

EL ARBITRAJE OPCIONAL PARA LOS CONFLICTOS JURÍDICOS ESTADO-INDIVIDUO: PROPUESTA ALTERNATIVA DE IGUALDAD Y NEUTRALIDAD JUDICIAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CAROLINA ISAZA ZULUAGA

TESIS DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**DIRECTOR
Dr. FABRICIO MANTILLA**



**COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO
-UNIVERSIDAD-
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ, D.C.
2013**

*A mi Dios,
quien siempre
ha sido la razón
de mi inspiración.*

*A mis padres,
por enseñarme
el poder de la fe.*

*A mi amada hija,
por su enorme
paciencia.*

I. INTRODUCCIÓN

Al pensar detenidamente sobre qué introducción redactar en este escrito, en el que se propone que una figura como el arbitraje pueda llegar a operar en el derecho administrativo como cualquier juez o tribunal ordinario de esta jurisdicción, se me vino a la mente de manera reveladora plantear en esta introducción como argumento principal que ésta es en esencia una tesis sobre ‘*administración de justicia*’; y la consideración no está nada lejos del sentido con el que ha sido pensada, pues, esencialmente, esa es la óptica sobre la que ha sido concebida y trabajada desde sus inicios; de hecho, el lector podrá ver en cada palabra redactada que lo que se intenta probar es que, ya sea desde el punto de vista teórico-jurídico, normativo, doctrinal o jurisprudencial, el arbitraje es eso justamente, con independencia de la materia del derecho en la que se esté desempeñando.

Ha habido muchos escollos, pero el primero de ellos que me encontré al tratar de plantear que los árbitros en nuestro país pudieran administrar justicia para resolver cualquier tipo de conflictos que se den entre el Estado y el individuo, asimilándose al adjudicador de la jurisdicción contenciosa administrativa en sus funciones jurisdiccionales, fue aquel paradigma revolucionario francés del *principio de legalidad*, que resuena en el fondo de nuestros cánones y creencias con la máxima de que los servidores públicos –y en esta categoría entrarían jueces y también árbitros, sólo pueden hacer lo que la ley les permite o manda a hacer.

Pero si bien encontré ese primer obstáculo al inicio de la investigación, en la última etapa de ella hallé en un escrito el detonante de esta –‘tal vez’- impopular idea de administración de justicia arbitral en lo contencioso administrativo para todo tipo de conflictos: el escrito ‘Teoría de Adjudicación’ de José Trías Monge. La importancia de este escrito para esta propuesta investigativa es que da justamente en el punto que, y sin el ánimo de ser simplista, al final de cuentas lo que hace un juez –y lo que haría también un árbitro- sería adjudicar controversias en una determinada sociedad y en un determinado tiempo, es decir, ‘administrar justicia’.

Como lo indica Trías Monge en su ‘Teoría de Adjudicación’, lo que enfrenta el adjudicador de nuestra sociedad y de nuestro tiempo es una larga serie de interrogantes, desde ¿Cuál es la

función del juez, hallar y aplicar la ley o, en algunas situaciones, crear la ley en el proceso de evolución y cambio del derecho? hasta ¿Qué es el derecho?, ¿Cuán sensible al cambio es o debe ser el derecho?, ¿Cuáles son las fuentes del derecho a consultarse por el juez? y ¿Qué es la justicia y cuál es su relación con el derecho?¹

Todas las preguntas planteadas por el Profesor Trías Monge tienen una relevancia significativa en la adjudicación del derecho –y para los planteamientos de esta tesis-, pues, y como él mismo lo expresara, ‘Del modo en que los jueces se contesten estas y otras preguntas dependerá en gran medida la decisión de buen número de controversias.’² Estos interrogantes son igualmente aplicables para la actividad que ejercen los árbitros.

El punto es que detrás de lo manifestado por el profesor Trías Monge, así como detrás de la actividad de administrar justicia ya sea por un juez o por un árbitro, hay 2.500 años de discusión y de ‘*evolución*’ del derecho, aún en curso; es decir, que hay una parte sutil del derecho expresada en la teoría del derecho y la filosofía jurídica que influye las decisiones judiciales (arbitrales) que permitiría afirmar en palabras del mismo Trías Monge: ‘El juez podrá o no preocuparse por los problemas de la teoría del derecho, pero, quiera o no, tendrá, consciente o inconscientemente, su propia filosofía jurídica que irremediamente intervendrá en la emisión de sus fallos.’³

Con base en lo anterior, y haciendo la advertencia inicial de que esta es una tesis con un sentido ampliamente *antidogmático*, se estructuró el planteamiento de que el arbitraje podría dirimir cualquier tipo de conflictos Estado-individuo ante la jurisdicción contencioso administrativa desde la perspectiva, argumentación y óptica de una teoría-jurídica (los Estudios Críticos del Derecho o CLS –por su sigla en inglés-), las normas, la doctrina y la jurisprudencia.

¹ TRIAS MONGE, José. ‘*Teoría de Adjudicación.*’ Editorial de la Universidad de Puerto Rico. Primera edición. 2000. Página 1.

² TRIAS MONGE, Op. Cit. Página 1.

³ *Ibidem*, Página 2.

En tres capítulos, intentaré probarle al lector que el arbitraje en la jurisdicción contencioso administrativa podría tener más y mayores posibilidades que el estrecho y circunscrito espacio de la contratación pública al que se encuentra reducido actualmente.

En el primer capítulo, en el que se aborda el marco teórico de la propuesta investigativa, escogí como sustento de la propuesta investigativa a los Estudios Críticos del Derecho (CLS); la escogencia se dio con base en la idea *antidogmática* que manejan estos Estudios, así como también lo es el sentido de la tesis. El revolucionario *principio de legalidad* heredado por nuestro sistema normativo de la Revolución francesa nos ha llevado a tener dentro de nuestros ficciones jurídicas ‘La visión típica de la función del juez, por ejemplo, es la inexacta y simplona que su labor se limita a hallar y aplicar la ley. La formulación de la ley, conforme a la fábula, es tarea que le corresponde exclusivamente al legislador. El mito es de vieja estirpe. Napoleón entendió, así como Justiniano antes que él, que sus códigos eran tan precisos que su interpretación era innecesaria, que bastaba con aplicar la letra cristalina de la ley.’⁴ En apoyo de lo anterior, los CLS cuestionan, con fuerza, aquello que se encuentra normatizado y oficialmente consagrado (en el plano del conocimiento, del discurso y del comportamiento) en una determinada formación social, y propenden por la posibilidad de *concebir otras formas no alineantes*, diferenciadas y pluralistas de la práctica jurídica. Probando, desde la teoría jurídica, que el arbitraje para resolver todo tipo de conflictos Estado-individuo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa sería otra forma pluralista de práctica jurídica amparada en la evolución del derecho.

En el segundo capítulo, me refiero a la constitucionalización del arbitraje con su expresa mención en el artículo 116 de la Carta Política de 1991, desarrollando todo el acoplamiento que tiene dicha figura en nuestra estructura del Estado, particularmente en la Rama Judicial, así como recalcando la inmensa libertad –consciente o inconscientemente- que nos fue dada por los constituyentes de aquel entonces para que fuera la ley –en la medida de lo que ésta quisiera- la que determinara y pusiera límites a la institución arbitral en una postura claramente *antidogmática*.

⁴ *Ibidem*, página 3.

También en este capítulo se toca sucintamente las leyes estatutarias de administración de justicia y su referencia al arbitraje, así como las normas internas de los M.A.S.C., grupo en el que se suele ubicar al arbitramento.

No podría faltar en una tesis que busca ampliar el espectro en el que funciona el arbitramento en el Derecho Administrativo un aparte que planteara las posiciones doctrinales sobre su operatividad en la contratación pública nacional. Como es sabido, el arbitramento es usado en materia administrativa para decidir, exclusivamente, las disputas en relación con los efectos patrimoniales de la contratación pública; sin embargo, cierta postura doctrinal considera que dichas restricciones son interpretaciones limitativas que hace la jurisprudencia (Corte Constitucional) de la ley al considerar ese tipo de administración de justicia como accesorio, informal y de menor jerarquía. Como podrá observarse en este capítulo, las limitaciones al funcionamiento del arbitraje en el Derecho Administrativo están relacionadas con dos tipos de razones, la primera de ellas tiene que ver con que la administración de justicia es en esencia un *monopolio estatal*, con el cual se ejerce soberanía y, segundo, las restricciones son impuestas por la misma ley que desarrolla la institución, producto de un concepto del derecho de corte formalista-positivista. En el aparte de los principios del derecho y del proceso que se exponen en el primer capítulo, es tratada la soberanía como el *quid* de la discusión sobre el que se basa parte de los condicionamientos en ver al arbitraje como una figura abierta y de múltiples potencialidades. Igualmente, el sustrato teórico-jurídico que permitiría darle, desde cierta parte de la doctrina y la jurisprudencia, un mayor realce al arbitramento, y a los asuntos sobre los cuales administraría justicia, es tratado con amplitud en el capítulo que plantea el análisis desde la teoría.

Este capítulo segundo trae un aparte interesante que toca el tema de la evolución del derecho y del Derecho Administrativo de una forma bastante sutil; y es la puesta a punto con la modernas formas de administración de justicia que trae el Nuevo Código de lo Contencioso Administrativo. Se podrán encontrar grandes similitudes entre la forma como opera el procedimiento arbitral y como está previsto que vaya a funcionar el nuevo procedimiento contencioso administrativo traído por la Ley 1437 de 2011; aún más, grata sorpresa podrá

encontrarse en ambos ámbitos en un tema como el de las medidas cautelares, que por cierto es uno de los terrenos donde mayormente son criticados los árbitros al compararse con los jueces, por considerarse que su nivel de administración de justicia es vago al carecer de la atribución de *imperium*.

Finalmente, la propuesta investigativa es tratada desde la barrera de mayor conflicto: la doctrina y la jurisprudencia. Aquí se podrá observar que el mayor esfuerzo argumentativo para superar los límites impuestos por las normas, la doctrina y la jurisprudencia que ven al arbitraje como una figura que no puede operar plenamente en el esquema de administración de justicia nacional tiene que ver con el tipo de *cultura o paradigma jurídico* que informa todo nuestro pensamiento y ordenamiento normativo; pero, y como se manifiesta en dicho aparte, este es un terreno en el que hay, por fortuna, contra-posturas doctrinarias, así como también jurisprudenciales, y sobre el que aún no está dicha la última palabra (como debería ser siempre en el derecho)

La investigación se cierra con el análisis de la Sentencia T-058 de 2009, más que nada con el propósito de demostrar que los asuntos tratados en el arbitramento difícilmente podrían considerarse como una forma de administración de justicia informal y de poca trascendencia social.

II. LA TEORÍA

A. MARCO TEÓRICO

1. ESTUDIOS CRITICOS DEL DERECHO (CLS)⁵

Al abordar el problema investigativo de este documento, desde la perspectiva y enfoque de los Estudios Críticos del Derecho, debe anotarse que, bien como movimiento o bien como escuela de pensamiento, en los múltiples significados que pueda tener éste término, la parte que se tomará como relevante para estructurar el *marco teórico* que apoye la idea de que el arbitraje podría ser una figura opcional para dirimir todo tipo de conflictos jurídicos Estado-individuo, como una propuesta alternativa de neutralidad judicial e igualdad procesal en la administración de justicia ante la jurisdicción contencioso administrativa, es aquella que sostiene, como uno de sus temas fundamentales, la existencia de ‘un fuerte énfasis en las lagunas, conflictos y ambigüedades en el ordenamiento jurídico positivo, elementos que hacen inevitable la libertad de interpretación extensiva (...)’⁶ por parte de quienes tienen a cargo dicha labor (jueces y juristas) y el abandono a la literalidad de la norma como el principal recurso del adjudicador.

8

De hecho, la propuesta de este trabajo investigativo apunta a que paralela a la administración de justicia por la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁷(JCA) pueda darse de manera

⁵ La crítica jurídica ha tenido una larga trayectoria en Occidente, ubicándose cronológicamente desde los años setenta. Antonio Carlos Wolkmer clasifica la Teoría Crítica en 4 ejes epistemológicos que son: 1) Los Critical Legal Studies, en Norteamérica; la Asociación de Crítica Jurídica, en Francia; el Uso Alternativo del Derecho, en Italia y España y los Enfoques epistemológicos de pluralismo jurídico. En lo que concierne a los CLS, podrían caracterizarse como: ‘El núcleo de la crítica jurídica en los Estados Unidos son los Critical Legal Studies, marcados por un cierto eclecticismo que cubre perspectivas teóricas atravesadas por el realismo jurídico, por el marxismo frankfurtiano, por el estructuralismo francés y por el análisis interdisciplinario. Se trata de un movimiento que, mediante la investigación histórica, filosófica y sociológica, pretende desmitificar la teoría jurídica liberal norteamericana, revelando hasta qué punto se evidencia su grado de compromiso con las relaciones de poder y con las ideologías dominantes, y apuntando incluso a la falacia de la neutralidad y de la complicidad de clase de los jueces en la práctica judicial.’ Tomado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-01.pdf>. por WOLKMER, Antonio Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, octubre de 2003.

⁶http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf

⁷ En Colombia, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, puede juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno, pero no así las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados

alternativa otra forma de adjudicación, igualmente válida, verosímil –social y estatalmente- como sería el arbitraje, pues, teniendo en cuenta el discurso teórico jurídico de los CLS (por sus siglas en inglés), el sentido de la adjudicación en aquel ámbito jurisdiccional muestra, por la indeterminación del derecho, la condición de insatisfacción de la neutralidad judicial requerida al momento de fallar y, por ende, del cumplimiento del principio procesal de igualdad de las partes en los juicios.

Para comenzar a referirse a este marco teórico escogido, debe señalarse que, el pensamiento jusfilosófico occidental en sus múltiples tendencias es muy rico, pero en las últimas décadas ha emergido y evolucionado un pensamiento insurgente, crítico, interdisciplinario, en el ámbito del derecho, que se ha desarrollado *al margen de la teoría jurídica tradicional dominante*, que ha contribuido a tomar conciencia sobre una discusión teórico-práctica y que ha planteado la *modificación de valores y posturas* en la búsqueda de una visión jurídica más pluralista, democrática y *antidogmática*⁸; y esta caracterización es lo que lo hace atractivo para la argumentación de esta discusión.⁹

9

Como quiera que la propuesta de que el arbitraje sea una forma alternativa de administración de justicia, para la ya existente JCA, la pretensión investigativa es claramente *antidogmática*, y por ello se necesitaba un discurso jurídico que apoyara teóricamente lo aquí propuesto, bajo el supuesto de que las expresiones “teoría jurídica crítica” o “pensamiento crítico”¹⁰ en el

administrativos. Debe señalarse desde ya que, constitucionalmente, la viabilidad de que el arbitraje resuelva todo tipo de conflictos Estado – individuo es una posibilidad dada por el artículo 116 constitucional de manera amplia, con la sola restricción que el mismo artículo impone: ‘en los términos que determine la ley’. Las restricciones con las que nos encontraremos, entonces, a la posibilidad planteada son legales, jurisprudenciales o doctrinarias mas no constitucionales propiamente dichas.

⁸ Los CLS han tenido poco impacto en el medio jurídico hispanoamericano, no así las corrientes formalistas del derecho que han sido recibidas ampliamente por la Corte Constitucional. Por esta razón, la escogencia de sus postulados como marco teórico tiene sentido en la medida en que los CLS critican la teoría de la “neutralidad judicial”, tan defendida por las teorías constructivistas del derecho, así como la manera en que aquella conserva y fortalece el *statu quo*. KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Estudio preliminar César Rodríguez. Notas editoriales Diego Eduardo López. Nuevo Pensamiento Jurídico. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editores, Segunda reimpresión, 2005. Página 53.

⁹WOLKMER, Antonio Carlos. Tomado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-01.pdf>.

¹⁰ El pensamiento crítico tiene como característica el vocablo ‘crítico’, y la manera como éste es entendido es fundamental para el sentido con el que se presenta esta propuesta investigativa. Wolkmer, junto con otros autores citados por él, señala que: ‘Discutir sobre teoría crítica supone necesariamente destacar el (los) sentido(s) de “crítica”, expresión ambigua y elástica, ya que por sus múltiples significados puede ser interpretada y utilizada de

derecho, usadas indistintamente (...), deberán ser entendidas como el profundo ejercicio reflexivo de cuestionar lo que se encuentra normatizado y oficialmente consagrado (en el plano del conocimiento, del discurso y del comportamiento) en una determinada formación social, así como la posibilidad de *concebir otras formas no alienantes*, diferenciadas y pluralistas de la práctica jurídica. Se entiende que el “pensamiento crítico” no es otra cosa que la formulación “teórico-práctica” consistente en buscar pedagógicamente otra dirección u otro referencial epistemológico (...)”¹¹ (Cursivas fuera de texto original)

Además, como lo indicara unos de los exponentes del movimiento de crítica jurídica –Antoine Jammaud-¹², así como también un reconocido defensor teórico en la actualidad -Duncan Kennedy-, éste es un pensamiento que resulta de la coexistencia y de la colaboración naciente de corrientes diversas ampliamente ligadas a las diferencias de las *condiciones políticas* que prevalecen en cada uno de los países de origen o las diferentes inserciones profesionales de sus miembros, porque derecho, política y adjudicación están estrechamente ligados y, frente a lo cual, juristas y doctrinantes manifiestan su insatisfacción ante la predominante formulación científica del derecho y sus *formas de legitimación dogmática*.¹³

10

diversas maneras en el espacio y en el tiempo. En la tradición filosófica occidental moderna, la palabra “crítica” fue empleada de manera distinta por autores como Kant y Marx. En Kant, la “crítica” significó “la idea de una operación analítica del pensamiento (...), manera de trabajar. La *Crítica de la razón pura* no expresa nada de negativo en cuanto a la razón, sino que procura mostrar su opinión acerca de cómo se formulan los juicios científicos” (Correas 1995a, 276). En Marx, la cuestión de la “crítica” asume un significado muy particular y distinto. Al examinar la economía política de su época, Marx se rebeló contra el modo en que los economistas clásicos describieron las leyes del capital. Ellos presentaban formulaciones supuestamente científicas que no reflejaban la realidad de los hechos ni de las relaciones sociales. Sus contribuciones no eran erradas, sino planteadas de manera engañosa, y esto llevaba a escamotear y ocultar las verdaderas prácticas sociales. Así, la “crítica” aparece en el marxismo como el discurso revelador y desmitificador de las ideologías ocultas que proyectan los fenómenos de forma distorsionada (Correas 1995a, 276). Posteriormente se avanza, como lo ha expresado Freire, hacia un sentido de la “crítica” que puede comprender aquel conocimiento que no es dogmático ni permanente, [pero que] existe en un continuo proceso de autoconstrucción. Y, siguiendo la posición de que no existe conocimiento sin praxis, el conocimiento “crítico” sería aquel relacionado con un cierto tipo de acción que resulta en la transformación de la realidad. Solamente una teoría “crítica” puede desembocar en la liberación del ser humano, pues no existe transformación de la realidad sin liberación del ser humano. (Freire, en Peluso 1994, 44). WOLKMER, ibídem, página 21.

¹¹ Tomado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-01.pdf> por WOLKMER, Antonio Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, octubre de 2003.

¹² Tomado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-00.pdf>

¹³ Tomado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-00.pdf> por WOLKMER, ibídem. Sobre la importancia de lo político en lo jurídico v. la entrevista hecha a Duncan Kennedy intitulada ‘La controversia política es parte del razonamiento jurídico’, en http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf

Los CLS tienen como objeto del conocimiento no sólo la necesaria indagación sobre cuestiones epistemológicas y *político-ideológicas* –que serían esenciales para determinar una postura antidogmática y antiformalista, como característica principal- sino también la edificación de una crítica jurídica con *reflejos renovadores* que influenciarían tanto la teoría general del derecho así como las áreas del derecho público (Derecho Administrativo) y privado; haciendo evidente la importancia actual de una crítica juspolítico-filosófica *desmitificadora* de la corriente formalista con la que aún se mueve internamente nuestro ordenamiento jurídico y los fallos judiciales, especialmente en la JCA.¹⁴

Los planteamientos de los CLS resultan útiles no sólo porque ellos presentan un discurso antidogmático y antiformalista que serviría para intentar proponer otro mecanismo de administración de justicia que dirimiera los conflictos Estado –individuo ante la JCA, sino porque de alguna forma muestran que el modelo de científicidad del discurso jurídico liberal individualista y la cultura normativista tiene un profundo agotamiento por una crisis de legitimidad propia y de elaboración y aplicación de la justicia, entre otras.¹⁵

Desgaste que se ha debido a que ese modelo de científicidad del discurso jurídico liberal individualista estaba cimentado en los paradigmas racionales de la fundamentación jurídica (jusnaturalismo¹⁶ y juspositivismo¹⁷); sin embargo, éstos han sido sustituidos, pues ya no

¹⁴ Tomado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-00.pdf>

¹⁵ Tomado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-00.pdf>

¹⁶ ‘Según esta doctrina el ser humano tiene unos derechos pre-estatales, es decir, anteriores a la formación de cualquier comunidad política, los cuales deben ser respetados por el Estado y no pueden ser violados. Es decir, los derechos inalienables y subjetivos de cada ser son en últimas los dispositivos que permiten la creación del Estado, dado que es cada individuo el que decide racionalmente entregar a un tercero regulador una fracción de su autonomía y soberanía para que éste le asegure el disfrute de sus otros derechos y además se abstenga de atacarlos arbitrariamente’. ‘La doctrina del iusnaturalismo es la es la clave filosófica para entender el liberalismo político y económico.’ ‘En el ámbito netamente jurídico el *iusnaturalismo* como escuela filosófica y el derecho natural como una forma de entender el fenómeno jurídico, “puede caracterizarse diciendo que consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis: a) Una tesis de la filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales o de justicia. Esta escuela establece que la validez de la norma se mide a través de su justicia o injusticia, es decir, acepta deliberadamente que existe una estrecha relación entre derecho y moral’ Tomado de http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/doku.php?id=ius-naturalismo

acompañan las incontestables transformaciones sociales y económicas por las que atraviesan las sociedades políticas modernas.¹⁸

Sin embargo, las ciencias humanas, entre ellas la ciencia jurídica –con todos sus componentes–, se enfrentan a ‘cierta dificultad en encontrar un nuevo parámetro de verdad frente a la crisis de fundamento de la sociedad actual.’¹⁹ Es por ello que frente a la creencia de existencia de una verdad absoluta en la forma de entender y aplicar las normas, en supuestos ordenamientos jurídicos carentes de vacíos y lagunas, el pensamiento crítico afirma en forma categórica que ‘Las verdades teológicas, metafísicas y racionales que durante siglos sustentaron las formas de saber y de racionalidad dominantes no logran responder enteramente las inquietudes y necesidades en el presente estado de desarrollo de la modernidad humana. Los modelos culturales, normativos e instrumentales que fundamentaron el mundo de la vida, la organización social y los criterios de cientificidad se volvieron insatisfactorios y limitados. El creciente escepticismo sobre modelos filosóficos y científicos que no ofrecen más directrices y normas seguras abre espacio para repensar patrones alternativos de racionalización. Los paradigmas que produjeron un *ethos*, marcado por el idealismo individual, por el racionalismo liberal y por el formalismo positivista, así como los que mantuvieron la lógica del discurso filosófico, científico y jurídico, encuentran su racionalidad cuestionada y substituida por nuevos modelos de referencia.’²⁰

12

¹⁷ ‘El positivismo por su parte, y según Hans Kelsen, apunta a que “el derecho de una comunidad es un sistema cuyos alcances pueden ser verificados empíricamente, en una forma objetiva y concluyente, con independencia de nuestras valoraciones subjetivas. El surgimiento del positivismo como escuela jurídica tiene relación con el nacimiento de las ciencias naturales en el siglo XVII, el movimiento de codificación en Europa impulsado por la Revolución Francesa y el rompimiento definitivo de la razón con la metafísica. El positivismo, defendido y desarrollado por Bobbio, Kelsen, Hart y Austin, entre otros, se caracteriza por desarrollar ideas completamente contrarias a las del iusnaturalismo antes expuesto. Por un lado, arguyen que no existen principios morales válidos universalmente, es decir, que el derecho no puede ni debe tener relación alguna con la moral, con lo valorativo, en últimas, con lo subjetivo. El derecho, para los positivistas más duros, es un ente autónomo, objetivo, coherente que no tiene lagunas, y que por ende puede solucionar cualquier caso que se le presente por medio de una estructura silogística.’

