondía en 1947 de manera categórica a favor de la tesis negativa que se examinará: ¿Puede someterse a decisión de un Tribunal de Arbitramento el examen de legitimidad de los actos administrativos?, ¿entregarle esta facultad a la Justicia Arbitral es contrario a la esencia del ejercicio del poder público?, ¿pondría esto fin a la fuerza jurídica vinculante de los actos administrativos, y con ello a la gestión de la Administración Pública?

Existen respuestas divergentes sobre los aspectos relacionados con la arbitrabilidad de los actos administrativos contractuales que Edgar González (2002) agrupa en: “sus efectos legales; los aspectos patrimoniales o económicos que se derivan de la declaratoria de voluntad de la Administración; el tema del incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y su cuantificación; la liquidación del contrato y su contenido, y otras actuaciones de la Administración,” se agrega la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos contractuales, expedidos con ocasión de las facultades exorbitantes de la administración pública.

Para responder al tema han surgido según la jurisprudencia y doctrina tesis intermedia, negativa y positiva que explica Mónica Liliana Ibagón (2002), al decir de la intermedia donde “el juez de lo contencioso administrativo es competente

para juzgar la legalidad de los actos administrativos, originados en un contrato emanado de las potestades exorbitantes de la administración. Pero las causas y efectos relacionados con tales actos administrativos, si pueden ser solucionados por la justicia arbitral”, la negativa propugnada por la sección tercera del Consejo de Estado y por la Corte Constitucional en Sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000, indica que “los árbitros son incompetentes para pronunciarse sobre los actos administrativos contractuales, proferidos en virtud del ejercicio de facultades exorbitantes” basados en el principio de la irrenunciabilidad al ejercicio de las potestades públicas y la tesis de los límites de la justicia arbitral. Por su parte, la tesis positiva considera que el juez arbitral si puede examinar la legalidad del acto administrativo contractual.

Para caldear aún más el debate la Corte Constitucional mediante Sentencia de Tutela T-481 de 2005 anuló un laudo arbitral que se profirió para liquidar un contrato estatal y a su vez, la sentencia de la Sección tercera del Consejo de Estado declaró improcedente el recurso de anulación interpuesto en contra de dicho laudo, generándose muchas dudas sobre el alcance de la cláusula compromisoria en los contratos estatales. Así mismo, no ha escapado de las dificultades jurisprudenciales el conocimiento del recurso de anulación cuando se trata de contratos con cláusulas excepcionales suscritos por empresas de servicios públicos domiciliarios. Todas estas divergencias han ocasionado inseguridad jurídica, que según Ibagón minan la eficacia práctica del arbitramento, y para Hoyos hace necesario modificar la regulación constitucional y legal del arbitraje.

No se trata de calificar o descalificar las decisiones de las Altas Cortes, consideramos que estas divergencias que han limitado de manera abierta y tajante la figura se han dado para proteger el erario público y prevenir la corrupción, ya que no encontramos otra explicación a la inseguridad jurídica que tiene el tema.

No obstante, la terquedad de las Cortes frente a la limitación del arbitramento en derecho administrativo no se pueden desconocer las manifestaciones que creemos se están presentando en torno a la existencia de un derecho regulativo en Colombia⁶ y que también ha permeado el arbitraje en materia administrativa y a nivel internacional, que se soportan en el nuevo papel del Estado como regulador producto de la apertura económica, de la liberalización de los mercados y que también se atribuye a la globalización.⁷

Este “derecho global sin estado” de Teubner se ha extendido en las últimas décadas, Aldo Mascareño (2006), señala que la regulación en los Tribunales arbitrales han proliferado, y se manifiesta “en su constitución, las partes pueden definir el lugar del arbitraje, las leyes aplicables a la controversia, las pruebas admisibles, los idiomas del proceso e incluso el árbitro (cfr. Uncitral 1985). Las decisiones que emanan de estos tribunales son vinculantes para los afectados y tienen efectos preformativos para futuras decisiones en los campos respectivos, es decir, operan como derecho, llevan adosado el símbolo de la validez jurídica (Luhmann 2002).” Según el Dr. Manuel Calvo García (2005), Así tenemos, que se produce un desplazamiento de la dinámica jurídica desde la adjudicación a la realización de políticas—*policies*-regulativas, que genera un “derecho regulativo” o “derecho útil” creador de espacios de no-derecho, flexible, informal, creado por expertos no juristas, controlado por funcionarios abogados, jueces y fiscales, que podrían delimitar las garantías individuales y colectivas por su flexibilidad.