Tomado de http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/doku.php?id=ius-naturalismo. (Subrayado fuera de texto)

¹⁸ Tomado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-00.pdf>, página 15.

¹⁹ Tomado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-01.pdf>, página 19.

²⁰ Tomado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-01.pdf>, página 19.

Tal desgaste del modelo de cientificidad del discurso jurídico liberal individualista va también aparejado con las transformaciones –y erosión- sociales, políticas y culturales por las que atraviesan la sociedad y el Estado de corte burgués capitalista, acompañadas de las crisis y los cambios de los *paradigmas dominantes* en las ciencias humanas, trayendo profundas consecuencias en la teoría tradicional del derecho y poniendo en evidencia de forma permanente los límites y disfunciones de ésta.²¹ ‘La crisis de los modelos normativos técnicos y formales establece condiciones para el surgimiento de orientaciones teóricas que cuestionan y superan el *reduccionismo normativista*’²² (Cursivas fuera de texto)

La revisión crítica hecha por los CLS al derecho dominante ha estado marcada por la crisis de legitimidad y por la crisis de producción y aplicación de la justicia²³, respecto de la cual los jueces y el sistema de administración de justicia consideran los ordenamientos jurídicos exentos de lagunas y conflictos en la interpretación y adjudicación de las normas; incrementándose aún más esta evidencia en la JCA que se analiza.

Es así como, los CLS plantean que las lagunas y conflictos no sólo se presentan en muchas ocasiones sino que son inevitables, existiendo mucha más indeterminación en el ordenamiento jurídico ‘positivo’ de lo que la corriente positivista dominante²⁴ reconoce. Lo que afecta un reconocimiento de esta postura es lo previsible de los fallos judiciales, sin embargo, la escuela de los CLS no afirma que no pueda haber un resultado jurídicamente requerible o predecible²⁵,

²¹ Tomado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-01-03.pdf>, página 45.

²² Tomado de <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-01-03.pdf>, página 45.

²³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, octubre de 2003, página 45

²⁴ Aquí el movimiento de los CLS se refiere, básicamente, a la doctrina jurídica liberal, que como doctrina jurídica está referida a aquella elaboración doctrinaria de quienes estudian el derecho vigente y lo interpretan dentro de la ciencia del derecho.

²⁵ Obsérvese lo que afirma el juez Holmes, uno de los máximos exponentes del realismo jurídico, en la traducción que hace César Rodríguez de su libro “The Path of the law”: “Las decisiones judiciales están escritas generalmente en el lenguaje de la lógica. Y el método y las formas de la lógica satisfacen ese anhelo de certeza y tranquilidad que se encuentra en toda mente humana. Pero la certeza generalmente es una ilusión, y la tranquilidad no es el destino del hombre. Detrás de la forma lógica existe un juicio acerca del valor e importancia relativos de propósitos legislativos que compiten entre sí; es verdad que este es a menudo un juicio desarticulado e inconsciente, y aún así constituye la médula misma del proceso judicial” HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of the law*. Bedford, Applewood, 1996, páginas 15 y 16.

sino que éste es más bien un resultado ‘fenomenológico’²⁶, o que aparece a la intuición intelectual, al contrario de una respuesta exacta que pueda encontrarse en los ordenamientos o sus leyes, como sería el argumento de la escuela formalista. Como bien lo señala Duncan Kennedy, ‘la experiencia de una compulsión o libertad interpretativa es una función de estrategia interpretativa así como del contexto jurídico (esto es, los materiales legales), en vez de una característica “objetiva” de la pregunta en cuestión’²⁷

Para continuar señalando, con respecto a la función de estrategia interpretativa de la libertad o restricción de los intérpretes o adjudicadores del derecho que tanto el Derecho Privado, como el Derecho Público son intervenciones en orden a cambiar resultados en una dirección socialmente deseable; lo cual desvirtúa que el primero de ellos sea la expresión de principios generales incontrovertibles –pues del Derecho Público parece sí esperarse lo contrario-, ya que en realidad implican decisiones políticas.²⁸

Es decir, y para ir colocándolo en los rieles o conexiones de este trabajo investigativo, los jueces están influenciados en sus fallos no sólo por una determinada ‘teoría’ jurídica sino por los aspectos políticos del sistema estatal e, incluso, por las manifestaciones políticas que los mismos ordenamientos y sus leyes contienen en sí mismos. Es por ésta razón que Duncan Kennedy afirma que dentro del razonamiento jurídico se hace presente la controversia política, poniéndose al descubierto el sentido político de la *práctica cotidiana* de jueces y juristas.²⁹

Como quiera que los jueces fallan –aunque lo nieguen o lo desconozcan, fundados en la corriente positivista dominante-teniendo como referente las normas del ordenamiento jurídico

²⁶ Como fenomenología podemos entender, al ser definida por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, como: Método filosófico desarrollado por Edmund Husserl que, partiendo de la descripción de las entidades y cosas presentes a la intuición intelectual, logra captar la esencia pura de dichas entidades, trascendente a la misma consciencia.

²⁷http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf

²⁸http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf

²⁹http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf

que están altamente permeadas por un discurso político³⁰, al parecer inexistente e invisible para ellos, su pertenencia al sistema estatal de administración de justicia determina en el sentido de sus fallos *necesariamente* la *neutralidad*³¹ con la que aplican el derecho –además porque consideran generalizadamente la ausencia de lagunas y conflictos del ordenamiento jurídico- y esto repercute, primeramente, en la garantía del derecho a la igualdad –si se trata de comparar dos entidades como el Estado y el individuo-, así como en los demás principios que hacen parte del debido proceso.

En el anterior sentido, Duncan Kennedy afirma que: ‘Una (...) idea importante es que los jueces y profesores de Derecho involucrados en la interpretación jurídica tienen la tendencia, primero, a encubrir o negar el grado de elección que existe en su práctica interpretativa y, segundo, a ignorar o negar las consecuencias distributivas o políticas de la elección entre las posibles interpretaciones. La práctica de los juristas, ya sean jueces o también académicos produce un discurso de necesidad. Esto significa que el intérprete presenta su posición como necesaria dentro del contexto de las ciencias jurídicas, o quizás si fuera un modernista osado, dentro del contexto del *policy analysis*; involucrando una negación tanto del grado de elección como del significado político de la elección. Así, el discurso jurídico no es transparente, es en

³⁰ ‘Con el fin de subrayar la influencia de lo político en la decisión judicial, Kennedy desarrolla tres tópicos fundamentales. En primer lugar, sostiene que lo político incide en la adjudicación a través de la presencia permanente de la ideología en la aplicación judicial del derecho. en segundo lugar, afirma que el vehículo concreto que introduce constantemente la ideología política en la adjudicación es la utilización cotidiana de argumentos de conveniencia pública en las decisiones de los jueces. En tercer lugar, señala que el juez tiene experiencias cotidianas de la existencia tanto de libertad como de restricción en su intento por proferir la sentencia que desea en un caso concreto. A pesar de esta experiencia ambigua, sin embargo, el lenguaje judicial resalta sólo la restricción, en tanto utiliza de manera consciente, de mala fe, la retórica dominante de la aplicación mecánica de las normas.’ KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Estudio preliminar César Rodríguez. Notas editoriales Diego Eduardo López. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana. Siglo del Hombre Editores, Segunda Reimpresión, 2005. Página 63.

³¹ ‘Como se vio en la introducción a este ensayo, de la aceptación de la contradicción esencial del derecho y la doctrina jurídica se sigue el rechazo de la tesis de la neutralidad judicial, que será objeto de análisis en la siguiente sección. De acuerdo con Kennedy: Si este es el caso (si el derecho es radicalmente contradictorio), entonces el juez simplemente no tiene forma alguna de ser neutral. El problema no es que los conceptos que se suponen que motivan su decisión –libertad, igualdad, justicia, bienestar- tienen un significado oscuro o no influyen en su conducta. Ellos están fuertemente arraigados en la cultura y para la mayoría de nosotros es imposible entender el mundo sin ellos. El problema es que con base en ellos el mundo se puede entender de dos formas distintas, una individualista y otra altruista.’ Kennedy, Op.cit. Página 62.

realidad un *discurso de elección e intención política* presentado como un discurso de necesidad interpretativa.³² (Cursivas fuera de texto)

Derivándose de lo anterior que el punto central de la orientación ‘crítica’ –particularmente en los Estados Unidos de América y de manera general para esta investigación- apunte a la falacia de la neutralidad y a la complicidad de clase de los jueces en la práctica judicial, que han convertido a aquella y a la objetividad de discurso jurídico en un *dogma* que no hace otra cosa que ser un mecanismo privilegiado de afirmación de intereses y reproducción de formas establecidas de jerarquía social.³³

Como se ha planteado, los CLS tienen, precisamente, como eje central la crítica al derecho como integridad y, en consecuencia, la ausencia de la neutralidad judicial dentro de sus postulados teóricos; lo cual reafirma claramente la existencia de un *desfase* en la aplicación del derecho, puesto que lo esperado es que los adjudicadores del derecho fueran *por principio* neutrales en el ejercicio de la actividad de administrar justicia en nombre del Estado.

Los anteriores argumentos son también considerados en la introducción que hace César Rodríguez al libro de Duncan Kennedy sobre “Libertad y restricción en la decisión judicial”, señalando la clara contradicción que existe entre la práctica jurídica y social y el pensamiento e influencias intelectuales que dominan la teoría y dogmática jurídica; puesto que, si bien la fragmentación, la desigualdad y el predominio de la fuerza caracterizan nuestra sociedad y el derecho, el “discurso teórico” se arma con base en el formalismo jurídico donde el derecho es coherente y hay neutralidad judicial.³⁴

³²http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf

³³ZULETA PUCEIRO, 1987b, 122, citado en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/eclvs/eclvs04/eclvs04-01.pdf>, por Antonio Carlos Wolkmer. Introducción al pensamiento jurídico crítico. Colección En Clave de Sur. 1ª ed. ILSA, Bogotá D.C. Colombia, octubre de 2003

³⁴ *Ibidem*, página 32.

Los CLS critican, precisamente, la fe en la coherencia³⁵ del derecho y la idea de su aplicación neutral³⁶ por parte de los jueces, para desenmascarar las opciones políticas que hay detrás de la tradición jurídica y los grupos concretos que son favorecidos por el mantenimiento del *statu quo*.³⁷

El *quid* del asunto está en que los CLS afirmarían, básicamente, que la ausencia de neutralidad judicial³⁸ se debería a las indeterminaciones, vacíos, lagunas del derecho, impidiéndole a éste tener integridad absoluta y coherencia; es entonces donde entrarían en juego las valoraciones políticas y morales de los jueces al momento de adjudicar los derechos.

La neutralidad judicial es, según Kennedy, el objeto predilecto de la teoría liberal, “símbolo del *statu quo* jurídico que reproduce y refuerza las desigualdades sociales”³⁹. Pudiéndose argumentar, con base en la anterior afirmación, que la falta de integridad del derecho conlleva a la ausencia de neutralidad judicial (hasta aquí irían los CLS) –puesto que las normas carecen de la científicidad matemática necesaria para dar una respuesta única a los problemas jurídicos planteados- y la carencia de ésta lleva a la desigualdad de las partes que se enfrentan en un proceso judicial, conjugaciones que nos conducen de plano a la ausencia de justicia y, por ende,

³⁵En este sentido es afirmado por César Rodríguez que: “Por esta razón, las teorías del derecho que afirman la coherencia del derecho tienden a sostener simultáneamente la neutralidad de la adjudicación.//Por el contrario, cuando se entiende el derecho como un conjunto de normas que tienen una textura abierta y que se encuentran en tensión permanente debido a que protegen simultáneamente intereses de grupo enfrentados (...), los litigios y la adjudicación son vistos como campos de enfrentamiento entre dichos grupos, en los que el juez, lejos de mediar de forma neutra, generalmente puede elegir entre interpretaciones alternativas de acuerdo con el resultado que considera más justo. Debido a esto, las teorías que sostienen la indeterminación esencial del derecho, suelen señalar igualmente el carácter subjetivo de la adjudicación” KENNEDY, *ibidem*, página 21.

³⁶ Esencia del liberalismo, racionalismo y el formalismo jurídico. Resulta llamativo ver cómo el racionalismo moderno presenta la idea de “estar en lo correcto”, como si sólo las conclusiones obtenidas mediante el procedimiento racionalista fueran las correctas, las que siempre tendrían la razón –valga la redundancia- y las que nunca se equivocarían. Aquella idea es planteada por Kennedy a propósito de la calificación que hace de su propuesta con base en los opuestos de modernidad (racionalista), posmodernidad (antimoderna e irracionalista) y de izquierda (y también de derecha). Kennedy, *ibidem*, página 56.

³⁷ KENNEDY, *ibidem*, página 41.

³⁸ César Rodríguez indica en su introducción, leyendo a Kennedy, que: “En este sentido, Kennedy califica su propuesta como modernista, posmoderna y de izquierda, esto es, a la vez irracionalista y a favor de una “una sociedad más igualitaria y comunitaria. (...) Con esta orientación filosófica y política, la crítica de la adjudicación de Kennedy tiene como propósito central, (...), mostrar las inconsistencias internas de las teorías liberales de la neutralidad judicial, así como su inadecuación para describir la práctica judicial cotidiana” *Ibidem*, página 56.

³⁹ *Ibidem*, página 55.

a la violación del debido proceso;⁴⁰ justificación adecuada para pensar en propuestas alternativas de administración de justicia –como sería el arbitraje–.

Dentro del planteamiento de Kennedy y los CLS está la “mezcla inevitable”⁴¹ entre el poder legislativo y el poder judicial, política y derecho, para sostener así el carácter ideológico y los efectos políticos de la labor de los jueces. Kennedy, exponente ilustre de los CLS, subraya la *influencia de lo político* en la decisión judicial fundamentalmente en tres aspectos. El primero es la permanente presencia de lo ideológico en la aplicación judicial del derecho. En segundo lugar, la forma como se introduce ese componente ideológico en la adjudicación es a través de argumentos de conveniencia pública en las decisiones de los jueces. Finalmente, como tercer elemento, el juez vive en el día a día de su labor experiencias de libertad y restricción en el fallo que profiere para un caso en concreto.⁴²

Para el primero de los aspectos, Kennedy define como ideología “un proyecto de universalización de una inteligencia ideológica que se entiende así misma como actuando “por” un grupo con intereses en conflicto con los de otros grupos”⁴³ En palabras de César Rodríguez, interpretando a D. Kennedy, “una ideología es un discurso elaborado por una élite ilustrada que pretende defender a través de él los intereses de un grupo social que entiende representar. La estrategia de defensa consiste en articular el discurso en términos universales, de tal forma que quede oculto el vínculo con el grupo representado”⁴⁴

Las ideologías se dan en escenarios donde el derecho cumple una función central, puesto que éste establece las reglas de juego donde una u otra posición ideológica es favorecida. En la medida en que una ideología define, por medio del derecho, las reglas jurídicas se tornan en

⁴⁰ “Si este es el caso (si el derecho es radicalmente contradictorio), entonces el juez simplemente no tiene forma alguna de ser neutral. El problema no es que los conceptos que se suponen que motivan su decisión –libertad, igualdad, justicia, bienestar –tienen un significado oscuro o no influyen en su conducta. Ellos están fuertemente arraigados en la cultura y para la mayoría de nosotros es imposible entender el mundo sin ellos. El problema es que con base en ellos el mundo se puede entender de dos formas distintas, una individualista y otra altruista” KENNEDY, Duncan. *Form and Substance in Private Law Adjudication*. Harvard Law Review. 1976, página 1766.

⁴¹ KENNEDY, *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Op. Cit., página 57.

⁴² *Ibidem*, página 63.

⁴³ KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication*. Cambridge, Harvard University Press, 1997. página 39. Traducción de César Rodríguez en *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*, op. cit. Página 63.

⁴⁴ KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción*. Op. cit. Página 64

dominantes en el mundo de la política. Los ordenamientos jurídicos son en últimas reglas de juego, extensiones de la política prevaleciente.⁴⁵ Esto reafirma la estrecha relación entre derecho y política.⁴⁶

La importancia de la decisión judicial, en un sentido u otro de tipo ideológico, tiene efectos de validez y verosimilitud social y estatalmente aceptadas al definir “políticamente” el caso concreto a favor de un determinado grupo, porque el juez, adjudicando en “aparente” justicia decide en forma definitiva en clave del racionalismo de la modernidad el estado de lo “correcto”⁴⁷ (o con pretensión de corrección);⁴⁸ propio de la teoría jurídica formalista.

Si bien los fallos judiciales están cargados de ideología, la evidencia fáctica de esta ocurrencia no es fácil de rastrear, no es una “pistola humeante”, como lo afirmaría Kennedy. Los jueces guardan, por diferentes razones, cierta discreción al respecto.⁴⁹

Tan es así la influencia de la ideología en los fallos judiciales, que ella podría explicar —entre otras causas- la razón por la cual se presentan cambios súbitos en la jurisprudencia de una corte o de un juez.⁵⁰

⁴⁵ KENNEDY, ibídem, página 65.

⁴⁶ En la Crítica a la Adjudicación de Kennedy se señala que: “De hecho, la judicialización de los temas políticos más sensibles es un fenómeno corriente en los sistemas que —como el de los Estados Unidos y buena parte de Hispanoamérica- han adoptado la institución de control de constitucionalidad. En estos sistemas, virtualmente todos los temas esenciales de los debates ideológicos llegan a instancias judiciales” KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*, op. cit., p.p. 45-46.

⁴⁷ “Esto significa, a la vez, que es probable que casos similares sean decididos de la misma forma y que las personas actúen en general en el futuro de acuerdo con lo establecido en la sentencia.” KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Op. cit., página 67.

⁴⁸ “(...) dado que los jueces son símbolos sociales de autoridad e imparcialidad, sus pronunciamientos tienden a generar lo que Kennedy llama “efecto de conversión”, esto es, la creencia del público de que lo establecido en sus sentencias es lo correcto. A través del efecto de conversión, el juez que dirime una lucha ideológica en un caso concreto legitima —esto es, hace ver como correcta- la decisión que adoptó.” Kennedy, Duncan. *Ibídem*, página 68.

⁴⁹ “En el discurso jurídico, la evidencia (de la influencia de la ideología) nunca es una “pistola humeante” en el sentido de una confesión de la intención del juez. En los fallos, los jueces *siempre* “niegan”, en el sentido común de este término, que están actuando con base en motivos ideológicos. Ellos afirman explícitamente que el resultado [...] fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías personales. Esto es obviamente un gesto de respeto a una convención y nos dice poco sobre lo que “realmente” sucede” KENNEDY, Duncan. *A Critique of Adjudication*, Op. cit. Página 55 (traducción de César Rodríguez en Libertad y Restricción en la Decisión Judicial, página 70)

⁵⁰ A manera de ejemplo, sobre cambios bruscos de una jurisprudencia a otra, pueden compararse las sentencias C-127 de 1993 y C-319 de 1996.

De los argumentos planteados por Kennedy en relación con la influencia de la ideología en los fallos judiciales debe agregarse un aspecto que para este trabajo resulta crucial y que necesariamente ha de incluirse en el concepto ideológico de los CLS (como crítica local), cual es la estructura a la que pertenecen los jueces (o magistrados) de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Colombia, haciendo parte del Estado, del cual son además *sm*s funcionarios administradores de justicia. Como quiera que la crítica es local, este aspecto denotaría una característica especial que condicionaría la neutralidad judicial para nuestro caso específico. Es decir, si el derecho está determinado por la política, según lo señalan los CLS, para el caso colombiano existe una forma adicional en la que la política influiría indirectamente en los fallos judiciales, por estar la administración de justicia inmersa en la estructura de poder estatal.⁵¹

Además, en ese celo de reserva del juez, éste experimenta tanto la sensación de libertad, para crear derecho, como la sensación de restricción causada por la obligación de aplicar las normas vigentes, los principios, las convenciones sociales, la jurisprudencia anterior, etc.⁵² La tensión

⁵¹ Muestra de ello es el artículo de prensa de *Ámbito Jurídico* en el que el columnista Diego López Medina indica con ocasión de la elección de los Magistrados de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que: “Este proceso de selección judicial muestra señales muy preocupantes en Colombia. El ejemplo ha sido el cambio casi total que tuvo la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en el último año. La salida de los antiguos magistrados generó, no un proceso de control mutuo entre el Ejecutivo y las fuerzas políticas en el Congreso, sino una negociación y repartición de la sala relativamente preacordada. Así, por ejemplo, los últimos cuatro puestos de la sala fueron repartidos milimétricamente entre la coalición de Gobierno: en un ejercicio que parecía normal y lógico, se hablaba de la “terna conservadora”, de la “terna del partido de la U” y de la “terna de las minorías” (de la coalición de gobierno, claro está). La cuarta terna, finalmente, terminó dando prevalencia al partido Cambio Radical. En todo este proceso, fue notoria la oposición del partido Liberal y del Polo Democrático, que incluso retiraron a sus congresistas de las votaciones. (...) Es posible (aunque improbable) que estas negociaciones políticas se hayan dado a espaldas de los profesionales que hoy llegaron a la magistratura. Es evidente, sin embargo, cómo esta dinámica afecta de forma grave su legitimidad judicial. (...) En afirmaciones posteriores a su elección, uno de los nuevos magistrados dijo que de él sólo se podría esperar independencia e imparcialidad. Creyendo en su buena fe, ¿cómo es posible elegir magistrados en un proceso intensamente político, para que luego afirmen que su carácter judicial estará marcado por la independencia y por la imparcialidad? Del cubilete sólo sale lo que se le metió adentro. En las cosas políticas no se hace magia. Y repito una cosa: estos no son reproches morales a los magistrados, en cuya honorabilidad tengo que creer, sino el abecé de la teoría institucional que, como un lorito, tengo que repetir a mis estudiantes cada semestre. (...) Ahora, pues, todos tenemos que aceptar el hecho cumplido. Una cierta forma de hacer política se impuso de nuevo y minó, con otro tremendo golpe, la legitimidad de la justicia. La sociedad civil lo ha manifestado una y otra vez. ¿Alguien escucha? ¿Les importa a los partidos? ¿Y qué piensan los nuevos magistrados? ¿Justifican el proceso político que deslegitima su investidura? ¿No afecta esto la gobernabilidad del sector judicial? (...)” *Ámbito Jurídico*, Legis, año XI, No. 259. Colombia. 6 al 19 de octubre de 2008, página 16.