Para Pompeu Casanovas (1998), “la “flexibilidad” cumple una “función útil como concepto organizativo para una variedad de análisis de procesos y influencias en el comportamiento de resolución de conflictos” (D. Druckman y Ch. Mitchell, 1995: 11): compromisos mutuos, negociación de diferencias, cambio de posiciones, concesiones estratégicas, invención de nuevos procedimientos... Se trata de una

⁶ MONTES ALVARINO, Ingrid. (2007). La noción de regulación en el derecho Colombiano. Ensayo presentado como requisito para evaluación del modulo Intervención Pública Económica y regulación de los mercados. Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

⁷ Este aspecto es analizado frente al derecho Colombiano y su influencia en los Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos por PEÑA SANDOVAL, Harbey. Arbitraje: La Lingüa Franca del Derecho Globalizado. (Agosto, 2006) Vía Internet En: <http://www.aryme.com/docs/adr/2-4-28/Arbitraje%20la%20lingua%20franca%20del%20derecho%20globalizado.doc>

perspectiva que subraya la importancia de un entorno y de un tipo de organizaciones con una gran capacidad de variación y cambio. T. Hopmann (1995) distingue entre dos tipos de "paradigmas" teóricos distintos para estas situaciones: (i) negociación, (ii) resolución de problemas; O.J. Bartos (1995)"

Según la Dra. Constanza Blanco Baron & el Dr. Jorge Castaño Gutiérrez (2005), Cuando el Estado Colombiano en los años 90's se decide, frente a la grave crisis que atraviesa la administración de justicia a apostar por los mecanismos alternos de solución de conflictos; incluyendo el arbitraje interviene a través, de la regulación con la finalidad de lograr la efectividad en la aplicación del derecho, cumplir con la demanda social de garantizar acceso a la justicia, en respuesta también a los principios de los organismos internacionales y la necesidad de integración, bajos costos para el Estado (aunque pueda ser alto para los administrados), al expedir normas como el Estatuto de Contratación Estatal el cual contempla que las controversias se resuelvan por medio de mecanismos alternativos, trata de garantizar que la confianza del público se proteja, tenemos que estas manifestaciones las encontramos en la regulación de los mecanismos alternos de solución de conflictos y también en la ley 80 de 1993 que regula el arbitraje en materia administrativa.

Como se analizó, la arbitrabilidad en derecho administrativo está pasando por momentos de inseguridad jurídica y se clama por reformas constitucionales y legislativas, enfatizamos que "con el derecho regulativo se están legalizando las relaciones sociales para la promoción y protección de valores y fines sociales, lo cual conlleva una amplia movilización de la administración, desde el ámbito presupuestal, los expertos en la materia, hasta el tipo de control que se ejercerá para implementar las políticas públicas," el cambio no debe obedecer a reformas regulatorias cuando la tendencia mundial es a la desregulación, sino más bien al diseño de políticas públicas de acceso a la justicia, más allá del mero apoyo presupuestal y que realmente se conviertan en una posibilidad para que todas las

personas cuenten con una solución a sus problemas jurídicos donde prime la calidad y “exista una forma de organizar la gestión de la conflictividad.”⁸