⁵² KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Op. cit. Página 80-81.

vivida por el juez entre la libertad y la restricción de sus fallos se da también entre la sentencia que el operador judicial quiere dictar y lo que el derecho “*parece*” indicarle.

Kennedy señala que la *neutralidad judicial* es una retórica que se mantiene porque así se quiere, ya que, “existiendo evidencias diarias de la influencia de lo político en las decisiones judiciales”, lo cual mostraría –en últimas- una práctica judicial cínica, esta no se deslegitima debido a que “tanto los especialistas como los legos en derecho *quieren conservar la imagen del juez neutral*, en tanto ésta es el símbolo social por excelencia de la imparcialidad.”⁵³

Lo anterior nos lleva a considerar que, particularmente en Colombia, el aferramiento al *principio de legalidad* como producto de nuestra herencia directa de los Postulados de la Revolución francesa, consagrado además de manera expresa en el artículo 6 constitucional, parecería llevar a los jueces no sólo a considerar que internamente el sistema es completamente coherente, es decir, exento de vacíos, contradicciones e indeterminaciones, sino que ello es lo deseable.⁵⁴ Pero contrario a las expectativas o anhelos de los adjudicadores, la existencia de vacíos en las normas es una realidad innegable, que además tienen incidencia directa en la aplicación neutral de las normas o en la creación del derecho (“extralegal”) con base en postulados subjetivos de los operadores judiciales.

Las posibles respuestas que podrían darse a la presencia de esa contradicción o desfase, como es llamado por César Rodríguez, en nuestro sistema normativo resultan aquí muy ilustrativas:

1. Nuestro ordenamiento jurídico se armó en clave legalista, haciendo de la ley la fuente suprema del derecho, con una tradición “formalista” centrada en la exégesis de los textos legales y en la insistencia en el carácter *apolítico* de la adjudicación. Esto es debido a la adopción del sistema jurídico francés.⁵⁵

⁵³ *Ibíd*em, página 88.

⁵⁴ ‘Lo que se intenta preservar es una instancia simbólica, el Juez, de la misma forma como se pretenden conservar figuras como la del padre o la del sacerdote. El Juez (en mayúscula) es posiblemente la imagen paradigmática de la coherencia, el referente que compensa en el nivel simbólico la incoherencia omnipresente en el nivel de la vida cotidiana. La retórica de la neutralidad se mantiene, en fin, porque nosotros queremos creer que ella es cierta.’ *Ibíd*em, página 88.

⁵⁵ *Ibíd*em, página 33.

2. Reproducción de la concepción formalista del derecho en la enseñanza del derecho, dando prevalencia al estudio de las normas positivas y no a la jurisprudencia y las relaciones entre el derecho y la vida social.
3. “Como lo sostiene Kennedy, en los países de tradición jurídica francesa no ha existido una crítica *interna* al derecho”,⁵⁶ por la percepción de la ley como contenedora del sentido de la justicia absoluta (sin errores)
4. Debido al peso del formalismo y su confianza en la *racionalidad* interna del derecho, no ha entrado el pensamiento jurídico posmoderno a la teoría jurídica.

Entonces, concatenando los planteamientos de los Estudios Críticos del Derecho – teóricamente hablando- con la propuesta optativa del arbitraje como mecanismo para resolver los conflictos jurídicos Estado – individuo se identifica *a priori* entre ambos el planteamiento de un esquema de administración de justicia; de igual manera, también se evidencia de primera mano que si hay algo que caracteriza cualquier sistema de administración de justicia o, incluso, de ejercicio de una jurisdicción judicial es que *en* ella se imparte o se ejerce, esencialmente, por parte de los jueces, la justicia frente a los casos o procesos que le son presentados; además, se observa, entonces, que generalizadamente los aparatos estatales jurisdiccionales están cargados o llenos del concepto de justicia y su administración; ese es su trabajo, y de ello no está exenta la JCA.⁵⁷

Sin embargo, respecto al tema de la administración de justicia, en términos generales, y particularmente en Colombia, hay una sensación generalizada en la institucionalidad estatal, en

⁵⁶ *Ibidem*, página 33.

⁵⁷ Resulta de máxima importancia resaltar lo que un concepto es para llegar al de ‘justicia’. Sobre el particular, Carlos Borsotti indica, por ejemplo que: ‘Un concepto es una abstracción obtenida de la realidad y, por tanto, su finalidad es simplificar resumiendo una serie de observaciones que se pueden clasificar bajo un mismo nombre. Por lo tanto, un concepto científico es una construcción mental en la cual "se incluyen las propiedades nucleares, estructurantes, del objeto de investigación. Los conceptos son medios mentales que tienen por finalidad dominar espiritualmente los empíricamente dado".
http://www.fhumyar.unr.edu.ar/escuelas/3/materiales%20de%20catedras/trabajo%20de%20campo/marco_teorico.htm#_edn3

la doctrina y en la jurisprudencia, de que el ejercicio de esta actividad debe estar exclusivamente reservada para los jueces de naturaleza estatal, donde sólo ellos podrían decidir de manera neutral –y con el pleno cumplimiento de las formas procesales estatalmente establecidas- las controversias jurídicas, y mucho más tratándose de los delicados asuntos que trata la jurisdicción contencioso administrativa –salvo casos puntuales de la contratación pública-.

Lo anterior cobra un cariz psicológico, es decir, el que la conducción del proceso judicial y la adjudicación del derecho en un conflicto Estado – individuo lo haga el juez natural contencioso administrativo genera, institucionalmente hablando, menor desconfianza a que si ésta labor o decisión se le encomendara a un árbitro que fallara en derecho y con base en las mismas normas que se encuentran a disposición de los jueces; pues hay un subcontenido velado del ejercicio de la administración de justicia pública que el juez de lo contencioso administrativo parece cumplir sin ningún inconveniente y el árbitro no; pero, sin que sobre anotar en estos momentos que la capacidad, destreza y exigencia de los dos tipos de adjudicadores del derecho es exactamente la misma, además de que la labor de ambos es administrar ‘justicia’.

Como podría entenderse tangencialmente de D. Kennedy, no resulta fácil develar en las leyes, la doctrina o la jurisprudencia el contenido psicológico de la confianza de éstos en el sistema judicial estatal establecido (aunque él sea profundamente criticado por muchos); lo que terminaría resultando en el impedimento para que figuras como el arbitraje se implantaran y desarrollaran más ampliamente en dicho sistema; sin embargo, desde las premisas de la indeterminación del ordenamiento jurídico positivo y de las ‘intenciones’ interpretativas que se dan detrás de una decisión judicial, expuestas por los ‘Estudios Críticos del Derecho’, lo cierto es que tanto la JCA como un tribunal arbitral habilitado por las partes son formas de administrar justicia que se dan en el marco de procesos jurídicos –con el pleno lleno de los requisitos formales procesales-, caracterizados como judiciales, en la primera de ellas, y arbitrales, en la segunda. Estos procesos, judiciales o arbitrales, deben cumplir, y cumplen, en ambos la lógica y las garantías que ellos comportan para que se ‘*administre justicia*’, independientemente del tipo de enrolamiento en la actividad que tengan quienes los dirigen, y en esa medida la desconfianza institucional estatal estaría llamada a superarse.

Finalmente, como se ha podido ver de la exposición aquí presentada, la escogencia de los CLS como marco teórico de este trabajo tiene su razón de ser en que dicha *teoría* estudia tanto los aspectos técnicos –adjudicación- como las cuestiones teóricas del derecho.

B. CULTURA JURÍDICA

1. GIRO TEÓRICO A FAVOR DE LA POSTURA INVESTIGATIVA

En el acápite anterior, citando a César Rodríguez, se afirmó que nuestro sistema normativo se armó en clave legalista, el cual tiene como máxima conquista el considerar a la ley⁵⁸ como la fuente primera y principal del derecho, en general, y de la adjudicación, en particular, como garantía de los derechos del individuo.

Lo anterior generó toda una cultura en nuestro ordenamiento jurídico, tanto así que, como ejemplo, por casi cien años, era no sólo evidente sino ampliamente aceptado por todos los operadores jurídicos que para aquellos casos que no encontraban descripción normativa exacta en la ley, la regla de solución se encontraba en las antiquísimas disposiciones del artículo 8 de la Ley 153 de 1887 que señala con talante legalista: “*Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán **las leyes que regulen casos o materias semejantes**, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.*” (Subrayado y negrillas fuera de texto)

Es decir, el orden de aplicación de las fuentes del derecho era: primero, *encontrar* la ley exactamente aplicable al caso controvertido (*ballazgo*), en su defecto, buscar leyes que regularan casos o materias semejantes o, como último recurso, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.⁵⁹ La labor del juez o adjudicador era *encontrar*, con base en ese sistema, la

⁵⁸ Este arraigo de nuestro sistema normativo a la ley y no a la jurisprudencia es cultural, así lo indica Diego Eduardo López Medina: “[...], un sistema libre de jurisprudencia no vinculante mantenía a la cultura jurídica colombiana más cercana a las técnicas e ideales del derecho francés, el cual constituía, en la época, la estrella polar de orientación del derecho nacional. Se trataba de una cultura jurídica que era también *nuestra*.” LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces*. Bogotá, Legis. 2009. Página 28.

⁵⁹ En el Derecho de los jueces, Diego Eduardo López Medina muestra cómo el valor de la jurisprudencia fue tomando importancia luego del radical legalismo francés posrevolucionario: ‘(...) la posición anti-jurisprudencial

solución de ‘justicia’ al caso; es decir, realizaba toda una labor de ‘interpretación’ de los textos normativos y de esta manera se otorgaba la garantía del derecho contenido en la ley.

La labor del juez habría sido, entonces, desde siempre el de ser un *intérprete* con base en un modelo, que para el caso nuestro era el teórico, formalista o legalista.

Sin embargo, con la Constitución de 1991, la interpretación hermenéutica ha cambiado su orden de precedencia; y esa forma *legalista* de expresión de nuestro ordenamiento jurídico, imperante durante tanto tiempo y que no actualizó el proceso de ensanchamiento de los derechos fundamentales –con sentido garantista–, encogiendo, por lo tanto, el principio de legalidad con base en el cual se fundamentó por un largo periodo en forma única nuestro derecho público y –más específicamente– el derecho aplicado por los jueces al administrar justicia, cambió.

Los derechos fundamentales, y su garantía, han agrandado potencialmente su marco de acción, mientras que la invocación del marco teórico legalista se ha encogido. Es decir, al establecer el artículo 4 de la Constitución Política que “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*”, ya no importa si a un caso o situación jurídica no se encuentra norma exactamente aplicable, puesto que la Constitución⁶⁰ se sobreentiende y antepone ante cualquier tipo de análisis,⁶¹ incluso al legal.

del legalismo francés fue modificándose con el tiempo en la misma Europa continental. (...)La interpretación radical del principio de legalidad apostaba a que *todos los casos* podían ser resueltos por el juez en estricta y literal obediencia de alguna disposición legal. Sin embargo, la práctica forense fue haciendo visible con los años que, de hecho, muchos casos no podían resolverse con referencia a la ley: los códigos tenían muchos más vacíos que lo que preveía el ideal ilustrado y revolucionario de la codificación. De la misma forma el odio revolucionario frente al valor normativo de la jurisprudencia (fundamentado en estrictas razones político-constitucionales) resultaba siendo excesivo desde el punto de vista del crecimiento técnico del derecho hacia situaciones no previstas por el legislador.’ El Derecho de los Jueces, op.cit. Página 9.

⁶⁰ Hablando sobre cómo la Corte Constitucional ha enunciado de manera muy fuerte la autoridad de sus precedentes, en un cambio hacia el modelo teórico argumentativo-interpretativo de nuestro actual derecho, Diego López Medina indica citando las sentencias SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999 que: ‘[L]a interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vínculo insustituible para que ella adquiera *status* activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico.’ Señala López Medina que: ‘Esta afirmación de la Corte modifica de manera radical la definición de “derecho constitucional” y sus técnicas: probablemente haya aún casos cuya

Este arraigo en la fuerza normativa y vinculante de la ley, producto original de la Revolución francesa, es expresado por García de Enterría, citado a su vez por Malagón Pinzón, al señalar que: ‘Es famosa la disputa entre BOUTMY y JELLINEK, sobre la falta de originalidad de la Revolución Francesa frente a la Norteamericana. (...) En opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, esta discusión quedó zanjada al manifestarse que el gran aporte de los franceses fue haber inventado, tras el absolutismo, el concepto de ley, como epicentro del derecho público moderno’⁶² (Subrayado fuera de texto original)

La situación de primacía de la ley, de su lugar preponderante y epicéntrico del derecho público moderno, y por antonomasia del derecho administrativo de hasta hace unos años, ha cambiado considerablemente en nuestro país.⁶³ ‘(...) [L]os principios generales del derecho se han redimensionado a tal punto que en muchos casos no tienen el carácter subsidiario que, como fuente del derecho, les da la norma decimonónica citada⁶⁴ y que incluso les otorga el artículo 230 de la Carta Política de 1991 (“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”), sino que pueden ser principales y obligatorios en razón de que si han sido fuente de decisiones de la Corte Constitucional devienen obligatorios dado que, tratándose de jurisprudencia constitucional, la Corte en reiterados pronunciamientos ha señalado que sus decisiones tienen carácter obligatorio para todos, incluyendo a los jueces.”⁶⁵

26

fundamentación proceda directa e inmediatamente de textos constitucionales en estado *preinterpretativo*. Estos casos, sin embargo, para la fecha tienden a ser minoritarios. Lo cierto es que existen ya varias capas de derecho judicial por encima del texto constitucional y que la mayor parte de los debates ocurren hoy en este segundo nivel de significado. La Constitución es, por tanto, un texto *postinterpretativo*. Estos niveles de interpretación judicial dan “estructura” al derecho constitucional, y abogados y jueces deben reconocer, tanto con sus ventajas como con sus desventajas, esta nueva topografía de argumentación constitucional.’ (Subrayado fuera de texto) *Ibidem*, páginas 68 y 69.

⁶¹ En el primer capítulo del Derecho dúctil de Gustavo Zagrebelsky, se inicia el libro con una frase contundente que marca el sentido de lo que el contenido de una Constitución actual es: “Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta, Madrid, 2003, página 9.

⁶² MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Universidad Externado de Colombia, 2007, página 25.

⁶³ Así lo constata Diego Eduardo López, en su libro el Derecho de los jueces, antes citado.

⁶⁴ Ley 153 de 1887, artículo 8.

⁶⁵ RENGIFO GARCIA, Ernesto. *Del Abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*. Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, 2004, página 34.

Sobre el carácter inspirador obligatorio de la Norma máxima en los jueces, se ha señalado que “La Constitución debe, en todo momento, con ley o sin ella, inspirar la actividad judicial. Incluso, si existe ley que regule específicamente la materia, debe interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable a su realización concreta. El sentido del término “doctrina constitucional” fijado por la Corte, en su doble acepción como referido a “norma constitucional” y a “cualificación adicional” efectuada por el intérprete autorizado y supremo de la misma, enfatiza su valor de fuente de derecho, bien porque la norma constitucional es “ley”, esto es, tiene carácter normativo (Art. 4º C.P.), o porque las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional vinculan a todas las autoridades (Art. 243 C.P.)”⁶⁶

“Además, debe recordarse que a la luz del derecho tradicional y legalista los casos jurídicos concretos se resolvían mediante la aplicación de reglas legales específicas y tanto los principios como el texto constitucional rara vez influían en las decisiones de los casos jurídicos concretos. Hoy, los principios y la Constitución tienen aplicación concreta en la solución de los casos jurídicos. Un principio constitucional abstracto – (...) - aplicado o aplicable mediante un *argumento interpretativo*, puede triunfar incluso sobre reglas explícitas que también regulen una situación jurídica concreta. Nota característica de los Estados constitucionales es la relevancia creciente de los principios, la *superación del legalismo*, en la medida en que la ley queda sometida a la normativa superior de la Constitución y de los principios constitucionales, y la *superación del formalismo jurídico*, en la medida en que los principios jurídicos, frente a las reglas, reclaman entrar en la solución de los conflictos jurídicos”⁶⁷ “En otras palabras: el sistema jurídico, debido a la vigencia de los derechos fundamentales (los cuales son principios), tiene el carácter de un sistema jurídico materialmente determinado por la Constitución”⁶⁸. Esa determinación

⁶⁶ Sentencia C-083 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, aclaración de voto a la sentencia.

⁶⁷ ERNESTO RENGIFO GARCÍA, *ibidem*, página 36.

⁶⁸ La aclaración de voto de esta sentencia constitucional, la C-083 de 1995, junto con la T-123 de 1995 y la T-260 de 1995, muestran un evidente giro de interpretación respecto a la ordenación de fuentes de nuestro sistema jurídico: un cambio de paradigma, en definitiva. Ordenación de fuentes e interpretación que ha tenido tintes muy tradicionalistas, incluso al interior mismo de la Corte Constitucional. ‘España, como Colombia, posee una cultura jurídica (a pesar de importantes cambios) mayoritariamente positivista y tradicionalista. Como dice Alejandro Nieto, “[l]os juristas españoles nos hemos formado en un ambiente del más riguroso positivismo, consolidado en España, como en toda Europa, en el siglo XIX, pero que entre nosotros había adquirido unos rasgos

encuentra expresión en la aplicación directa del texto constitucional o mediante la interpretación de reglas específicas del sistema con base en los valores y principios constitucionales”.⁶⁹ (Cursivas fuera de texto)

Sin embargo, la preeminencia de la Constitución frente a la ley no es condición única de la materia judicial y sus decisiones. Robert Alexy, en la *Teoría de los derechos fundamentales*, señala que “El Tribunal Constitucional Federal trata de dar cuenta del “efecto de irradiación” de las normas iusfundamentales en la totalidad del sistema jurídico con la ayuda del concepto de orden valorativo objetivo. Para citar al Tribunal: “De acuerdo con la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal, las normas iusfundamentales contienen no sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia”.⁷⁰ (Subrayado fuera de texto) “Por lo tanto, la irradiación en todos los ámbitos del sistema jurídico de los derechos fundamentales, en tanto derecho positivo, incluye una irradiación de la idea de la justicia en todos los ámbitos del derecho, exigida por el propio derecho positivo”⁷¹

28

Nuestro Derecho administrativo es de clara estirpe francesa y, por lo tanto, fundamentado en el formalismo legalista producto de aquella Revolución; en este escenario, la Constitución opera como una norma directiva fundamental.⁷² Por su parte, nuestro actual Derecho

singularmente exacerbados por la influencia conjunta de factores políticos y técnicos muy especiales.” ‘La Sentencia T-123/95, entonces, propone un mecanismo concreto de disciplina jurisprudencial para Colombia. *Disciplina jurisprudencial* significa aquí que en Colombia los jueces tienen una obligación positiva de atender los diversos materiales que constituyen el derecho vigente. Y uno de esos materiales es, ahora, la jurisprudencia que se viene a agregar a los ya tradicionales (Constitución y ley) de una manera mucho más clara y decidida de lo que permitía la tradición francesa.’ Sin embargo, ‘La disminución de la resistencia del tradicionalismo al interior de la Corte no significó para nada que la cultura jurídica nacional no siguiera manifestando su extrañeza frente a una Corte que pretendía otorgar al precedente judicial un valor mucho más fuerte que lo que permitía el positivismo de fuentes neo-romanista y francés dominante dentro del país.’ (Cursivas y subrayado fuera de texto) LÓPEZ MEDINA, Op. cit., páginas 46 a 50.

⁶⁹ ERNESTO RENGIFO GARCÍA, *ibidem*, página 37.

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, página 507.

⁷¹ ALEXY, *ibidem*, página 526.

⁷² “Concluimos el análisis de la revolución francesa con la dificultad de garantizar de manera estable y eficaz los derechos y libertades en una cultura señalada de algún modo por el modelo estatalista, que termina por situar en el

constitucional (y, en general, la *constitucionalización* de todo nuestro derecho, así como la irradiación de los derechos fundamentales a todo el sistema normativo) encuentra su antecedente más próximo en las conquistas de la Revolución americana del siglo XVIII; en este escenario, la Constitución opera como máxima forma de garantía de los derechos y libertades para la realización de los valores constitucionales.

Las Constituciones actuales, y entre ellas la colombiana, no son sólo directrices políticas de conformación del Estado de derecho. Las Constituciones democráticas de la segunda posguerra mundial han ido aparejadas con una transformación del Estado liberal del siglo XIX y su modelo político.⁷³ “En efecto, estas constituciones han reafirmado de nuevo el principio de soberanía popular contra la tradición decimonónica que lo había desterrado -(...)- a favor del principio de soberanía del Estado. Han retomado de nuevo la tradición revolucionaria de las Declaraciones de derechos, expandiendo su objeto hacia los derechos sociales que, sólo de manera efímera aunque relevante, habían sido afirmados en el curso de la revolución francesa. Y, además, estas mismas constituciones se proponen, frente al estatalismo liberal decimonónico, como constituciones rígidas protegidas por procedimientos particulares de revisión y reforzadas por una difusión progresiva del control de constitucionalidad, organizado de manera distinta que el estadounidense difuso, pero operante también, por lo menos en buena medida, como jurisdicción de las libertades, que como tal presupone una decisión fundamental de tipo constituyente que ha incardinado las libertades en la constitución, de tal

centro de nuestra discusión la imagen del legislador virtuoso, abriendo así las puertas a una soberanía del poder constituyente o de los poderes constituidos, del pueblo o del Estado, difícilmente controlable con fines de garantía. (...) En otras palabras, en esta línea interpretativa se sostiene que cuando la cultura de los derechos y libertades se separa de la tradición británica, de impronta historicista, se acaba forzosa y necesariamente, como demuestra precisamente el caso de la revolución francesa, por exaltar sin medida la soberanía de un poder público –constituyente o constituido- y por debilitar, de esa manera, la garantía de los derechos.//Nos encontramos así – en contraposición más o menos radical con la revolución francesa- con la revolución americana, con todo su valor histórico emblemático. A este propósito, se sostiene que el constitucionalismo moderno, entendido como *técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía*, no nace con las Declaraciones de derechos de la revolución francesa, sino más bien con la Constitución federal americana de 1787 (Matteucci, 1988). La afirmación sorprenderá, seguramente, a quien está habituado a reconocer en la revolución francesa el origen de nuestros sistemas políticos orientados en sentido liberal democrático. El hecho es que en esta opción a favor de la revolución americana ocupa un lugar determinante en una cultura de derechos y libertades esencialmente distinta de la afirmada con la revolución francesa” FIORAVANTI, Op. cit. Páginas 76 y 77.

⁷³ FIORAVANTI, ibídem, página 127.

manera que las sustrae del posible arbitrio de los poderes constituidos”⁷⁴(Subrayado fuera de texto)

Si la Administración de justicia tiene una clara lógica de estirpe legal y los derechos fundamentales de arraigo constitucional operan con criterio garantista producto de un giro en el marco teórico del sistema jurídico, ¿cómo se resolverían sus conflictos al momento de la adjudicación, entendiendo que en una u otra postura el juez o árbitro cumple – fundamentalmente- una labor *interpretativa*?

Al hablar de que la tensión que se da entre derechos fundamentales (garantista) y Administración de justicia (legalista) reproduce la misma tirantez que hay entre Constitución y ley, esto nos lleva, necesariamente, a la problemática planteada por la *hermenéutica jurídica*, pues en el entendido de este análisis crítico lo que el juez o árbitro hace es –sustancialmente- administrar justicia bajo una óptica interpretativa.

⁷⁵En cuanto a la hermenéutica jurídica podría afirmarse que el derecho, ya sea como técnica o como ciencia, se encuentra en permanente evolución, y ha operado, siempre, con base en modelos. Por ejemplo, en el siglo XIX⁷⁶ el derecho se formó con la amalgama del modelo literalista⁷⁷, el formalismo y el naturalismo.⁷⁸ El modelo literalista tenía su base en el lenguaje,

⁷⁴ FIORAVANTI, *ibidem*, página 127.

⁷⁵ Reflexiones de la cátedra de Hermenéutica Jurídica de MANUEL FERNANDO QUINCHE. Universidad del Rosario. Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá, Colombia.

⁷⁶ ‘España, como Colombia, posee una cultura jurídica (a pesar de importantes cambios) mayoritariamente positivista y tradicionalista. Como dice Alejandro Nieto, “[l]os juristas españoles nos hemos formado en un ambiente del más riguroso positivismo, consolidado en España, como en toda Europa, en el siglo XIX, pero que entre nosotros había adquirido unos rasgos singularmente exacerbados por la influencia conjunta de factores políticos y técnicos muy especiales. (...)’” El Derecho de los Jueces, Op.cit. página 46.

⁷⁷ Diego Eduardo López Medina cuando trata en su libro el tema de la desconfianza frente a los jueces en la tradición francesa y la fuerza de la literalidad de la ley en el modelo normativo de derecho continental indica que: ‘Para describir tal contradicción es quizá conveniente comenzar por el Código Civil: el Código Civil de la República, como antes había acontecido con el de la Unión de 1872, era, en sus líneas fundamentales, el Código Civil de Bello adoptado en Chile en el año de 1855. El Código chileno, a su vez, bebía abundantemente del Código Napoleón de 1804. Por razones de parentesco ideológico, todos estos textos legales establecían como principio fundamental del derecho y sus fuentes la prohibición que los jueces, por medio de sentencias, “pudieran pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se les sometiese”. El Código chileno incluso muestra con mayor claridad el sentido político de la prohibición francesa. La concatenación de sus tres primeros artículos es un ejemplo señero de la ideología liberal y legalista de la cultura jurídica francesa de la post-revolución: (...) Como se ve en estos textos, la Ley tiene predominancia total frente a la costumbre y

porque tanto las palabras como las cosas no son entidades vacías y sin sentido sino que guardan mucha relación, dicen algo.⁷⁹

Entonces, cuando vemos el derecho desde su perspectiva interpretativa nos estaremos preguntando sobre el tipo de sistema que se tiene, la manera en la que se comporta, su operatividad y la del juez, la actuación en la adjudicación, el tipo de estructura que tienen los fallos, la interpretación de las normas, etc.

Interpretación sobre la operatividad del derecho que en clave literalista (Artículo 230 Const. Pol.) es pequeña, pero en un sistema ponderado de valores y principios se vuelve enorme.

El derecho se armó, inicialmente, en *clave* metafísica, pero de un tiempo para acá el derecho saca, por ejemplo, sus palabras de la física: núcleo duro de los derechos, naturaleza de los contratos, esencia de las cosas, etc.

jurisprudencia. En Francia, al menos, la costumbre y la jurisprudencia eran formas de creación del derecho propias del detestado *ancien régime*. Los códigos post-revolucionarios, por tanto, prohíben su utilización como fuentes de derecho e impiden que estas fuentes del derecho antiguo usurpen la voluntad general soberana que sólo se puede expresar por medio de la ley.' El Derecho de los Jueces, op.cit. página 8.

⁷⁸ 'Las transformaciones del derecho constitucional en Colombia pueden ser analizadas desde varios puntos de vista. De una parte, el cambio ha sido aparentemente conducido por medio de los instrumentos tradicionales del derecho positivo, es decir, de normas jurídicas de varias clases, tenidas como obligatorias por sus destinatarios. Estas normas brindan el marco jurídico-positivo en el que se desenvuelve el debate sobre el contenido, la forma y los fines del derecho constitucional. (...) [...] se hará evidente cómo el derecho positivo es tan solo un marco en el que diferentes actores explotan (a) la indeterminación de una norma singular (b) las contradicciones valorativas en las que incurre un sistema complejo de derecho (como el nuestro) cuando se constata que, sobre un mismo problema jurídico, orbitan varias normas en competencia. Estas dos características del sistema del derecho permiten que diferentes actores desplieguen proyectos ideológicos, políticos o culturales que sobrepasan, en mucho, el análisis meramente *legalista* de la cuestión.' El Derecho de los Jueces, op.cit. página xx.

⁷⁹ Los modelos teóricos jurídicos se nutren de las fuentes que toman como sustrato para desarrollarse, esto tiene un alto contenido y repercusión política. ¿En qué sentido? Al respecto, en el Derecho de los Jueces, Diego Eduardo López Medina, citando a Federico De Castro, quien a su vez es citado por Alejandro Nieto en 'El Positismo Jurídico y la Constitución de 1978' señala: 'Si la distinción entre las fuentes jurídicas consistiese en la mera forma en que se manifiesta la norma, parece extraño que sólo ello pueda prejuzgar el puesto que haya de ocupar el ordenamiento jurídico. El ardor con que se polemiza para conseguir el primer lugar de una u otra fuente jurídica indica ya que no se trata de una cuestión técnica: es el reflejo de una lucha de hondo sentido político, en la que se juega el predominio de una fuerza social respecto de las demás. En cada momento histórico, cada una de las formas en que se manifiesta el Derecho está en manos, o es (sic) monopolizarla, una fuerza social distinta; la discusión teórica acerca de la preferencia a favor de una fuente jurídica será el reflejo de las encontradas aspiraciones por la supremacía del poder jurídico'. El Derecho de los Jueces, op.cit. página xxi.

Uniendo el concepto de *evolución* con el de *modelo*, tenemos que con la Constitución de 1886 –y todas sus reformas- teniendo como ámbito político–económico el capitalismo primitivo, el formato aquí utilizado era el formalista y el naturalista; mientras que con la Constitución de 1991, el patrón anterior se incrementa con otros marcos teóricos y fuentes del derecho.⁸⁰

Con la Constitución de 1991 y la creación de la Corte Constitucional, el derecho constitucional se transformó de derecho eminentemente político y del Estado a un derecho *acto, acción*, donde se le otorgaba un verdadero carácter normativo a la Constitución –y no sólo a la ley- y se hizo el derecho constitucional un derecho común, permanentemente invocado. A la idea de Constitución se le agregó la *caracterización contenciosa*, es decir, un texto que no sólo planteaba vagamente unos principios, valores, directrices, fines del individuo, la sociedad, el Estado y su organización política, sino un texto *para usar*, donde el sujeto o individuo particular pudiera tener un acercamiento material o real al sistema normativo.⁸¹

⁸⁰ ‘Esta idea iuspositivista menosprecia el papel que juega en el derecho la *cultura* del derecho. Desde una perspectiva *cultural*, el razonamiento jurídico no espera a que normas jurídicas lo regulen; el razonamiento jurídico es también influido por nuevas concepciones teóricas o necesidades sociales y políticas. Por tanto, los intentos de la norma positiva por reglar la argumentación jurídica o sus fuentes son de utilidad muy restringida. En ese sentido resulta correcto afirmar que el sistema de fuentes, así como los métodos de interpretación e integración del derecho no pueden ser completamente “normados” o “reglados”. Percepciones cambiantes del derecho renuevan frecuentemente los protocolos interpretativos de los abogados. En nuestro siglo varias “revoluciones argumentativas” y todo ello sin que nadie haya tocado las reglas que nos vienen del siglo pasado. Esa es en general lo que podría denominarse la falacia positivista: se asume, sin precaución alguna, que el sistema de fuentes, así como el de interpretación e integración del derecho, son reglados o normados, esto es, responden a las reglas positivas que la ley misma da sobre su valor, jerarquía y función. Ni los tradicionalistas mismos son coherentes con el principio, como bien lo muestra su derogación informal de las reglas sobre “doctrina legal probable”. Sobre el concepto de “cultura jurídica”, cf. Tarello, Giovanni. *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoría e metateoría del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1974, quien la define como “aquellos procedimientos discursivos (...) que tienden a llevar de una premisa (jurídica) a una conclusión (jurídica), permitiendo técnicas estandarizadas para formular y justificar decisiones (jurídicas) y para suscitar un asentimiento”. Estos procedimientos, se insiste, no están unívocamente determinados por el derecho positivo. Allí incluyen, igualmente, el conjunto de las actitudes, expectativas, identidades e imaginarios de los operarios jurídicos.’ *El Derecho de los Jueces*, op.cit. página 34.

⁸¹ “Donde la estructura de la norma constitucional es suficientemente completa para poder valer como regla para casos concretos, debe ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares. La Constitución es en suma fuente directa de posiciones subjetivas para los sujetos del ordenamiento, en todo tipo de relaciones en que puedan entrar... Hoy la Constitución se dirige también, directamente, a las relaciones entre los individuos y a las relaciones sociales. Por eso las normas constitucionales pueden ser invocadas, cuando sea posible, como reglas, por ejemplo, para las relaciones familiares, en las relaciones en las empresas, en las asociaciones y así por el estilo” Cf. G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale I*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 105. Citado por RICCARDO GUASTINI, *Sobre el concepto de constitución. Teoría del Neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta, 2007. Página 23.

Con el sistema normativo planteado y privilegiado con la Constitución de 1886, la interminable búsqueda de la verdad como fin primordial para la realización del valor de la justicia en el ordenamiento jurídico era una concepción de *hallazgo*; pero, con el modelo constructivista de la Constitución de 1991, la verdad ya no es algo que se consigue sino que se *construye*;⁸² llegar a la verdad con este nuevo modelo imperante es un asunto de *persuasión*, que cambia de acuerdo al modelo con el cual se observa; es decir, retomando la idea de que el derecho se alimenta de la física, la verdad simplemente está allí y su observación, interpretación, proposición y adjudicación dependerán de la *herramienta* (Constitución o ley) que se utilice para llegar a una u otra conclusión. En este esquema, la Administración de justicia ante el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico podría considerar no hacer una aplicación directa de la ley por estimar que ella es un hallazgo frente a la situación a decidir, pues con la verdad como construcción, su actuar podría estar por encima de la sola apreciación legal⁸³, aplicando principios constitucionales y eventualmente relegando el formalismo legalista.

A la base de una discusión sobre la preponderancia de la Constitución o la ley encontramos el debate sobre las *fuentes* del derecho o del sistema normativo, dentro del cual se insertan y operan los derechos fundamentales y la Administración de justicia, en cualquiera de sus modalidades.

⁸² 'El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México) (...) ¿Qué se engloba bajo el paraguas más o menos amplio del neoconstitucionalismo? O mejor dicho: ¿de qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo? Hay al menos tres distintos niveles de análisis que conviene considerar: (...) Un tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo. Tiene razón Luigi Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.' (Subrayado fuera de texto). CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. En Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007. Páginas 9 a 11.

⁸³ En cuanto al sentido material en el que operan ciertas Constituciones actuales, Miguel Carbonell indica: 'El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas "materiales" o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.' CARBONELL, op.cit. página 9 y 10. (Subrayado fuera de texto)

La Constitución de 1991 representa para nuestro Estado social de derecho un cambio en términos de oportunidad, oportunidad interpretativa, oportunidad para actualizar; puesto que con dicho cambio constitucional hay una recepción pública⁸⁴ de los modelos teórico-jurídicos y es una *puesta al día* con las tendencias que el derecho tiene a nivel mundial. Por ejemplo, internacionalmente, y ahora en Colombia, el derecho constitucional, y una Constitución cargada de principios con carácter normativo con función de fuente, es un *dispositivo que facilita los procedimientos* porque irradia todo el ordenamiento jurídico; en este sentido el derecho constitucional impregna los otros saberes jurídicos. Además, con el derecho constitucional y el giro dado con la Constitución de 1991, se incrementan las herramientas tradicionales regidas por las normas (y vinculadas fuertemente al literalismo de la *norma* aplicable al caso o situación) y se agregan otros procedimientos para interpretar el derecho, por ejemplo, la metodología relacionada con los casos que exigen la aplicación de otras técnicas para ser resueltos.

De amplio conocimiento es que nuestro sistema jurídico –y mucho más el derecho administrativo, así como el Derecho Civil a través de la influencia del Código de Napoleón en nuestro Código Civil- antes de 1991 y de la constitucionalización del derecho tuvo una fuerte fundamentación en el sistema normativo francés; pero con el *giro constitucional* de 1991, su *dimensión interpretativa* y el incremento de contenidos se ha embebido de teorías del derecho de

⁸⁴ Refiriéndose al giro dado hacia una nueva teoría del derecho a raíz de la Constitución de 1991, López Medina indica que: ‘En el nuevo lenguaje constitucional, los conceptos jurídicos indeterminados pasaron pronto a ser considerados como “principios jurídicos”, para terminar, finalmente, siendo positivizados en la nueva forma de “derechos fundamentales”. El derecho latinoamericano recibió así, quizá por primera vez, una estructura “en dos pisos” en la que resultaba posible hablar genuinamente de la existencia de una “lex superior” y, por tanto, de una ampliada ontología jurídica en la que se distinguía claramente entre “principios” y “reglas”. Es imposible negar, de otro lado, que el derecho latinoamericano conociera y usara los “principios jurídicos” (Como, por ejemplo, los principios civilistas de “buena fe” o de “autonomía de la voluntad privada”), pero estos se estructuraban al interior del derecho civil y a partir de esfuerzos de sistematización de las reglas legislativas existentes. Este giro hermenéutico y político implicaba, quizá por primera vez, la recepción entusiasta de materiales iusteóricos y constitucionales anglosajones, rompiéndose así el santuario inmunológico que, uniendo a Europa y América Latina, había evitado la contaminación jurisprudencial y dogmática por fuera de la familia jurídica del derecho civil. (...) es fundamental señalar que los nuevos transplantes de teoría del derecho posibilitaban la importación de una nueva y específica forma de crítica antiformalista que se oponía al clima reinante en América Latina, en el que predominaba, desde la época de la codificación en el siglo XIX, una visión positivista y formalista del derecho.’ Diego E. López Medina, *¿Por qué hablar de una “Teoría Impura del Derecho” para América latina?* En BONILLA MALDONADO, Daniel. Editor académico. *Teoría del derecho y transplantes jurídicos*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar. Primera edición, 2009. Páginas 50 y 51.

diferentes lados, como Estados Unidos, Reino Unido, España, Alemania, de los autores escandinavos y, en el ámbito latinoamericano, México y Argentina.⁸⁵

La ley, como principal fuente normativa del derecho de hace unos años, se ha visto desplazada por la amplificación de la interpretación normativa dada por los derechos o principios expresados en la Constitución de 1991 y el bloque de constitucionalidad que conforma. A un mundo cada vez más sofisticado, la respuesta del derecho no podría ser en otro sentido. Las teorías que describen el derecho son ahora no sólo muy sofisticadas sino refinadas, además de complejas.⁸⁶

El derecho ha evidenciado una *evolución* en relación con el detentador del monopolio normativo, la concretización de su principal fuente y su intérprete natural por excelencia: el Estado, la ley y la Administración de justicia.⁸⁷

Con la constitucionalización⁸⁸ del derecho en el ámbito nacional, como consecuencia de un movimiento que resulta de la tendencia mundial, ha operado un verdadero tránsito respecto al

⁸⁵ Sobre las teorías transnacionales del derecho y su influencia en nuestra cultura jurídica puede consultarse ampliamente el libro de Diego Eduardo López Medina *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*.

⁸⁶ ‘En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *Drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.’ (Subrayado fuera de texto). ‘Un buen panorama de la tarea que actualmente debe desempeñar un juez se encuentra en A. Barak, *The judge in a democracy*, Princeton University press, Princeton, 2006; también es interesante para el mismo propósito, aunque lo aborda con una perspectiva más amplia, M. Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Civitas, Madrid, 2005.’ CARBONELL, *ibidem*, página 10.

⁸⁷ V. cita 59, *supra*.

⁸⁸ Sobre la constitucionalización del derecho y de la constitución como paradigma Manuel Aragón Reyes afirma: ‘Como es bien conocido, la idea de Constitución es mucho más antigua que su concepto. Este último no surge hasta que nace el Estado constitucional a finales del siglo XVIII; en cambio, desde la más remota Antigüedad, o al menos desde el mundo griego y romano, puede detectarse la idea de que existen o deben existir en toda la comunidad política un conjunto de normas superiores al derecho ordinario cuyo objeto sería preservar la continuidad de la forma de organización que rige en esa comunidad. Esa idea, presente desde luego en los períodos de esplendor de la democracia ateniense y de la república romana, resurge en la Edad Media como base de la llamada “constitución estatamental” y continúa en la Edad Moderna a través de la noción de *lex fundamentalis*.//Es cierto que no existió, en modo alguno, con anterioridad al siglo XVIII, una práctica racionalizada de Estado “constitucional”, pero no es menos cierto que aquella idea de limitación del poder por el

derecho, al menos para asegurar la permanencia de la forma política, era postulada por sectores del pensamiento político y jurídico europeo de los siglos XVI y XVII (desde los neoclásicos y los juristas regios del Estado absoluto europeo continental hasta el juez Coke en Gran Bretaña, sin olvidar los casos de aplicación de “leyes fundamentales” en Francia o el proyecto de dotar a Inglaterra de un “instrumento de gobierno” por Cromwell en 1563)//De la misma manera, igualmente se detectan en toda la historia del pensamiento político determinadas corrientes que postulaban la necesidad de que existiera un derecho más alto que el ordinario para que la libertad quedase preservada y que confluyen en los siglos XVII y XVIII en las teorías iusnaturalistas del pacto social.//Al margen de la suerte corrida por el constitucionalismo inglés, cuyo desarrollo histórico va a configurarlo de manera muy singular en el sentido de que prolongará, evolutivamente, su “constitución antigua” liberalizándola y democratizándola, aunque sin abandonar su condición “prescriptiva”, “flexible” y “consuetudinaria” (es decir, como se ha señalado conservando su característica de “antigua” constitución), lo propio de los demás países será que el advenimiento del Estado constitucional va a producirse de manera revolucionaria, surgiendo, pues, la constitución como una “realidad” jurídica nueva, “moderna”, “racional”. Por decirlo de otra forma, tanto en Francia como en los Estados Unidos de América, que son los países donde nace (y a través de ellos se extenderá) el Estado constitucional, la vieja “idea” de constitución no se convirtió en concepto de modo evolutivo, sino a través de un proceso de ruptura (independencia en su caso, revolución en otro)//La “constitución de los modernos” (frente a la “constitución de los antiguos”, parafraseando a Constant) va a presentarse como algo enteramente nuevo: como lo que bien ha llamado García-Pelayo el concepto “racional-normativo” de Constitución. Es ahora, pues, cuando puede decirse que aparece la “verdadera” o “genuina” Constitución (con mayúsculas) y su correspondiente y genuino Estado: el “Estado constitucional” (que supone una nueva forma política histórica que viene a sustituir al anterior Estado absoluto en la Europa continental)//El constitucionalismo requiere, en primer lugar, la existencia de unos instrumentos jurídicos que garanticen la aplicación de la Constitución; y estos no son otros que los propios del control judicial, bien mediante la aplicación de las normas constitucionales por los tribunales ordinario o bien, también, mediante la creación de unos tribunales específicos: los tribunales constitucionales.//Pero el constitucionalismo requiere, en segundo lugar, una cultura constitucional y obliga a su perpetuación, pues la Constitución democrática descansa, más que ninguna otra, no sólo en las garantías políticas y jurídicas, sino, sobre todo, en las garantías sociales, esto es, en la aceptación popular de la Constitución.//pero el constitucionalismo es también una actitud, un modo de hacer política que obliga a los hombres públicos a aceptar las reglas del juego, a conducir las contiendas políticas por los causes de la Constitución.//No basta, sin embargo, con la “constitucionalización” de la política, pues siendo, como es, el constitucionalismo un fenómeno sobre todo jurídico, su consolidación y desarrollo obligan a una “constitucionalización” también de la cultura jurídica.//Una cultura jurídica que esté mucho más apegada a la interpretación de la ley que de la Constitución, o mejor dicho, a los modos de interpretación “legal” que a los de interpretación “constitucional”, que conciba los derechos más como derechos legales que como derechos fundamentales, en definitiva, una cultura jurídica “legalista” y no “constitucionalista” es difícilmente compatible con la existencia de una Constitución democrática, esto es, de una Constitución auténtica.//De ahí la necesidad de “constitucionalizar” el derecho para hacer que la Constitución, “como derecho”, rija. No sólo “constitucionalizar” el derecho como ordenamiento (hacer que la Constitución llegue a todos los rincones del sistema normativo), sino también, y muy principalmente, al derecho como “saber”, a la ciencia del derecho. no puede haber, sencillamente, Constitución duradera sin derecho constitucional desarrollado. Esa es una de las características más profundas del Estado constitucional y, por ello, una de sus más rigurosas exigencias.//Un Estado constitucional precisa, para su mantenimiento, una cultura jurídica constitucional que deberá presidir la elaboración y aplicación del derecho y la teorización y la transmisión de los conocimientos jurídicos.//La situación actual en el mundo de las ideas jurídico-constitucionales, donde el “genuino” concepto de Constitución ha desalojado a sus viejos enemigos del pasado, de tal modo que hoy ni el pensamiento conservador-autoritario ni el pensamiento marxista (ambos en virtual desaparición) tiene validez para oponer a la Constitución democrática una “forma” jurídica alternativa, origina al mismo tiempo que un formidable asentamiento del “constitucionalismo” un notable riesgo para el mismo.//En el lado positivo de esta generalizada (por asentada) aceptación del sentido genuino de Constitución, como norma jurídica fundamental que garantizando los derechos de los ciudadanos organiza al Estado de tal forma que garantiza también la democracia, pueden contarse la convicción (y el “aseguramiento” jurisdiccional) internacional de que hay un núcleo internacional que presta solidez (incluso metodológica o categorial) a la forma democrática del Estado como género al que muchos países pertenecen.//La común aceptación de conceptos, la intercambiabilidad de argumentaciones jurídicas (válidas, de la misma manera, e incluso en unas y otras “jurisdicciones” nacionales), está, en el fondo, dotando de mayor

monopolio de producción del derecho. En los siglos XVIII, XIX y buena parte del XX, por lo menos para nuestro caso en particular, el legislativo tenía el monopolio de producción normativa, pero de un tiempo a la fecha, sobre todo con el giro constitucional de 1991, el Estado ha *perdido* buena parte de su *soberanía* en esa producción legislativa y, entonces, ahora el foco normativo del Estado es compartido.