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO QUINTANA, Jaime. (2007). El acceso a la justicia como una Política Pública. Vía Internet: <http://www.accesoalajusticia.cl/si/docs/conclusiones/4.pdf>
- BENETTI SALGAR, Julio. (2001). El arbitraje en el derecho colombiano. 2ª. Ed. Bogotá: Temis.
- BIELSA, Rafael. (1947). Derecho Administrativo. Tomo IV. Buenos Aires: Librería Editorial “El Atenco”. Reseña Bibliográfica En: Revista de Jurisprudencia Administrativa. No. 3 (Noviembre) Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2002.
- BLANCO BARON, Constanza y CASTAÑO GUTIERREZ, Jorge. La nueva ley de mercado de valores: manifestaciones del derecho regulativo. En: Revista Contexto No. 20 (noviembre, 2005) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CALVO GARCIA, Manuel. (2005). Transformaciones del Estado y del Derecho. En: Sociología Jurídica y Política No. 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CASANOVAS, Pompeu. Las formas sociales del derecho contemporáneo: el nuevo *ius commune*. Universitat Autònoma de Barcelona. Working Paper n.146. Barcelona 1998. Vía Internet En: Corte Constitucional en Sentencia C-1038 de noviembre 28 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁸ ARELLANO QUINTANA, Jaime. (2007). El acceso a la justicia como una Política Pública. Vía Internet: <http://www.accesoalajusticia.cl/si/docs/conclusiones/4.pdf>

- FERNANDEZ ROZAS, José Carlos. (2007). Cuestiones sobre el Arbitraje Comercial, Interno e Internacional en Colombia. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- FERNANDEZ ROZAS, José Carlos. (2007). Módulo Arbitraje Internacional de la Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, (Apuntes de Clase)
- GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. (2002). Nuevo régimen de arbitramento: Manual Práctico. 2ª. Ed. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- GONZALEZ, Edgar. (2002). Algunos comentarios sobre los Actos Administrativos Contractuales y la competencia de los Tribunales de Arbitramento. En: Revista de Jurisprudencia Administrativa. No. 3 (noviembre) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HOYOS DUQUE, Ricardo. (2005). Las vicisitudes jurisprudenciales del arbitraje en la contratación estatal. En Periódico de la Asociación de Abogados de la Universidad de Antioquia (Septiembre-Octubre, 2005). Vía Internet En: <http://asociaciondeabogados.udea.edu.co>
- <http://idt.uab.es/docs/1998/Las%20formas%20sociales%20del%20derecho%20contemporaneo%20el%20nuevo%20ius%20commune%201998.pdf>
- IBAGÓN, Mónica Liliana. (2002). Competencia de la Justicia Arbitral para conocer de la Legalidad de los Actos Administrativos Contractuales, proferidos en uso de facultades exorbitantes de la Administración Pública. En: Revista de Jurisprudencia Administrativa. No. 3 (Noviembre) Bogotá: Universidad Externado De Colombia.

- MASCAREÑO, Aldo. (2006). Ética de la contingencia por medio del derecho reflexivo. Universidad Alberto Hurtado.
- MENDOZA TORRES, Arnaldo. (2006). El arbitraje contencioso administrativo. (Septiembre, 2006) Vía Internet En: <http://www.camarabaq.org.co>
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MARQUEZ ESCOBAR, Carlos Pablo. (2004). Intervención Pública, Regulación Administrativa y economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación. En: Universitas (noviembre, 2004). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- MONTES ALVARINO, Ingrid. (2007). La noción de regulación en el derecho Colombiano. Ensayo presentado como requisito para evaluación del módulo Intervención Pública Económica y regulación de los mercados. Maestría³ en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- MORA BARRERA, Juan Carlos y otros. (2001). Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos: Conciliación, arbitramento y amigable composición. Bogotá: Leyer.
- OÑATE ACOSTA, Tatiana. (2007). *Intervención Pública Económica y Regulación de Mercados: El Papel del Estado en la Economía*, Presentación (Mayo, 2007). Módulo Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- PALACIO, Germán. Resolución Alternativa de Conflictos: ¿La nueva cara de la política judicial? De SOUSA

- ROMERO GALVEZ, Leopoldo. El Arbitraje en la contratación estatal. Tesis de grado Javeriana, 2003. Vía Internet en:
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS48.pdf>
- SANTOS DE SOUSA, Boaventura. Pluralismo jurídico, Escalas y Bifurcación, GIRALDO ANGEL, Jaime. Mecanismos para un derecho con contenido social. En: Betancur, B., Faria, J. E. y otros. *Conflicto y Contexto: Resolución alternativa de conflictos y contexto social*. Bogotá: Instituto Ser de de Investigación, Colciencias, Presidencia de la República, 19