La ley como única –y principal- fuente normativa del sistema va quedando atrás, y la típica y reconocida jerarquía normativa kelseniana ya no resulta tan clara, puesto que el derecho ya no se comporta más tan jerárquicamente como parecía.

Como se ha enunciado anteriormente, el sistema jurídico se complejiza, puesto que una descripción como la traída por el artículo 230 constitucional podría tener plena validez en un ordenamiento jurídico donde la Constitución no tuviera un sentido normativo de acto o acción, donde la jurisprudencia a veces se comporta en clave normativa, donde los decretos reglamentarios completan una ley en sentido material y formal y operan al mismo nivel de esta. Entonces, teniendo en cuenta que al nivel de la adjudicación muchos casos se resuelven con *principios*, éstos se mueven al primer segmento tradicionalmente conocido, el de las *reglas*, y en este sentido la interpretación del artículo 230 de la Constitución será una norma completa o incompleta, consistente o inconsistente, dependiendo del modelo de evaluación utilizado. Esta es una tendencia que la Administración de justicia, desde su concepción, estructura y funcionamiento no puede obviar y que sitúa el pivote de la balanza del lado de la normativa constitucional y los derechos fundamentales y no de la ley.

Entonces, de acuerdo al modelo o herramienta utilizada así será la forma como se construya la verdad, y esto es válido tanto para jueces como para árbitros al momento de administrar justicia.

universalidad al derecho público internacional que lo que hubiera pensado, a través de sus categorías puramente abstractas, el más entusiasmado positivista. No deja de ser una paradoja que haya sido el concepto material-democrático (y no sólo el formal) de Constitución el que haya conseguido esta expansión o intercomunicación del derecho público por encima de las fronteras de los Estados.//(...) La Constitución se ha convertido en paradigma. (...) (Subrayado fuera de texto original) ARAGON REYES, Manuel. *La Constitución como paradigma*. En: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta, 2007. Páginas 29 y s.s.

Por ello, parte de la dificultad de escoger entre Constitución o ley como referente normativo máximo para el sistema jurídico radica en que, como lo han planteado los teóricos y filósofos jurídicos, las reglas, es decir, la ley, no están exentas de indeterminaciones, no todo en ellas es claridad, en oposición a la supuesta indeterminación de los principios contenidos en la Constitución. De hecho, ante la frecuente indeterminación de la ley, frente a la obligación legal de los jueces de fallar *siempre todos* los casos para realizar el acceso efectivo a la administración de justicia, el camino a seguir para la solución del asunto podría consistir en tomar los principios del sistema jurídico y su posibilidad de profundización para la interpretación.⁸⁹

Las Constituciones, entre ellas la colombiana, que incluyen principios jurídicos, contienen la ventaja de que éstos, a diferencia de las reglas o leyes, muestran una dimensión interpretativa y de amplificación ilimitada del derecho, con vocación de expansión –conforme a la tendencia mundial–.

Como evidencia fáctica de lo anterior tenemos que, en relación con el denominado *bloque de constitucionalidad*, nuestra Constitución colombiana no consta sólo de 380 artículos permanentes y 61 artículos transitorios, sino que ha integrado dentro de nuestro ordenamiento jurídico, vía *remisión*, elementos normativos al mismo nivel de las normas constitucionales, referentes a derechos humanos contenidos en tratados internacionales sobre la materia.

⁸⁹ Sobre esta situación interpretativa, los autores Quinche Ramírez, en su artículo *Teoría de la argumentación, mundo de la vida y práctica argumental*, indican: El caso colombiano es paradigmático en este sentido, al ser fácilmente rastreables las dificultades que ha atravesado la Constitución de 1991 si se comparan con las dificultades similares que las constituciones italiana y española han enfrentado cuando se cotejan con los modelos tradicionales de lectura del derecho. // En el fondo gran parte de la novedad estriba en la recuperación del fuerte valor normativo que adquiere el acto de la interpretación por parte del juez de última instancia, así como de un intento de captar teóricamente el estilo de funcionamiento argumentativo cuando se intenta responder a la pregunta ¿qué es el derecho?, en presencia, por ejemplo, de la violación de un derecho declarado como fundamental en la Carta constitucional. De cara a este problema, el profesor en el aula y el teórico al que se recurra, intentan determinar una ley de funcionamiento de los enunciados que refleje la racionalidad de base del acto de interpretación, y que sirva a su vez para recuperar *ex post* la estructura de la trama argumental. Ante el descrédito de los sistemas altamente formalizados de la lógica tradicional, se han colonizado los sistemas relativamente débiles de las lógicas informales bajo el supuesto compartido de la posibilidad de reconstruir el hilo interno de los argumentos a la luz de su “estructura” argumentativa. Esta estructura, se espera, es plausible de ser reconducida a un esquema relativamente informal en el que la trama del argumento es visible cuando es despojado de su armazón retórico y llevado al terreno firme de sus componentes.’ QUINCHE RAMIREZ, Víctor Alberto *et al.* *Teoría de la argumentación, mundo de la vida y práctica argumental*. Revista Estudios Socio-Jurídicos, enero-junio, año/vol. 7, número 001. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. Páginas 117-134.

Por lo antes dicho, nuestro sistema normativo es *difuso*, de muchos contenidos y contenido en muchos lados, y ante un sistema como éste la jerarquía normativa infranqueable al estilo del formalismo jurídico y la exégesis más radical no resulta muy funcional. La ley es completada por el *espíritu* deóntico que conllevan los derechos fundamentales⁹⁰ —o principios del derecho- y las posibilidades interpretativas que permite su desarrollo.

El punto aquí es encontrar unos instrumentos y técnicas que funcionen en cualquier sistema y que permitan llegar, por lo menos en estos, a unos consensos, para no perder de vista el logro del derecho en su evolución permanente y su articulación ideológica en el orden mundial como un sistema *unificado* de *interpretación* permanente de los principios y normas jurídicas con referencia necesaria a estos, y que por medio de la ley no sería posible.

La separación entre la Constitución y la ley (siendo ésta el referente normativo preponderante), lo que genera -en últimas- es una *disyuntiva* sobre cuál escoger como clave esencial y preponderante de interpretación del sistema normativo; sin embargo, la *unificación interpretativa* no es ni podría ser por inconveniente sólo un ideal, la unificación de la interpretación debe ser un *estándar*, es decir, un modelo, un patrón, un mandato que unifica derechos fundamentales y derechos humanos conforme a un mismo entendimiento; ésta es la base de la seguridad jurídica, y no debería ni convendría ser de otra manera.

⁹⁰ ¿Cuáles son los derechos fundamentales? Y ¿qué respuesta puede ofrecer el constitucionalismo al doble desafío del mercado global y de los particularismos? (...)//Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo.(...)//El resultado es un nuevo modelo de derecho y de democracia, el Estado constitucional de derecho, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del Estado legislativo de derecho: un cambio, creo, del que la cultura jurídica y política no ha tomado todavía suficiente conciencia y del que, sobre todo, estamos bien lejos de haber elaborado y asegurado sus técnicas de garantía. (...)//La historia de constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares, hoy reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas, ecologistas y pacifistas.’ (Subrayado fuera de texto original) FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. En: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta, 2007. Páginas 71 y s.s.

La ley fue superada ampliamente con la irradiación de los contenidos y la exigibilidad de los derechos fundamentales, ya que la Constitución no es sólo los artículos en ella enunciados, sino que *integra* normas de otro tipo de producido y latitudes. El viejo esquema de control de legalidad de origen francés se quedó corto frente a una Constitución que no es sólo los artículos en ella incorporados sino que se *integra* con normas de otro tipo de fuentes; el bloque de constitucionalidad desborda, en interpretación e integración el estricto control de legalidad. Esta realidad, producto de la tendencia actual del derecho, y de los derechos, no puede ser desconocida o evadida por la Administración de justicia en la función de adjudicación, y mucho menos cuando siempre hay derechos fundamentales en juego.⁹¹

Al principio de legalidad con fundamento en el cual aún mayoritariamente opera nuestra Administración de justicia, de clara inspiración francesa desde el siglo pasado, le salió al paso, y le tomó bastante ventaja, el autoreconocimiento de la Constitución como norma de normas y su operatividad como regla directamente aplicable al caso; norma de acción directa; incluso ante la existencia de norma directamente invocable, pero contraria al espíritu, concepción, tendencia o mejor elección de la Carta fundamental.⁹²

Producto de la transformación sufrida por el Estado liberal decimonónico es la ampliación del marco de acción de los derechos fundamentales y la reducción del espectro de invocación y acción de la ley. A la base de dicho cambio está la concepción del Estado y el tipo de derecho en él operante, resultante de la aplicación del derecho al estilo de los logros y conquistas de la revolución francesa o la revolución americana. Al respecto Marcel Pochard indica que: “La concepción del derecho en el sistema romano germánico es la de un derecho escrito, organizado, ordenado, *coherente*, que solamente un acto del soberano puede crear, lo que multiplica su fuerza así como sucede con el Código Civil. En el sistema de la *Common law*, la forma de elaboración del derecho es por esencia procesal y jurisprudencial y este derecho es en su totalidad un derecho nacido de la práctica. (...) Tratándose de las diferencias en la

⁹¹ Una ampliación de este tema puede ser encontrado en *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*. MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ.

En http://www.academia.edu/454816/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano

⁹² V. cita 63 supra.

concepción del Estado, notamos que en el derecho romano germánico es la concepción, originada del derecho romano, de un Estado que tiene a su cargo el interés general (la “res publica”) y se encuentra dotado por lo tanto de prerrogativas de poder público, que le permiten hacer primar el interés general y garantizar una aplicación eficaz. En derecho anglosajón el concepto de “res publica” no es familiar. El principio justificante del derecho inglés no es garantizar la felicidad de los gobernados trabajando en el interés general; es dar a cada uno los medios para realizar su propia felicidad;”⁹³ (Cursivas fuera de texto)

Como puede observarse, el principio de legalidad encuentra en el sistema romano germánico una clara adecuación de concepción ideológica; en éste el derecho es escrito, organizado, coherente, completo, etc. Su trasfondo es la Revolución francesa. Por el contrario, la concepción de amplificación permanente de los derechos fundamentales, por desarrollo jurisprudencial y procesal, no escrito, no codificado, se sustenta ideológicamente en la Revolución americana que dio como resultado la Constitución de Filadelfia de 1787. Actualmente, dichas concepciones ideológicas han repercutido en la tendencia escogida a partir de las Constituciones democráticas de la segunda posguerra y, en Colombia, desde la adopción de la Carta de 1991 –con evidente desfase en tiempo frente a los modelos teóricos- y la consagración del Estado constitucional de derecho.

41

A nivel de organización política, hemos pasado del *Estado liberal decimonónico o Estado “legislativo”* -donde el principal referente era la ley escrita, codificada, coherente- al *Estado constitucional*, el de los derechos fundamentales y sus garantías insertos en las Constituciones estatales, redactadas ya no como documentos simplemente políticos sino como cartas de convivencia social y protección directa a los derechos de los individuos frente al poder del Estado (Administración de justicia).

En este sentido, la transformación del Estado a su caracterización como social de derecho evidencia ciertos aspectos jurídicos que lo identifican, como pérdida de la importancia sacramental del *texto* de la ley; una mayor preocupación por el logro de la *justicia material* y la

⁹³ POCHARD, Marcel. *La evolución del contencioso administrativo en el mundo*. Traducción de Grenfieth Sierra Cadena. Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, 2008.

defensa de los contenidos jurídicos materiales; muy al estilo de los CLS, una búsqueda de *decisiones* que consulten la especificidad de los hechos, adoptando, corrigiendo, acondicionando la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez; la concepción de que la eficacia de la norma constitucional no puede determinarse en abstracto sino que varía según las circunstancias propias de los hechos (el juez debe encontrar la relación hecho-norma más favorable no desde el punto de vista jurídico sino también fáctico) y cumplimiento de un papel importante de los *principios* constitucionales en las decisiones judiciales, y su relación con los valores y las normas de la Carta fundamental.⁹⁴

Finalmente, respecto a las transformaciones estatales y la actual pérdida de preponderancia de la ley, nótese las afirmaciones de Gustavo Zagrebelsky a propósito de los comentarios que hace en el acápite “Del Estado de derecho al Estado constitucional”: “Quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración. (...) La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a su estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. (...) La concurrencia de fuentes, que ha sustituido al monopolio legislativo del siglo pasado, constituye así otro motivo de dificultad para la vida del derecho como ordenamiento.//Según lo que se acaba de describir, hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un ordenamiento –como podría suceder en el siglo pasado-. La crisis de la idea de código es la manifestación más clara de este cambio. En estas condiciones, la exigencia de una reconducción a unidad debe tener en cuenta la *crisis del principio de legalidad*, determinada por la acentuada pérdida de sentido, pulverización e incoherencia de la ley y de las otras fuentes del derecho”⁹⁵ (Cursivas fuera de texto)

⁹⁴ FORERO FORERO, Claudia Helena. *Principios constitucionales: Manifestación positiva de los Principios Generales del Derecho (Sistema Jurídico colombiano: Derecho en parte natural y en parte positivo)* En Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 6, 2002/2003, pp. 167-192.

⁹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, 2003, página 33 a 40.

2. EVOLUCIÓN CONSTANTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ligado a la evolución y transformación del Estado ha ido aparejada la del Derecho. Fácilmente, puede afirmarse que cada tipo de Estado ha comportado un tipo especial de Derecho, y de Derecho administrativo.⁹⁶

Por ejemplo, en el Estado absolutista, donde la manifestación del poder no era fragmentada, la disciplina del Derecho administrativo no estaba presente, puesto que las funciones de legislar, juzgar y administrar estaban en cabeza de una sola entidad (el rey). Pero, cuando cambia la forma de la organización política, es decir, se pasa al Estado de derecho, se transforma así mismo el derecho repartiendo esas tres funciones en órganos estatales diferenciados; división que es vista ahora como un principio deseable.

Del Estado absolutista se pasó al Estado de derecho y éste, a su vez, ha mostrado tres configuraciones que igualmente han sido transformaciones producto de las crisis de cada modalidad, es decir, del Estado gendarme (con prevalencia de las libertades individuales, principalmente de las económicas y con una estructura de la administración pública mínima) que hace crisis, se pasa al Estado intervencionista (con el cual se replantea el papel que debe cumplir la organización política, en el sentido de satisfacer las necesidades básicas de la sociedad, lo cual conlleva al aumento de la estructura administrativa), y éste modelo se cualifica en el Estado social de derecho (en el cual la legitimidad de la organización política no está dada sólo con fundamento en el cumplimiento del principio de legalidad por parte de las autoridades que detentan el poder sino que, adicionalmente, se les exige que su actividad esté orientada a la realización de los fines esenciales de la persona), pero ante la crisis fiscal de este modelo de administración, se llega al Estado regulador (el cual, resolviendo las tensiones entre las tendencias del mercado y las exigencias ciudadanas, desestatiza las funciones a favor del mercado, repliega la actividad estatal y reduce el tamaño del Estado y su gasto público)

⁹⁶ RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado social de derecho*. Página 37. En 'El Derecho administrativo den los albores del Siglo XXI' Manuel Alberto Restrepo Medina, Editor académico. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. 2007.

Ahora bien, aparejado con cada forma de organización política ha ido la transformación del Derecho; evidencia de esto se puede encontrar en la prevalencia de los derechos de primera generación durante la vigencia del Estado gendarme, así como en la ubicación de los derechos de tercera generación en el Estado social de derecho. Ahora, éstos derechos que sin duda alguna ya existían y eran necesarios durante la égida del Estado gendarme, resultan siendo ‘visibles’⁹⁷ y, por lo tanto, ‘exigibles’ en la presencia del Estado social de derecho; presentándose un cambio en la herramienta con la cual se observaba la realidad.

Consecuencia de la evolución del Derecho es que éste se amplifica, se extiende, comprende más campos, involucra más derechos, se moldea a la regulación de nuevas situaciones, cambia permanentemente. Muchos ejemplos son ilustrativos de la expansión del Derecho con el paso del tiempo, y quizá uno típico es el que se muestra en la Sentencia T-292 de 2006, que si bien hace referencia a un caso que encuadra dentro de las previsiones del derecho privado evidencia cómo la razón del Derecho es adaptarse a la realidad constantemente cambiante. El punto planteado en este fallo de tutela se refiere a una mujer que reclama el pago de las mesadas de su pensión de sobreviviente que le han sido negadas de un momento a otro por haber contraído nuevas nupcias. La ley civil claramente establecía que en este caso la mujer casada nuevamente perdía el derecho a la pensión de sobreviviente pero, la Corte Constitucional, observando la inconstitucionalidad de esa norma del Derecho civil, tutela el derecho accionado con fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Actualmente, una fuerte transformación que está mostrando el Derecho tiene que ver con su constitucionalización, ‘generada en virtud del reconocimiento de la Constitución, ya no solamente como valor político de creación y organización del Estado, sino, también, como norma jurídica, de aplicación directa e inmediata, sin necesidad de desarrollo legal y prevaleciente sobre la propia ley.’⁹⁸ Entonces, ahora el referente directo no es la ley sino siempre la Constitución, y los valores que ella reconoce y declara. Consecuentemente, el centro de este constitucionalismo es el ser humano, replanteándose ‘el régimen jurídico de

⁹⁷ Sobre la visibilización de los derechos puede consultarse BROWN, Wendy. WILLIAMS, Patricia. *La crítica de los derechos*. Estudio preliminar de Isabel Cristina Jaramillo Sierra. Universidad de los Andes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editores.

⁹⁸ RESTREPO MEDINA, Op. cit. Página 41.

prerrogativas y potestades excepcionales que se reconocía como propio de [el Estado] la administración”⁹⁹

El Derecho también se encuentra en transformación debido al fenómeno de la internacionalización o inserción de los Estados a la comunidad internacional. “[E]sto, en materia jurídica, se ha traducido en una *pérdida creciente de la soberanía estatal* para elaborar normas que conforman el ordenamiento jurídico. En efecto, ese fenómeno de globalización económica ha implicado una *pérdida efectiva de poder del Estado nación*, que ha sido asumido, ya sea por las corporaciones transnacionales o por los organismos internacionales. (...), esa cesión ha operado porque las relaciones jurídicas entre ellas y los Estados no se rigen por los derechos nacionales, sino por la *lex mercatoria*, porque los *conflictos* derivados *de esas relaciones jurídicas* ya no se ventilan ante las jurisdicciones nacionales, sino ante *tribunales arbitrales designados por las partes* (...)”¹⁰⁰ (Cursivas propias)

En el Derecho administrativo, particularmente, se ha presentado como caracterización de su transformación la *despublificación* o *iusprivatización* de sus categorías con el fin de “hacer más ágil la actividad administrativa, y de *equilibrar la posición del particular frente al sitio de privilegio* en el que se ubicaba la administración pública (...)”¹⁰¹ (Cursivas fuera de texto) Dentro de esta tendencia, se adoptan y se aplican formas jurídicas propias del derecho privado en el derecho público (administrativo); y a nivel de administración de justicia podríamos considerar la plena articulación de tribunales arbitrales en la adjudicación del derecho.

En correspondencia con las transformaciones del Derecho, y en especial del Derecho administrativo, aparejado con los cambios que va teniendo la organización política con el transcurrir del tiempo, podría afirmarse que evidenciando una pérdida de la posición de privilegio y prerrogativa por parte del Estado (o Administración), todas las disciplinas jurídicas en general van adoptando como régimen propio al derecho privado, el cual se fundamenta en

⁹⁹ RESTREPO MEDINA, Op. cit. Página 41.

¹⁰⁰ RESTREPO MEDINA, ibídem, página 43.

¹⁰¹ RESTREPO MEDINA, ibídem, página 47.

‘la posición de *equilibrio* entre las partes en las relaciones jurídicas, cuya regulación cada vez más se basa en un *derecho de composición* y menos en uno de imposición.’ (Cursivas propias)

Finalmente, y en relación con lo que este trabajo de investigación se propone, la evolución del Derecho, en general, y del administrativo, en particular, contempla posible que por el camino del cambio en el sistema jurídico de regulación de las relaciones entre el Estado y el individuo, la especialidad para el juzgamiento de los conflictos vaya desapareciendo, en la medida en que para resolverlos se recurra “cada vez más a los mecanismos alternativos de resolución y a la justicia arbitral y cada vez menos a la jurisdicción especializada”¹⁰² Esto nos podría servir como fundamento para considerar que aquellos nichos de empoderamiento y monopolio ejercidos por el Estado frente al individuo, como sería el servicio exclusivo de administrar justicia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cambiaran conforme a las tendencias mundiales actuales, en función de una relación más equilibrada, más igualitaria de dos sujetos que se enfrentan jurídicamente en procesos judiciales.

Tal vez, podría considerarse que la transformación del Derecho administrativo, que ha ido aparejada con los cambios tenidos en el Estado de derecho, llegándose a presentar en el Estado regulador la desestatización de funciones y la prestación de servicios públicos por parte de particulares (antes sólo en cabeza de la organización estatal) llegue al servicio público de administrar justicia mediante el arbitraje, incluso en aquellos puntos de gran sensibilidad donde el Estado sea parte.

C. PRINCIPIOS DEL DERECHO Y DEL PROCESO

1. –IGUALDAD

El principio de igualdad se ha convertido en nuestro país, desde 1991, en el pilar fundamental y de mayor invocación en nuestro ordenamiento jurídico. Parecería ser que todo principio, todo derecho y todo valor jurídico por lejano que esté en el orden jerárquico del Derecho se encuentran en referencia directa con la igualdad.

¹⁰² RESTREPO MEDINA, *ibidem*, página 53.

La igualdad, como aspiración constante de los hombres que viven en sociedad y como tema constante de las ideologías y de la teoría política a menudo va en relación con la libertad.¹⁰³

Señala Bobbio en su libro sobre Igualdad y libertad, que ésta última es un término ambiguo, ya que en el lenguaje político se habla de él al menos en con dos significados distintos, mientras que parece ser coincidente en la doctrina nacional e internacional, así como en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que al referirse a la igualdad ella siempre es con relación a los interrogantes de ¿igualdad entre quienes? e ¿igualdad en qué?¹⁰⁴ Lo cual nos lleva a afirmar que el término igualdad es siempre relacional¹⁰⁵, en relación con dos sujetos que se equiparan, y que se puede llenar de los más diversos contenidos.

Sobre su condición de referente, señala Bobbio que: “(...) el concepto y el valor de la igualdad presuponen para su aplicación la presencia de una pluralidad de entes de los que se trata de establecer qué relación existe entre ellos (...)”¹⁰⁶

En el anterior sentido, nuestra Corte Constitucional ha afirmado que: "La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los 'términos de comparación'. Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleve a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia- comúnmente llamado *tertium comparationi* -para establecer cuando una diferencia es

¹⁰³ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Introducción de Gregorio Peces-Barba. Pensamiento contemporáneo 24. Paidós I.C.E. – U.A.B. 1993. página 53.

¹⁰⁴ *Ibidem*, página 54.

¹⁰⁵ Afirma Kelsen, en su libro sobre ¿Qué es Justicia? a propósito del contenido de éste valor que: “Interpretará que el principio de igualdad significa que sólo los que son iguales deben ser tratados de modo semejante. En el fondo, éste es el significado del principio de igualdad. La pregunta decisiva es, pues, ¿Qué es lo igual?, pregunta que el principio de igualdad no responde. De ahí que un sistema legal positivo puede hacer que cualquier diferencia entre seres humanos sea la base de un trato distinto de sus sujetos, sin que por ello entre en conflicto con el principio de igualdad, que carece del suficiente significado como para tener consecuencias prácticas.” KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?* Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1992. página 51.

¹⁰⁶ *Ibidem*, página 55.

relevante, es un determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad"¹⁰⁷

Justamente con los dos interrogantes anteriores sobre la igualdad es que se quiere aplicar el lente que da este principio, en el sentido de ¿son dos sujetos iguales el Estado y el individuo? y, por otra parte, ¿son equiparables el Estado y el individuo cuando se enfrentan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa?, así como la determinación del punto de referencia que permita equipararlos o diferenciarlos.

Afirma Bobbio que en la mayor parte de los significados, el concepto o valor de la igualdad no se distingue del concepto o valor de la justicia, “hasta el punto de que la expresión ‘libertad y justicia’ se usa con frecuencia como equivalente de la expresión ‘libertad e igualdad’”¹⁰⁸ Y si bien la igualdad consiste en una relación, “lo que da a esta relación un valor, es decir, lo que hace de ella una línea humanamente deseable, es el ser justa. En otras palabras, una relación de igualdad es un fin deseable en la medida en que es considerada justa, donde por ‘justicia’ se entienda que tal relación tiene de algún modo que ver con un orden que hay que instituir o restituir (una vez turbado), con un ideal de armonía de las partes del todo, porque, además sólo un todo ordenado tiene la posibilidad de subsistir en cuanto tal.”¹⁰⁹

Las anteriores afirmaciones nos permitirían pensar que detrás del binomio Estado-individuo hay un valor y que sólo en la medida en que esa relación sea realmente ‘justa’ sus confrontaciones ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa serían deseables mantenerlas sin alteración alguna; de no ser así, cabría la posibilidad de reconsiderar la institución de un nuevo tipo de orden.

Autores como Agustín Gordillo afirman que si alguna parte del derecho plantea de forma tan evidente y aguda el conflicto entre la autoridad y la libertad es, sin duda, el Derecho administrativo, porque la tensión existente entre Estado-individuo, o lo que es lo mismo

¹⁰⁷ Sentencia C-40 de 1993. En este mismo sentido, las sentencias C-590 de 1995, C-22 de 1996, C-339 de 1996, C-183 de 1998, T-731 de 1998, C-739 de 2002 y C-887 de 2002.

¹⁰⁸ BOBBIO, Op. cit. Página 56.

¹⁰⁹ *Ibidem*, página 58.

orden-libertad, en concepto de dicho autor es ‘insoluble’. Obviamente, si de igualdad estamos hablando, afirmándose que ella comprende un contenido relacional, para cumplir su fin de ser ‘justa’ debería tener un ‘equilibrio razonado’ de dos elementos esenciales del mundo contemporáneo libre: Estado e individuo.¹¹⁰

En otro contexto, y haciendo referencia a otro tipo de ideas, Agustín Gordillo vería en su deseable ‘equilibrio razonado’ la determinación del punto de referencia (*tertium comparationi*) entre el Estado y el individuo para responder a los cuestionamientos de igualdad entre quiénes e igualdad en qué.¹¹¹

Las relaciones entre estos dos sujetos deben tener como ideario la justicia que produzca la igualdad entre ellos como un hecho. Esto nos llevaría a pensar que si igualdad y justicia están estrechamente conectadas, y en ocasiones son asimilables como idénticas, habría que distinguir entre la igualdad justa y la igualdad injusta o, lo que sería lo mismo, la igualdad deseable e igualdad no deseable. Obsérvese que éste planteamiento de Bobbio llega a la médula de la problemática de las relaciones entre el Estado y el individuo, es decir, en qué medida sus relaciones actuales ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa están definidas dentro de una igualdad justa o una igualdad deseable o en qué medida esa igualdad es injusta e indeseable. La respuesta estaría en los llamados ‘criterios de justicia’, “es decir, a los criterios

¹¹⁰ En: <http://www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8III.pdf>

¹¹¹ “Es necesario, así, buscar el equilibrio del propio criterio en base al cual se analizarán las tensiones y contraposiciones del individuo y el Estado. (...) Cuando el que analiza la controversia concreta entre un individuo y el Estado se deja llevar por la comodidad de la solución negativa para el primero; cuando en la duda condena, resolviendo en contra del particular; cuando en la dificultad del problema jurídico se abstiene de ahondarlo y resuelve favorablemente al poder público; cuando crea, prohíja y desarrolla supuestas “teorías” que sin fundamento ni análisis dan éstos y aquéllos poderes al Estado o sus licenciatarios monopólicos; cuando niega los argumentos que reconocen un ámbito de libertad; cuando se inclina hacia el sol de los poderosos, entonces está destruyendo desde adentro una de las más bellas y esenciales tareas del derecho administrativo: la protección de la libertad humana.// Más lamentablemente aún es que esas actitudes no suelen ser desembozadas: nadie dice abiertamente que el Estado lo es todo y el individuo nada. Incluso es posible que se exprese con vehemencia acerca de los “abusos” de los poderes públicos y del “respeto” a las garantías individuales...¿pero de qué valen esas declamaciones, si cuando se trata de dar una solución a un problema concreto —a una pequeña cuestión que no decide la vida o la muerte de un individuo, pero que entraña un verdadero conflicto entre autoridad e individuo—, se olvidan las declaraciones y se resuelve fácilmente que ese individuo en ese caso no tiene razón? ¿De qué valen aquellos “principios”, si luego en cada materia y cuestión de detalle se los olvida, se los contradice, se los destruye? Este es uno de los principales problemas políticos que afectan al derecho administrativo, a tal punto que ese desbalance a favor del poder y en contra del ciudadano parece tipificante del derecho administrativo viviente”. En: <http://www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8III.pdf>

que permiten establecer, situación por situación, en qué dos cosas o dos personas *deban* ser iguales con el objeto de que la igualdad entre ellas pueda considerarse justa. Dos cosas o dos personas pueden ser iguales o igualadas en muchos aspectos: su igualdad o su igualación tiene que ver con la justicia sólo cuando corresponde a un determinado criterio (que se denomina criterio de justicia), basándose en el cual se establece cuál de los *criterios* ha de considerarse *relevante* con el fin de distinguir una igualdad deseable de una igualdad no deseable”¹¹² (subrayas propias)

Existe un criterio común –y muy antiguo- de justicia para lograr la igualdad entre dos cosas o dos personas que indica como solución: ‘A cada uno lo suyo’¹¹³; sin embargo, y sin que sea el propósito de concluir en estos momentos el problema, ésa máxima sonaría cacofónica frente a las relaciones Estado-individuo en una confrontación ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puesto que no definiría qué sería del Estado y qué sería del individuo. Ya se abordará la tarea de establecer qué criterio de justicia lograría de mejor manera la igualdad deseable en la relación Estado-individuo al enfrentarse judicialmente.

Otro aspecto en que igualdad y justicia se tocan es la llamada ‘regla de justicia’, la cual “se entiende la regla según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual”¹¹⁴ Obviamente, y como bien lo señala Bobbio, antes de llegar a la regla de justicia o para que ésta se cumpla a cabalidad se ha debido resolver el punto de haber elegido el criterio de justicia que indica en qué dos personas o cosas son iguales de forma justa.

El punto es que Estado e individuo, cuando se confrontan jurídicamente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, son ‘en apariencia’ tratados como iguales, pero ciertamente y

¹¹² BOBBIO, ibídem, página 62.

¹¹³ “Muchos pensadores, especialmente los filósofos del Derecho, han aceptado esta definición. Es fácil demostrar que es una fórmula vacía, porque la pregunta decisiva –qué pertenece a cada cual- queda sin responder y, por tanto, la fórmula sólo puede aplicarse a condición de que esta cuestión haya sido previamente decidida por un orden socio-legal o moral establecido por la costumbre o las leyes, o sea por la moral o la ley positiva. La fórmula, pues, puede usarse para justificar cualquier orden, ya sea capitalista o comunista, democrático o autocrático, lo cual explica probablemente su aceptación, pero demuestra que no sirve para definir la Justicia como valor absoluto que difiere de los valores meramente relativos garantizados por la ley o la moral positiva.” KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?* Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1992. página 49.

¹¹⁴ Ibídem, página 64.

como se mostraba en la nota de pie de página 111 esa igualdad no existe en la realidad sino a lo sumo como un ‘equilibrio deseable’; por lo tanto, y como corolario de lo antes dicho, no les podría ser aplicable la regla de justicia.

Resulta realmente revolucionario afirmar “Todos los hombres son (o nacen) iguales”¹¹⁵ cuando en la época y las circunstancias en que esa máxima se dio no se pensaba aún en la posibilidad de que el Estado (Rey) fuera demandando por un individuo, o viceversa. Pero, en la actualidad esa frase de antiquísima elaboración se queda corta frente a la comparación que se hace entre el Estado y sus relaciones con los ciudadanos. Ciertamente, en aquel entonces revolucionario se estaba pensando que todos los iguales eran los hombres (algunos) entre sí y su igualdad era ante la ley; pero hoy, que han cambiado algunas cosas, esa frase debe entenderse con un cariz algo diferente. La ley, y la igualdad frente a ella, no sería sólo para las personas individualmente consideradas sino, también, para el Estado. Pero el cuestionamiento que surge de inmediato es si el Estado, a través de sus ramas u órganos, teniendo a su cargo el monopolio de la producción normativa, en qué medida las reglas de juego por él impuestas le comportarían algún privilegio frente a los individuos. No todos serían tan ‘iguales’ frente a la ley, porque dentro de esos sujetos que se equiparan debe contarse aquel que tiene el monopolio no sólo de la producción normativa que rige a todos, sino la aplicación de la ley y la definición de su sentido de justicia.

Finalmente, el fenómeno de la igualdad y el grado en que ella se produce es un ideal-límite que tiende a amplificarse de forma irresistible, denominado como igualitarismo.¹¹⁶ Así las cosas, “(...) el igualitarismo, a pesar de la aversión y la resistencia encarnizada que suscita en cada giro de la historia, es uno de los grandes resortes del desarrollo histórico; la igualdad entendida como igualación de los diferentes es un ideal permanente y perenne de los hombres que viven en sociedad. Cada superación de ésta o aquella discriminación representa una etapa del progreso.”¹¹⁷

¹¹⁵ Frase que tiene su origen en la Revolución francesa de 1789.

¹¹⁶ BOBBIO, *ibídem*, página 92.

¹¹⁷ BOBBIO, *ibídem*, página 93.

2. –JUSTICIA

En su libro sobre *¿Qué es Justicia?*, Kelsen manifiesta que ninguna otra pregunta en la humanidad, de Platón a Kant, ha sido objeto de tanta reflexión por los autores más ilustres, permaneciendo aún sin responderse.

Ya se anotó que Bobbio considera a la igualdad como un equivalente de la justicia, pensamiento que es tomado de las afirmaciones hechas por Kelsen en la obra antes citada, y en esta medida los autores son coincidentes en sus concepciones.

Aunque parezca redundante manifestarlo, Kelsen se autodenomina como racionalista¹¹⁸, y éste es el enfoque que le da a su indagación sobre qué es la justicia. Su concepción racionalista sobre este tema consiste en afirmar que la justicia es un ideal irracional imposible de probar mediante la Ciencia; en este sentido, la justicia está por fuera de la actividad científica y por ello es irracional. Pero esto no lo convierte, según él, en escéptico, puesto que desde un punto de vista filosófico es partidario de los valores de la justicia de la democracia liberal.

Como un bien o fin a perseguir, para Kelsen la justicia es un valor, al que no siempre se puede responder de un modo racional al problema que ella plantea.

Con una argumentación de medios y fines, Kelsen afirma que “Si un modelo de conducta humana se justifica como medio para alcanzar un fin, hay que plantearse inevitablemente si este fin es *justificable*.”¹¹⁹ (Cursivas propias) Entonces, esto nos llevará en una cadena de ideas a asumir como fin último el problema de la moral, en general, y el de la justicia, en particular.¹²⁰ Para el autor vienés, tanto el medio como el fin *deben* ser justificables, pues “si el fin último no es justificable, los medios para conseguir ese fin tampoco lo son.”¹²¹ Lo anterior explica lo que es una justificación condicional o relativa, con la que está de acuerdo Kelsen, mas no con una

¹¹⁸ Hans Kelsen es uno de los principales representantes de la corriente del *relativismo axiológico*, quien no niega la existencia de los valores, sino que se pueda establecer una jerarquía entre ellos que sea válida en todo tiempo y lugar. En este sentido, Kelsen no niega la existencia de diferentes formas de justicia, sino que exista una fórmula de justicia absoluta, válida para todo tiempo y lugar, inmutable, única y universal.

¹¹⁹ KELSEN, *ibídem*, página 45.

¹²⁰ KELSEN, *ibídem*, página 45.

¹²¹ KELSEN, *ibídem*, página 45.

justificación incondicional o absoluta¹²², puesto que los valores absolutos son fórmulas vacías que podrían justificar cualquier orden social.¹²³

Lo anterior nos lleva a una primera conclusión, si para Kelsen la justicia no es una idea racional, o que se pueda llegar a ella racionalmente, es decir, resultante de una fórmula científica, eso quiere decir que el concepto que ella comporta puede ser ‘llenado’ con un contenido acordado mientras cumpla unos medios y unos fines que se justifiquen. O sea, la justicia es un valor ‘convencional’ o “pactado” en un determinado orden social.

Indagando sobre el concepto de la Justicia en diferentes autores que han tratado el tema, Kelsen observa que Platón hace coincidir el Bien con la Justicia, pero de igual manera el griego llega a la conclusión de que aquella y éste están más allá de cualquier conocimiento racional. Posteriormente, al irse a la sabiduría popular de las naciones, se le atribuye a uno de los siete sabios griegos el dicho según el cual la justicia consiste en dar a cada cual lo que le corresponde¹²⁴, pero en similar forma a como es planteado por Bobbio, ésta es una fórmula vacía que no permite definir a la justicia como valor absoluto. Luego, explora en el sistema de virtudes de Aristóteles y en los imperativos categóricos de Kant, pero termina inexorablemente concluyendo que el concepto de justicia, en términos absolutos, es una *idea irracional*,¹²⁵ una ilusión –una de las tantas ilusiones eternas del hombre-, puesto que desde el conocimiento racional sólo hay intereses humanos y los principios morales, que aún siendo relativos también son valores, desde la óptica de la filosofía relativista le imponen al hombre *decidir* por sí solo qué es bueno y qué es malo. El acto de elegir entre lo bueno y lo malo supone una responsabilidad muy seria, a lo cual Kelsen argumenta que cuando los hombres se sienten

¹²² Kelsen pone como ejemplo de esta aseveración lo siguiente: “La democracia es una forma de gobierno justa por el mero hecho de que garantiza la libertad individual. Lo cual significa que es una forma de gobierno justa a condición de que se presuponga que la libertad individual es un fin último. Si se establece como fin último la seguridad social en lugar de la libertad individual y puede demostrarse que la seguridad social no puede establecerse en una forma de gobierno democrática, puede considerarse justa otra forma de gobierno que no sea la democrática, ya que un fin distinto requiere unos medios distintos. De ahí que la democracia sólo pueda justificarse relativamente, no absolutamente, como forma de gobierno justa.” KELSEN, *ibídem*, página 45.

¹²³ KELSEN, *ibídem*, página 46.

¹²⁴ Téngase en cuenta que aquí el concepto de justicia equivaldría al de igualdad.

¹²⁵ Se ha puesto en cursiva esta expresión porque quiere recalcarse cómo, al final de las argumentaciones, irracionales y racionales van a coincidir en los conceptos. Kelsen, en su sentir relativista pragmático, pero para otros positivista o racionalista va a terminar concluyendo que la justicia es un valor irracional, no-racional al igual como lo plantearían los iusnaturalistas (o no-racionalistas)

demasiado débiles para asumirla la ponen en manos de una autoridad superior (gobierno, juez o, en últimas, en Dios) para evitarse la molestia de elegir.¹²⁶

Lo anterior sirve para afirmar, desde el punto de vista de Kelsen, que el traspaso del monopolio de la administración de justicia que los individuos hicimos al Estado se ha debido al temor y debilidad en asumir la responsabilidad de elegir entre lo bueno y lo malo, y que sólo el Estado puede cumplir ese encargo en términos justos; desechándose otras alternativas en la administración de justicia.

Kelsen enaltece a la *tolerancia*¹²⁷ como el principio moral específico de la filosofía relativista, el cual supondría comprender las creencias religiosas y políticas de otras personas, sin evitar que se expresen libremente, pero sin aceptarlas.¹²⁸ Y aunque el autor no responde a la pregunta sobre qué es la justicia –intento en el cual él considera que han fallado también todos los demás–, insiste en que ésta solo puede ser relativa permitiéndose afirmar que su justicia es la de la “libertad, la de la paz; la Justicia de la democracia, la de la tolerancia.”¹²⁹

54

3. –LIBERTAD

La ‘libertad’ es un principio de infinitos y múltiples significados. A diferencia de la igualdad, es una cualidad, propiedad o atributo de la persona que puede referirse a diferentes aspectos de ella y es una proposición dotada de sentido por sí misma, mas no relacional.¹³⁰ Coinciden todos los autores en clasificar, políticamente, a la libertad en positiva y negativa; pero tanto la una como la otra comporta una problemática política cuya definición y contenido depende de la época o momento histórico en que ella se considere y en este sentido, entonces, será reconocida.

¹²⁶ KELSEN, ibídem, páginas 46 a 59.

¹²⁷ Kelsen afirma que, ‘La Ciencia sólo puede prosperar en un clima de libertad. Y este clima de libertad no depende únicamente de una libertad externa, es decir, de su independencia respecto a cualquier tipo de influencia política, sino también de que exista libertad dentro de la Ciencia, del libre juego de argumentos y contraargumentos. Ninguna doctrina puede ser abolida en nombre de la Ciencia, ya que el alma de la Ciencia es la *tolerancia*.’ (Cursivas propias) Esta cita tiene como propósito recalcar en el término ‘tolerancia’, puesto que éste tendrá influencia concreta y profunda en este trabajo científico de investigación sobre alternativas en la administración de justicia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Kelsen, op.cit. página 62.

¹²⁸ KELSEN, ibídem, página 61.

¹²⁹ KELSEN, ibídem, página 63.

¹³⁰ BOBBIO, ibídem, página 54.

Bobbio indica que libertad negativa es libertad de *acción*¹³¹, es decir, que una acción personal no se ve obstaculizada y que, por tanto, puede llevarse a cabo. Por otra parte, libertad positiva es libertad en cuanto a la *voluntad*¹³², o sea, que el querer personal es libre, no determinado por el querer de otros o por fuerzas extrañas al mismo querer personal.¹³³

Pero, entiéndase como se entienda la libertad, ésta ha constituido no sólo el propósito que ha tenido la historia desde que Rousseau escribió la frase ‘El hombre ha nacido libre y, sin embargo, por todas partes se encuentra encadenado’¹³⁴ sino la pugna permanente contra las estructuras estatales constituidas que nunca aceptaron ‘espontáneamente la libre circulación de las ideas: [puesto que] siempre fue necesario luchar, no sólo para obtenerlas sino para conservarlas. Porque, cuando lo estime conveniente para sus particulares intereses, el Estado hallará la forma de reprimir las acciones que juzgue riesgosas para la estabilidad tradicional de quienes lo dirigen.’¹³⁵

A lo largo de la historia, la libertad ha tenido muchos obstáculos superados en cuanto a la pregunta ¿libertad respecto de qué?, frente a lo que se respondería indudablemente: de ‘sus privaciones’ La libertad total no ha sido ni será nunca, puesto que la ‘historia es un entramado dramático de libertad y opresión, de nuevas libertades a las que contestan opresiones, de viejas opresiones abatidas, de nuevas libertades reencontradas de nuevas opresiones impuestas y de viejas libertades perdidas.’¹³⁶

Ya sea que se considere a la libertad como sujeto de la historia o como su fin, históricamente se muestra como ‘un continuo y renovado intento de los individuos y grupos (pueblos, clases,

¹³¹ Como libertad de acción o negativa tenemos que es la posibilidad de un sujeto de obrar o no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos. También es denominada ‘libertad como ausencia de impedimento o constricción’

¹³² La libertad positiva o voluntad es la posibilidad de un individuo de orientar su voluntad hacia un objetivo, tomar decisiones sin verse determinado por la voluntad de otros. También es denominada autodeterminación o autonomía.

¹³³ BOBBIO, *ibídem*, página 103.

¹³⁴ BOBBIO, *ibídem*, página 126.

¹³⁵ LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro Antonio. *Principios fundamentales en la Constitución de 1991*. Jurídica Radar Ediciones, Santa Fe de Bogotá, 1994. página 86.

¹³⁶ BOBBIO, *ibídem*, página 130.

naciones) de ampliar la propia libertad de acción (libertad negativa) y de afirmar el principio de autodeterminación contra la repetición, reproducción o adaptación a los distintos aspectos de las fuerzas opresoras, o, como se ha aclarado recientemente, como una serie de respuestas al desafío siempre presente de la libertad.¹³⁷

En la dialéctica libertad y falta de libertad se muestran claramente que cuando se conquista una libertad concreta por parte de un individuo o grupo se está resolviendo la falta de libertad de otros y la conquista de la libertad es siempre una condición necesaria (si no suficiente) para conquistar el poder (y el poder de unos se afirma con el menoscabo de la libertad de otros)¹³⁸

De acuerdo a lo anterior, se puede observar que la libertad es el resultado que obedece a un momento y a un espacio concreto de la historia, por ello, la libertad de los antiguos no es igual a la libertad de los modernos¹³⁹, ni la de éstos será similar a la libertad actual o futura. La libertad es una permanente conquista, una continua lucha, hasta contra sí misma. De ahí que proponer un *cambio de paradigma* en la forma como se concibe la ‘recta, justa y exclusiva’ administración de justicia por la Jurisdicción Contencioso Administrativa para los conflictos en los que se involucre al Estado plantea una tensión respecto a cómo se concibe la realización de las libertades del individuo cuando se enfrenta a aquél en un juicio ante esa jurisdicción.

Resulta claro que en la Constitución de 1991 sobreabunda el material dispositivo en torno a las múltiples manifestaciones de libertad, como ejemplo de ello tenemos la libertad de conciencia, libertad de enseñanza, libertad de expresión, libertad de asociación, etc., por sólo mencionar algunas cuantas. Sin embargo, para el propósito de esta investigación, y contraponiéndonos al argumento de Bobbio, la libertad sí debe estudiarse en un sentido relacional, del individuo

¹³⁷ BOBBIO, *ibídem*, página 131.

¹³⁸ BOBBIO, *ibídem*, página 131.

¹³⁹ Indica Bobbio que: “Como consecuencia del célebre ensayo de Benjamín Constant sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos, se ha hecho corresponder a la diferencia entre las dos libertades una distinción histórica, según la cual la libertad negativa sería libertad de los modernos y la libertad positiva aquella de los antiguos. (...) ‘El objetivo de los antiguos –escribe– era la distribución del poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria: esto lo llamaban libertad. El objetivo de los modernos es la seguridad en el disfrute privado: y ellos denominan libertad a las garantías concedidas por las instituciones a estos goces.’ (...) Se comprende que en una concepción progresiva de la historia, como lo era aquella en la que se inspiraba Constant, el epíteto de ‘moderno’ expresara un juicio de aprobación y el de ‘antiguo’ un juicio de condena.” BOBBIO, *ibídem*, página 115.

frente al Estado, y en la ‘posibilidad’ de que aquél pueda escoger un espacio de confrontación jurídica diferente al que le es impuesto –como único- por la organización política predominante. Es decir, se estudiaría la libertad en el sentido de poder ser libre de escoger el operador judicial que en el sentir del individuo garantice mejor sus derechos e intereses.

4. -DEBIDO PROCESO

Quizás la forma más exacta de expresar qué es el debido proceso es aquella con la cual se le denomina como una *conquista*, paulatina, “de la humanidad civilizada que logra imponerse frente al absolutismo y la autocracia. Es, en otras palabras, el freno legal que los gobernados logran, después de muchos siglos de injusticias y atropellos, imponerle a los gobernantes arbitrarios.”¹⁴⁰

Básicamente, lo que involucra el principio del debido proceso son garantías que deben respetarse para que el juicio en el que están involucradas las partes sea equitativo e imparcial. En opinión de la doctrina mayoritaria, el principio del debido proceso está inserto en lo que el artículo 2º constitucional denomina ‘vigencia de un orden justo’

57

En nuestro ordenamiento jurídico, y dada la importancia que tiene el respeto a las garantías que deben derivarse de los procedimientos judiciales, el debido proceso está expresamente consagrado, como derecho fundamental además, en el artículo 29 constitucional. No sobra advertir en este momento, puesto que resulta pertinente para el trabajo de investigación que se adelanta, que cuando el artículo 29 de la Carta fundamental se refiere a que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales, al ser el procedimiento arbitral un trámite de tipo judicial, conforme al artículo 116 constitucional, debe, también, cumplir la exigencia de la norma constitucional.

Desagregando lo que el artículo 29 constitucional considera debido proceso, puede decirse que él comprende, fundamentalmente: aplicación a todo tipo de actuación judicial y administrativa; presunción de inocencia; derecho de defensa; garantía del juez natural, independiente e

¹⁴⁰ CAMARGO, Pedro Pablo. *El debido proceso*. Tercera edición, Leyer, 2005. página 21.

imparcial; juicio público y justo; legalidad de los delitos, las penas y los procedimientos; irretroactividad y favorabilidad de la ley y non bis in ídem y res judicata.¹⁴¹

Para los propósitos de esta investigación, tomaremos el principio del debido proceso en cuanto a la garantía que con él debe ofrecerse por parte de un juez independiente e imparcial.

La independencia se entenderá como libertad y autonomía y la imparcialidad como la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud, como lo señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Debe advertirse que la independencia e imparcialidad no son atributos o cualidades que debe tener quien ejerce la labor de juzgar, sino que son mandatos constitucionales y legales imperativos a los cuales están obligados los jueces en general.¹⁴²

Históricamente, la razón suficiente que justificó la separación de los poderes, y entre ellos el judicial, se apoya en que la independencia e imparcialidad de a quien le corresponde juzgar esté garantizada para las partes intervinientes en el proceso. “La gran conquista del siglo XVIII fue (...) la separación del gobierno del funcionario que administra la justicia y que en la monarquía se concentraba en el rey, sin que hubiera independencia y muchos menos imparcialidad. En la monarquía el rey era el juez y el verdugo. No en vano el Estado de derecho y democrático cambió la fórmula ‘en nombre del rey’ o ‘en nombre de Dios’, por la de ‘en nombre del pueblo’ o ‘en nombre de la república’ se administra justicia.”¹⁴³

De conformidad con los ‘Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura’, confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, la independencia de la administración de justicia debe ser garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución de cada país. Igualmente, corresponde a todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetar y acatar dicha independencia.

¹⁴¹ CAMARGO, *ibídem*, páginas 109 a 292.

¹⁴² CAMARGO, *ibídem*, página 185.

¹⁴³ CAMARGO, *ibídem*, página 185.

Tal y como está actualmente estructurado el Estado colombiano ha sido concebido para que el poder judicial sea dependiente y no libre, subjetivo en sus juicios y no objetivo, puesto que éste también obedece a la estructura de poder estatal.¹⁴⁴

Respecto a independencia e imparcialidad judicial, para lograr sentencias justas y acordes a derecho y, ante todo, que la apariencia de aquellas no favorezca tendencialmente al Estado, merece la pena recalcar la aguda y profunda manipulación política que se mueve en las Altas Cortes colombianas, tanto así, que para la elección de los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, el autor Diego López Medina¹⁴⁵ en un artículo escrito para el periódico *Ámbito Jurídico* lo evidencia con crudeza. El esperado control mutuo que debería existir entre el Ejecutivo y las fuerzas políticas del Congreso, se reduce a una repartición política de poder de quienes controlan el Estado a tal punto que pensar en la independencia e “imparcialidad” de los electos Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura es un ejercicio excesivo de buena fe que raya con la ingenuidad.

¹⁴⁴ CAMARGO, *ibídem*, página 186.

¹⁴⁵ “Este proceso de selección judicial muestra señales muy preocupantes en Colombia. El ejemplo ha sido el cambio casi total que tuvo la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en el último año. La salida de los antiguos magistrados generó, no un proceso de control mutuo entre el Ejecutivo y las fuerzas políticas en el Congreso, sino una negociación y repartición de la sala relativamente precordada. Así, por ejemplo, los últimos cuatro puestos de la sala fueron repartidos milimétricamente entre la coalición de Gobierno: en un ejercicio que parecía normal y lógico, se hablaba de la “terna conservadora”, de la “terna del partido de la U” y de la “terna de las minorías” (de la coalición de gobierno, claro está). La cuarta terna, finalmente, terminó dando prevalencia al partido Cambio Radical. En todo este proceso, fue notoria la oposición del partido Liberal y del Polo Democrático, que incluso retiraron a sus congresistas de las votaciones. (...) Es posible (aunque improbable) que estas negociaciones políticas se hayan dado a espaldas de los profesionales que hoy llegaron a la magistratura. Es evidente, sin embargo, cómo esta dinámica afecta de forma grave su legitimidad judicial. (...) En afirmaciones posteriores a su elección, uno de los nuevos magistrados dijo que de él sólo se podría esperar independencia e imparcialidad. Creyendo en su buena fe, ¿cómo es posible elegir magistrados en un proceso intensamente político, para que luego afirmen que su carácter judicial estará marcado por la independencia y por la imparcialidad? Del cubilete sólo sale lo que se le metió adentro. En las cosas políticas no se hace magia. Y repito una cosa: estos no son reproches morales a los magistrados, en cuya honorabilidad tengo que creer, sin el abecé de la teoría institucional que, como un lorito, tengo que repetir a mis estudiantes cada semestre. (...) Ahora, pues, todos tenemos que aceptar el hecho cumplido. Una cierta forma de hacer política se impuso de nuevo y minó, con otro tremendo golpe, la legitimidad de la justicia. La sociedad civil lo ha manifestado una y otra vez. ¿Alguien escucha? ¿Les importa a los partidos? ¿Y qué piensan los nuevos magistrados? ¿Justifican el proceso político que deslegitima su investidura? ¿No afecta esto la gobernabilidad del sector judicial? (...)” *Ámbito Jurídico*, Legis, año XI, No. 259. Colombia. 6 al 19 de octubre de 2008, página 16.

Para la Corte Constitucional es claro que los jueces no sólo tienen sino que deben ser independientes, y dicha independencia implica que ellos se sientan compelidos sólo por el imperio de la ley, conforme al artículo 230 de la Carta fundamental, así como que estén rodeados de garantías frente a la intromisión de cualquier otro órgano público o privado, buscando siempre la realización del orden justo (Art. 2º)¹⁴⁶

Sin embargo, y como lo señala el tratadista Camargo la realidad es bastante distinta, ya que desde la práctica del derecho se observa que “el poder judicial no es independiente, pues su composición es política y dirigida desde lo alto.”¹⁴⁷

Asumir una postura como la que plantea la Corte Constitucional en la Sentencia C-486 de 1993, podría considerarse formalista, puesto que parecería considerar que no hay lagunas en el Derecho, así como que el ordenamiento jurídico es totalmente coherente y que, por tanto, los jueces para ser imparciales y neutrales, dando cumplimiento al debido proceso, sólo deben aplicar la ley. La realidad evidencia definitivamente otra perspectiva, cual es que los operadores judiciales están insertos en un orden fundamentalmente político y su ‘conciencia’ está permeada por múltiples ideologías (entre ellas, la positivista) que le llevan a interpretar las normas de acuerdo a convicciones personales; quedando en tela de juicio la realización del tan anhelado principio del debido proceso.

60

¹⁴⁶ En este sentido, la sentencia C-486 de 1993 dejó sentado: “La enfática prescripción del artículo 230 de la C.P. – ‘los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley--’, tiene el sentido de rodear a la actividad judicial de una plena garantía de independencia funcional frente a la intromisión de cualquier otro órgano público o privado. La factura reactiva de la garantía revela el indicado designio. La necesidad de la independencia judicial se deriva del sentido y alcance de la actividad sentenciadora de los jueces, la que se sujeta únicamente al ordenamiento jurídico estructurado a partir de la Constitución, sus principios y valores superiores y aplicado al caso concreto en términos de verdad y de justicia.// “La misión que la Constitución confía a los jueces de aplicar el derecho con miras a la vigencia de un orden justo (CP Art.2), sólo es posible si ellos no son objeto de interferencias, presiones, instrucciones procedentes del ejecutivo, del legislativo, de los partidos, de las partes, en suma, si se asegura que la única voz que pueden escuchar y atender sea la voz del ordenamiento jurídico. De ahí que la garantía se construya proclamando que la única fidelidad que liga al juez en su delicada tarea de investigar la verdad y decir el derecho de aquélla que lo vincula con el ordenamiento jurídico.// “Sin perjuicio de la existencia de instancias y recursos, el juez aplica el derecho de acuerdo con su propia conciencia y convencimiento, basado desde luego en una determinada cultura científica y observando las reglas de la sana crítica. No está atado el juez por los precedentes judiciales ni, en principio, por las órdenes de los superiores. La aplicación preferente de la Constitución, de otra parte, debe llevarlo a inaplicar las normas jurídicas que sean incompatibles con aquélla.// “La independencia de los jueces no tiene el significado de privilegio ni de abierta exoneración de responsabilidad. Esa independencia, lejos de ser una invitación a la arbitrariedad, es el medio que resguarda su autonomía e imparcialidad para poder proferir sentencias justas y conforme a derecho.”

¹⁴⁷ CAMARGO, *ibídem*, página 187.

El debido proceso comporta un concepto moldeable que, al igual que los anteriores principios antes referidos (igualdad, libertad, justicia), va cambiando de forma con el tiempo, llenándose con nuevos contenidos, expulsando otros, prohibiendo restricciones. Muestra de ello es que bajo la Constitución de 1886 (Art.26 y s.s.), el debido proceso era reducido a la irretroactividad de la ley, juez natural, legalidad de los procedimientos y el *indubio pro reo*; pero, con la Constitución de 1991, este principio no sólo contempló las garantías de la Carta de 1886, sino que amplificó su contenido a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, incluyendo expresa y sistemáticamente la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el *non bis in ídem* y la *res judicata*.

Con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPA) y el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional el principio del debido proceso se ha amplificado y penetrado todas las actuaciones administrativas y jurisdiccionales. En los artículos primeros de ambos estatutos normativos se recurrió a la frecuente usanza del legislador de incluir ‘fines y principios que deben tenerse en cuenta para la aplicación del conjunto de reglas que se expiden.’¹⁴⁸

En el nuevo CPA opta ‘por incluir un conjunto de reglas relativas a fines, principios, deberes y derechos de los sujetos de las relaciones y situaciones jurídicas que regulan, y [este] el artículo se enmarca en esta tendencia, y tiene como antecedente legal inmediato el artículo 3° del derogado Código Contencioso Administrativo, el cual enumeraba y describía únicamente los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, definiciones que se retoman por la nueva ley.’¹⁴⁹, pues ya se habían introducido por primera vez en el derecho colombiano en el mencionado Código de 1984, para ser elevado a rango constitucional por el artículo 209 de la Carta en el que se regula la función administrativa.

¹⁴⁸ ARBOLEDA PERDOMO, Enrique José. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011*. Primera Edición. Bogotá. LEGIS, 2011. Página 1.

¹⁴⁹ *Ibidem*, página 10.

Como lo señala el jurista Arboleda Perdomo, ‘Ante todo es conveniente comentar que en el seno de la Comisión de Reforma se presentó un largo debate sobre la oportunidad de definir en el texto legal los principios generales del derecho o del derecho procesal administrativo. Se presentaron dos opiniones, una que consideraba que no era necesario definirlos pues los principios hacen parte del derecho pero no de la ley formal, por lo que fijar significado en un artículo equivaldría a convertirlos en normas positivas haciéndoles perder su naturaleza de principios, y que además al describirlos en la ley se corría el riesgo de limitarlos indebidamente; y una segunda, que sostenía la necesidad de determinar el contenido de cada principio, con el fin de hacerlos operativos en el mundo del derecho, pues de lo contrario, afirmaba, quedarían al arbitrio de cada intérprete, lo que atentaría contra la seguridad jurídica porque su definición podría tornarse subjetiva. Esta segunda opinión primó entre los redactores de la parte primera del nuevo código, mientras que la otra fue la adoptada para la parte segunda, (...)’ (Artículo 103)¹⁵⁰

‘Desde una perspectiva eminentemente práctica, corresponde decir que los principios cumplen al menos tres funciones dentro del mundo jurídico: sirven para interpretar la ley, para integrar las distintas regulaciones y normas, y permite llenar los vacíos o lagunas que se presenten en las leyes. Por lo general, cuando es necesario aplicar un principio por insuficiencia de la norma positiva, este principio al mismo tiempo puede servir para interpretar, integrar o incluso llenar los vacíos de la ley, de manera que esta clasificación de las posibles maneras como operan es meramente descriptiva.’¹⁵¹

Como comentario al artículo 3º del CPA debe señalarse que ‘(...) se refiere a las autoridades como destinatario de la norma, no obstante lo cual debe entenderse que no solo ellas deben aplicar esta parte primera del código, pues es evidente que también los particulares son los obligados a darle cumplimiento; en un segundo término, y es quizás lo más interesante de la norma, ordena que los principios deben tenerse en cuenta para interpretar y aplicar las reglas jurídicas del código, de suerte que distingue claramente la función de los principios dentro de las fuentes del derecho procedimental administrativo, pues en sí mismos no son normas, sino

¹⁵⁰ *Ibidem*, página 11.

¹⁵¹ *Ibidem*, página 11.

guías necesarias para interpretar las normas al momento de ser aplicadas. En último término, llama la atención que la disposición limita la función de los principios a la interpretación y aplicación de las normas, dejando de lado las demás funciones que según la doctrina cumplen los mismos dentro del derecho, enumeración que no puede ser tomada como una limitación al rol que deben jugar dentro de todo el sistema normativo, sino como la orden que se les da a las autoridades de tomar los principios de forma especial cuando vayan a aplicar e interpretar las reglas del procedimiento administrativo en las actuaciones que llevan a cabo.¹⁵²

Así, pues, los principios enumerados y desarrollados por el nuevo CPA son trece: debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

Mientras que los traídos por el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional son: imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción. Este cuerpo normativo no desarrolla el cuerpo normativo de los principios enunciados, pero debe mencionarse de manera especial que sí señala que el arbitraje se rige por ellos.

En mi opinión, la extensa o poca enunciación de principios rectores en estos cuerpos normativos tiene la importancia de mostrar un acoplamiento y puesta a punto con el texto constitucional colombiano.

5. – SOBERANÍA ESTATAL: EL *QUID* DE ESTA DISCUSIÓN

En el ejercicio de la función jurisdiccional de lo contencioso administrativo ya se ha afirmado que se observa, fundamentalmente, el poder soberano del Estado que se reserva dentro de su monopolio exclusivo el servicio de administrar justicia en su territorio, salvo algunas excepciones en esta materia. A esto lo hemos denominado, para los fines específicos de esta investigación: *soberanía*.

¹⁵² *Ibidem*, página 11.

Si nos remitimos a lo que los diccionarios de la lengua española definen como soberanía, tenemos que, por ejemplo, el Larousse la define como ‘autoridad suprema’ o ‘poder supremo del Estado’ Los sustantivos autoridad o poder del Estado, según las definiciones anteriores, se califican con el adjetivo ‘supremo’, el cual es definido en variadas acepciones como aquel ‘Que está por encima de todos y de todo’, ‘último’, ‘decisivo’ e ‘imposible de sobrepasar’

Todo lo anterior es bastante indicativo del gran poder o ‘mega-poder’ que concentra, maneja y hace valer el Estado, partiendo simplemente de lo que muestra la definición. En este sentido, autores como Oscar Cuellar S., manifiestan que ‘[s]egún esto, ‘soberanía’ se vincula con los conceptos de poder y autoridad máximos en una sociedad, es decir, que no dependen de otra instancia de mayor jerarquía. (...) la soberanía constituye una fuente privilegiada de poder o autoridad –la única o más importante en una nación- capaz, por tanto de autodeterminación’¹⁵³

Al igual que los principios de igualdad, justicia y libertad, el concepto de soberanía también ha ido evolucionando con el tiempo. Desde que por primera vez fue empleada sistemáticamente por Bodino, fueron Hobbes y Rousseau quienes con posterioridad dieron construcción a los conceptos que ella involucra (soberano y representante)

Como quiera que la soberanía es un concepto propio, mas no exclusivo, de la teoría política, en ella cobra importancia la distinción entre sociedad civil, sociedad política y Estado; aunque esta diferenciación no se hace en la teoría política clásica.¹⁵⁴ Pero, en este trabajo investigativo no sólo se tendrá en cuenta en su sentido político si no, y también, en el jurídico.

Para Hobbes, la multitud (estado de guerra de todos contra todos) y la asociación (pacto) preceden a la conformación de la sociedad y del Estado. La asociación es un Estado, ‘hombre artificial’ o ‘cuerpo político’ creado a la imagen y semejanza del hombre natural. Ese Estado u hombre artificial es la suma de los poderes individuales cuya potencialidad se vuelve acto (o connato de realidad) por el acuerdo de los pactantes en designar un representante, y como éste

¹⁵³ CUÉLLAR SAAVEDRA, Óscar. *La idea de soberanía en los orígenes de la teoría política moderna*. En Revista Sociológica, año 9, número 25. Seguridad y soberanía nacionales den América Latina. Mayo-agosto de 1994. Página 11 y 12.

¹⁵⁴ OSCAR CUELLAR, *ibídem*, página 12.

tiene cuerpo físico al encarnar al ‘hombre artificial’ o Estado le da existencia. Es claro que para Hobbes, el Estado es una ficción dotada de gran poder, incluso por encima de aquellos que intervinieron para su conformación,¹⁵⁵ y de esta manera su soberanía interna frente a los individuos se conforma y afirma.

Rousseau también adopta la imagen del ‘cuerpo político’ de Hobbes, agregándole que el Estado es un totalidad moral.¹⁵⁶

Al igual que Hobbes, para Rousseau el Estado es una ficción resultado de un pacto dado por la razón de los hombres; esto le permite afirmar que si el pacto entre los individuos es un acto racional resultado de ese pacto, el cuerpo político, también comporta racionalidad (es un ente de razón.) El Estado, semejante al hombre, tiene ‘fuerza y voluntad’, y como es un ‘ente de razón’ su voluntad *sólo* puede ser racional, o sea, no sólo no se equivoca sino que coincide con el reconocimiento del bien.¹⁵⁷

La voluntad del Estado es ley para sus miembros, y esta sólo puede querer el bien de los asociados, en especial, su libertad. Aunque los hombres son racionales no son ‘entes de razón’, por lo cual hombres y Estado aunque no son dos entidades diferentes para Rousseau sus intereses y sentido de la voluntad sí son opuestos (particular y general, respectivamente)¹⁵⁸

¹⁵⁵ Del Estado como ficción de gran poder, este mismo autor lee en Hobbes que: ‘La identificación del cuerpo político con su representante de hecho hace a éste un dirigente. Pero se trata de un dirigente bastante especial: la voluntad del cuerpo político –o sea, de su representante- ata y obliga en todo caso y momento a los súbditos y es su ley. Ella determina qué es justo e injusto, estableciendo el ámbito de la libertad civil –que es superior a la natural en tanto determina qué es legítimo y define las sanciones para el caso de incumplimiento-. Se da así la situación paradójica de que el cuerpo político existe por –y en principio, para- los súbditos, pero ello exige (supone) que su poder sobre éstos sea total. Los súbditos son parte integrante del cuerpo político, pero a la manera en que los huesos, los músculos, la sangre, etc., lo son del individuo. No mandan, sino que son mandados; en todo lo que toca a la voluntad del cuerpo político, obedecen, y siguen su propio movimiento sólo en aquello respecto de lo cual el cuerpo político no se pronuncia.’ CUELLAR, *ibídem*, páginas 15, 16 y 17.

¹⁵⁶ CUELLAR, *ibídem*, página 18.

¹⁵⁷ CUELLAR, *ibídem*, página 19.

¹⁵⁸ “Así, aunque el cuerpo político se distingue de sus creadores, no se separa completamente de ellos, no puede vivir sin la participación de sus miembros. Estos tienen un doble rol: por un lado, en cuanto ‘ciudadanos’, juegan un papel activo, determinando la voluntad del cuerpo político; por otro, considerados como ‘súbditos’, juegan un papel pasivo, que consiste en obedecer su voluntad y aportar la fuerza que el cuerpo político requiere para hacerla cumplir, en caso de resistencia.” CUELLAR, *ibídem*, página 19.

De acuerdo a la ‘cláusula tácita’ de Rousseau, los hombres aceptan y consienten en que su *voluntad (y razón) está por debajo* de la voluntad del Estado, la cual está dotada –incluso- de mayor razón al poder obligarlos a ser libres.¹⁵⁹

Como para Rousseau el Estado se conforma al pactar una mera agregación de hombres, la soberanía es un atributo propio del cuerpo político que se entiende como el poder sumado de los individuos que pactaron y como “el ejercicio de la voluntad general”; “es decir, el *poder absoluto* que el cuerpo político *tiene* sobre todos sus miembros en cuanto dirigido por la voluntad general.”¹⁶⁰ (Cursivas propias)

Como bien lo precisa Cuellar, detrás de la teoría política clásica que explica la soberanía lo que hay es una idea de “poder” como suma de fuerzas individuales en el Estado, así como la capacidad de éste para determinar la conducta de sus miembros.¹⁶¹ Termina siendo conclusivo que los Estados encubren realmente su ‘interés particular’ o el de su representante, primando realmente la fuerza y no la razón¹⁶²; ya que el concepto de soberanía fue construido para *justificar* racionalmente el derecho a mandar por parte de la autoridad política, así como la obligación correlativa de los súbditos a obedecer.¹⁶³

En estos términos quedó establecida, desde entonces, el sentido en el que esa relación Estado-individuo se estructura, se mueve y se autodetermina. Es claramente una relación de poder del Estado frente al individuo, en la que aquel lleva la ventaja frente a éste.

Como se indicaba inicialmente, el concepto de soberanía ha cambiado con el transcurso del tiempo, y de la teoría política clásica a la posmodernidad ha habido un vaciamiento de su contenido a favor del individuo; puesto que el Estado ya no ostenta el poder absoluto frente al ciudadano (o súbdito) como acontecía otrora.

¹⁵⁹ CUELLAR, *ibídem*, página 19.

¹⁶⁰ CUELLAR, *ibídem*, página 20.

¹⁶¹ CUELLAR, *ibídem*, página 22.

¹⁶² CUELLAR, *ibídem*, página 25.

¹⁶³ CUELLAR, *ibídem*, página 25.

Este cambio de contenido de la soberanía, o de la manera como ella es interpretada, la ha convertido en un concepto dúctil, variante con el transcurso del tiempo, que se llena – entonces- de nuevas y cambiantes determinaciones conforme a la época en que se invoque para aplicarse.¹⁶⁴

La tendencia parecería indicar que al perder el Estado soberanía ésta se estaría trasladando no sólo al ciudadano como tal, sino a la sociedad civil de la cual él forma parte, predicándose dicho concepto como atributo de la sociedad frente a la tradicional concepción elitista de la soberanía como atributo del Estado.¹⁶⁵

Justamente, al perder el Estado soberanía se genera una fisura por medio de la cual es posible pensar que en el ejercicio monopólico que hace de la administración de justicia, en especial en el que se relaciona con la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el empoderamiento del individuo y de la sociedad civil a la que pertenece permitiría plantear la posibilidad de la figura del arbitraje para resolver todos los conflictos jurídicos Estado-individuo; además que, tal posibilidad daría una presentación igualitaria a la confrontación entre estas dos partes, ya que lo que se observa que ocurre actualmente es que esa situación relacional no se resuelve de la forma más igualitaria posible. Hay todavía una ‘resonancia’ generalizada de que el Estado no podría, ni debería, despojarse del ejercicio monopólico de la administración de justicia; argumento que ha servido de base para impedir el desarrollo y despliegue de jurisdicciones como la arbitral.

¹⁶⁴ Como explicación de esto, Carlos M. Vilas señala que: “El desarrollo de la economía moderna, el crecimiento en complejidad de la sociedad civil, y el avance de los procesos de globalización, han producido en los siglos posteriores cambios profundos en la asignación de atribuciones entre Estado y sociedad civil. (...); la aparición o reaparición de nuevas o renovadas manifestaciones de la desigualdad y el conflicto, son algunos de los factores de una reconceptualización de los ámbitos de soberanía de la sociedad civil.” VILAS, Carlos M. *Entre el Estado y la globalización: la soberanía de la sociedad civil*. En Revista Sociológica, año 9, número 25. Seguridad y soberanía nacionales den América Latina. Mayo-agosto de 1994. Página 32.

¹⁶⁵ VILAS, ibídem, página 48.

III. LAS NORMAS.

A. LA CONSTITUCION COMO MARCO

Acogiendo la manifestación de una clásica separación tripartita del poder estatal, en el Título V, Capítulo I, artículo 113 y subsiguientes de nuestra Constitución Política se indica que son ramas del Poder Público la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Para los fines de este planteamiento crítico interesa resaltar que en dicho artículo 113 se declara a la Rama Judicial como una de las manifestaciones del ‘*poder*’ público, lo cual tiene trascendencia desde el punto de vista conceptual, ya que, como tal, se referiría a la composición de un conjunto de órganos e instituciones del Estado con la facultad de mandar y ser obedecido¹⁶⁶. De hecho, la judicial es enlistada en este artículo 113 como una ‘*rama*’ del poder público estatal, es decir, con la capacidad de obligar a la realización de los actos determinados por quienes ejercen autoridad en ella.

Evidente es que, tratándose de la rama judicial a ella sea encargada en la separación del poder estatal el tema de la ‘justicia’ y, más aún, el de su administración, que –valga la anotación– es una de las actividades más importantes que se ejercen por y dentro del Estado¹⁶⁷, sea cual fuere la organización política o jurídica que éste tome.

¹⁶⁶ ‘(...) noción general de <<poder>>, que significa, potestad, imperio, mando o posibilidad de subordinar, y de «autoridad», por la que se entiende, igualmente, la potestad (o poder) que se tiene, se impone o se ejerce sobre otro, pero adjetivando dicho concepto con lo «político» o lo «público» para ubicarlo en el campo de la doctrina jurídico-constitucional que, de manera casi unánime, lo califica como un fenómeno no sólo sociológico y jurídico sino, y fundamentalmente, político. HERRERA LLANOS, Wilson en:

http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/20/15_La%20rama%20legislativa%20del%20poder%20publico%20en%20Colombia.pdf

¹⁶⁷ El tema de la justicia y su administración por parte del poder estatal no ha estado siempre bajo el monopolio del poder público o Estado. Al respecto, Bruno Oppetit ha señalado, a propósito de sus indagaciones sobre las diferencias entre la justicia arbitral y la justicia estatal que: ‘La justicia se observa, en primer lugar, como un fenómeno universal: responde a una necesidad que se ha expresado en todo tiempo y lugar por parte del hombre, desde el instante en que renunció a obtener satisfacción por la fuerza de aquello que consideraba le era debido.’ De igual manera, y refiriéndose a los orígenes que ha tenido el tratamiento de la administración de justicia, indica que: ‘En efecto, históricamente, la “justicia” fue primero un *adjetivo* (lo que es “justo”) antes de convertirse en un *sustantivo* (“lo justo”) para luego elevarse al rango de *concepto orgánico*: el sentimiento de lo justo es un sentimiento primitivo y, como tal, participa del sentido de lo sagrado, inherente a las sociedades nacientes, mientras que la justicia es una creación de la sociedad. La justicia, en principio, apareció como la ciencia de lo justo y de lo injusto; (...) pero a partir del momento en que la justicia se define por su finalidad (atribuir a cada cual lo que le corresponde), es susceptible de comprender la totalidad de los medios que permiten realizarla, siendo uno de ellos el arbitraje, del cual se ha dicho ser el origen del derecho procesal. Sin embargo, con la ascensión de los intereses

Ahora bien, ahondando en la presentación constitucional que sobre la función de administrar justicia tenemos en nuestro Estado, el artículo 116 de la Constitución agota en su enunciación quiénes cumplen ese cometido internamente; es decir, la rama judicial está compuesta y es ejercida por esas instituciones, órganos, autoridades y sujetos allí enlistados.

Y dentro de esa concepción de quiénes son los adjudicadores del derecho, aunque sea de manera excepcional, pero claramente insertado en un articulado sobre la materia, se indica que *la ley podrá* atribuir funciones jurisdiccionales en materias precisas a determinadas autoridades administrativas e *‘investir’* transitoriamente a los particulares de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir *fallos* en derecho o en equidad.

Entonces, si la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los Jueces, el Congreso –con determinadas funciones-, algunas Autoridades Administrativas - excepcionalmente y por atribución de la ley- administran justicia, también los árbitros –aunque sea de forma transitoria cuando son investidos por las partes y en los términos que determine la ley- administran justicia. Es decir, en el sentido y sentir manifestado por las palabras expresadas por el Constituyente de 1991 en el artículo 116, al ser los árbitros *‘investidos’*¹⁶⁸ – aunque sea transitoriamente- de la función de administrar justicia tienen los mismos atributos conferidos, asignados o atribuidos a los jueces.

La permanente invocación a la ley del artículo 116 constitucional es llamativa, es decir, ese vínculo indisoluble entre la administración de justicia y el sustrato legal con el que ella opera;

particulares y del poder del Estado, se entró a distinguir entre lo justo y la justicia: “La justicia al alejarse de lo justo, a medida que la civilización se desarrollaba necesitó imponer sus decisiones en nombre de la autoridad reinante: deja de ser humana para ser ejemplar y, peor aún, representativa (en nombre del rey, en nombre del pueblo francés)”; desde entonces se afirma con particular énfasis que “toda justicia emana del soberano, es el Estado el que impone su justicia”. BRUNO OPPETIT, Op. cit. Páginas 43 y s.s.

¹⁶⁸ Según la definición dada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, *investir* significa: Conferir una dignidad o cargo importante. Y *conferir* significa: Conceder, asignar a alguien dignidad, empleo, facultades o derechos.

HPTT://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=conferir

pero, en lo que a arbitraje se refiere el texto de la Constitución no muestra con claridad si es la investidura o si son los fallos en derecho o en equidad los que se deben dar ‘en los términos que determine la ley’. Por lo cual debe acudir a una labor interpretativa o decodificadora del texto constitucional. Podrían ser ambos, pero teniendo en cuenta lo expresado por Bruno Oppetit en cuanto a la diferencia entre ‘lo que es justo’ y ‘lo justo’, y la presencia que la justicia ha tenido siempre en la existencia de las personas, la investidura que tiene un particular para administrar justicia parecería ubicarse en su condición misma de ser humano, y no propiamente en la institucionalización de un poder orgánico.¹⁶⁹ Por lo tanto, resultaría más probable que esa invocación a la ley que hace el artículo 116, inciso 4º, de la Constitución, se refiera a la exigencia dada a los jueces, como fundamento del sistema jurídico continental occidental y el nuestro propio, producto de la herencia jurídica cultural de la Revolución francesa: fallar de conformidad a la ley.

Es decir, los árbitros no son investidos por la ley para administrar justicia si no por los propios particulares; pero, son sus laudos o fallos los que deben y tienen que estar ajustados a las determinaciones previstas en la normativa legal. Esta concepción, como antes se mencionó, es herencia directa de los postulados de la Revolución francesa y la diferencia que ella marcó entre el poder constituyente y el poder constituido; con efectos directos en lo que a la administración de justicia se refiere.¹⁷⁰

¹⁶⁹ El concepto de justicia, sus orígenes y su administración por parte del ente estatal es un aspecto que en mi opinión no ha sido suficientemente profundizado y analizado por la doctrina y la jurisprudencia que sobre el arbitraje hallamos en nuestro país; sobre todo en lo que tiene que ver con las indagaciones de la ‘esencia’ del concepto como tal; porque como lo señala Oppetit en relación con el arbitraje y su vinculación con la justicia: ‘El arbitraje, en cualquiera de sus modalidades, hace parte de la misma búsqueda del ideal de justicia que persiguen las jurisdicciones estatales, (...): hoy en día la misma filosofía del *debido proceso* impregna las finalidades y los principios de organización de toda forma de justicia pública o privada contribuyendo, así, a instaurar la función de juzgar sobre bases comúnmente aceptadas y respetadas. La identidad en cuanto a las finalidades se acompaña de un irrefutable acercamiento técnico, ya sea que este mimetismo sea el fruto de la ley de imitación o de una exigencia de organización inherente a la función de juzgar. De allí resulta una gran *proximidad*, en todos los aspectos, de los tribunales estatales y de los tribunales arbitrales internacionales; estos últimos, al cabo de una evolución ininterrumpida, han conocido una clara acentuación de su “*jurisdiccionalización*” (el marco procesal se ha vuelto más pesado, el formalismo ha aumentado, los incidentes procesales se han multiplicado), de su *institucionalización* (los centros permanentes de arbitrajes han aumentado sensiblemente sus medios y sus actividades) y de una “*judicialización*” (la imbricación de los tribunales arbitrales y de los tribunales estatales se afirma en la colaboración de los segundos en la constitución de los primeros, en el pronunciamiento de medidas cautelares, en el control judicial de los laudos y en su ejecución.’ OPPETIT, *ibidem*, página 265.

¹⁷⁰ Sobre la tensión que existe entre poder constituyente –constitución (pueblo)- y poder constituido –ley (legislador)-, y la prevalencia de uno u otro para determinar el futuro de los individuos y las sociedades políticas

El sometimiento de los árbitros y sus laudos a la ley no es excepcional ni ajeno a lo que también los jueces hacen comúnmente. De hecho, cuando se lee el artículo 230¹⁷¹ constitucional se observa que ‘los jueces’ en sus providencias sólo¹⁷² están sometidos al imperio de la ley; y si bien este es un artículo que establece claramente un orden de precedencia para las fuentes del derecho (equidad, jurisprudencia, principios generales del derecho¹⁷³ y la doctrina) en nuestro ordenamiento jurídico, sirve, también, para señalar que la

donde éstos se insertan (en la herencia que nuestro ordenamiento jurídico tuvo de la Revolución francesa y producto de una cultura jurídica individualista), Mauricio Fioravanti señala que: ‘Esto nos conduce al segundo momento de decisiva diferencia entre la revolución francesa y el modelo tradicional británico. Para diferenciar la primera del segundo no sólo tenemos la presencia de un legislador que debe ser fuerte y con autoridad también en materia de derechos y libertades –la ideología del legicentrismo de la que tratábamos antes-, sino también la presencia de un poder constituyente del pueblo o nación, dinámicamente proyectado en sentido prescriptivo sobre el futuro, que puede ser formidable instrumento de legitimación, desde abajo, del mismo legislador, pero que puede tender también a amenazar o a destruir del todo su autoridad y que crea el problema, nuevo e inédito, de la *relación entre poder constituyente y poder legislativo constituido*. (...) si con el legicentrismo se podía pensar haber encontrado un razonable equilibrio entre la libertad como autonomía y las necesarias formas de disciplina del ejercicio de las libertades civiles, (...), más difícil parece, en materia de libertades políticas, (...), encontrar un momento satisfactorio de conciliación entre *la necesidad de estabilidad y de continuidad* de los poderes públicos constituidos y la continua necesidad revolucionaria de legitimarse recurriendo a la imagen y a la práctica de la soberanía originaria de la nación o pueblo, agente *en sentido radicalmente constituyente*. FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Presentación de Clara Álvarez Alonso. Editorial Trotta, Segunda edición, 1998, Madrid. Página 64.

¹⁷¹ Al tocar el tema del Problema de las Fuentes de las Normas aplicadas por los Tribunales Arbitrales, Oppetit señala lo siguiente: ‘Originaria del derecho común, la teoría de las fuentes del derecho se encuentra dominada por los dogmas del positivismo legalista: para las jurisdicciones estatales sólo podrían existir como normas de referencia las provenientes de fuentes públicas (ley, tratados, constitución, decretos, etc.), puesto que las normas provenientes de otras fuentes (costumbre, usos, doctrina, textos corporativos, etc.) sólo tienen un papel residual y, en todo caso, tan sólo dentro de los límites que les son adjudicados.//En materia de arbitraje, por el contrario, reina un vasto *pluralismo jurídico* y, especialmente en materia internacional. Este pluralismo se manifiesta a través de la excepcional diversidad de origen y de naturaleza de las normas susceptibles de ser aplicadas por los tribunales arbitrales, tanto en el procedimiento como en el juicio de fondo sobre el litigio. Concurren así normas de origen público y privado, y dentro de éstas últimas figuran las normas corporativas (reglamentos de arbitraje, condiciones generales de contratación, contratos-tipo), así como los usos (que configuran una *lex mercatoria*), la jurisprudencia arbitral –que se suele servir de la teoría de los principios generales del derecho- e incluso de normas aún más informales, tales como, por ejemplo, la regla moral o la equidad. Pero este pluralismo jurídico sólo encuentra su plena eficacia gracias a la libertad reconocida por la mayoría de los derechos modernos a las partes y a los árbitros de escoger a su antojo las normas que regirán el procedimiento y el fondo del litigio.’ (Subrayado fuera de texto) OPPEIT, ibídem, página 195 y 196.

¹⁷² Si a las palabras les damos trascendencia y si consideramos que ellas están cargadas de contenido, la forma como está redactado el artículo 230 de la Constitución colombiana tiene aún un talante estremecedoramente francés, en sentido *legalista*. El artículo 230 constitucional señala: ‘Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. //La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

¹⁷³ ‘La teoría de los principios generales del derecho, fue confinada durante mucho tiempo a tener un papel menor, como es normal en un sistema legalista, pero ha tenido en los últimos años una gran expansión, incluso en las jurisdicciones estatales, en todas las materias, aun en las que han sido codificadas. Era lógico que la jurisprudencia arbitral se sirviera ampliamente de ella, pues este concepto se adecua muy bien a su deseo de

ley es, aún y definitivamente, *el modelo teórico* principal planteado por la Constitución para la adjudicación del derecho tanto por los jueces como por los árbitros.

El esquema constitucional mostrado anteriormente, en el que se prueba la identificación funcional y jurisdiccional entre jueces y árbitros¹⁷⁴ en el sistema jurídico colombiano, donde tanto fallos como laudos están sometidos a la ley—o por lo menos no pueden ir de ninguna manera en contra de sus preceptos—sienta dos bases argumentativas estructurales de este artículo crítico:

1. Nuestro ordenamiento jurídico está fundado sobre una concepción *cultural* de los derechos¹⁷⁵, las libertades y las garantías de estirpe eminentemente *legalista*, producto de los resultados ideológicos de la Revolución francesa que aquí se acogieron.

libertad y de autonomía en la determinación del derecho aplicable, así como a su preocupación por escapar al empirismo puro y por estructurar su tema. Dicha noción se resiste a una conceptualización demasiado estricta, como lo demuestran las variaciones de la doctrina y de los tribunales arbitrales.’ OPPEIT, *ibidem*, páginas 198 y 199.

¹⁷⁴ ‘Asimismo, tanto el árbitro como el juez extraen, así sea en proporciones variables, su *ratio decidendi* de fuentes idénticas, ya sea de la ley, de los usos, de la equidad o de los principios generales de derecho, y ambos están legalmente obligados a conformarse al orden público.’ (Subrayado fuera de texto) OPPEIT, *ibidem*, página 61.

¹⁷⁵ Dentro del marco conceptual y teórico que sirvió de fundamento para armar la investigación base de este artículo de reflexión crítica tomé como texto directriz el libro de Maurizio Fioravanti, intitulado *Los derechos fundamentales*. Aquí, el autor hace mención a un asunto que, a mi parecer, resulta de vital importancia cuando del derecho y los derechos se está hablando: ‘el lugar que las posiciones jurídicas subjetivas [derechos] de los ciudadanos ocupan dentro de un ordenamiento positivo concreto y, en particular, sobre las garantías efectivas que tal ordenamiento es capaz de ofrecer’. El autor se está refiriendo, básicamente, a la *cultura* de nuestro derecho y derechos; no sólo desde sus orígenes — historia— sino también en la forma como moldea nuestro pensamiento jurídico y los efectos que tiene en nuestros sistemas —a futuro—. Para construir su argumentación, Fioravanti habla de que las libertades o derechos, y la manera como éstos se garantizan, se fundan u operan con base en tres modelos, que nunca se han dado de manera pura, a saber: historicista, individualista y estatalista; ellos están relacionados y se explican con los acontecimientos históricos de las revoluciones de derechos dadas en Inglaterra, Francia y Estados Unidos de América. A su vez, para el autor, la *cultura* occidental de nuestros derechos ha sido enmarcada y repercutida por dos revoluciones hitos: la francesa y la americana. La disertación que Fioravanti hace en su libro me llevó a confirmar que, en efecto, la Revolución francesa y la forma como ella expresó el lugar que ocupan los derechos en nuestros ordenamientos, así como su garantía, repercutió en mayor medida en el caso colombiano y, concretamente, en el ‘entendimiento’ que tenemos del Derecho Administrativo; aunque por un cambio teórico reciente, y debido a la *constitucionalización del derecho*, sean ahora los postulados y efectos en derechos de la Revolución americana los que estén marcando un giro en nuestros ordenamientos jurídicos. La mayor conquista de la Revolución francesa —desde el derecho y los derechos— fue que a la máxima autoridad (el legislador que encarna la voluntad general) corresponde la máxima garantía (la ley general y abstracta); ‘puesto que ningún hombre podrá ser limitado en sus derechos por otro hombre si no es sobre la base de la ley, ahora *única autoridad legítima*.’ Posición denominada en este artículo como *cultura legalista* o *legicentrismo*. Por su parte, la Revolución americana tiene como resultado la desconfianza en los legisladores virtuosos y omnipotentes que encarnan la voluntad general y, es así como, confía los derechos y libertades a la *constitución*, es decir, a la posibilidad de limitar al legislador con una norma de orden superior; donde los ‘derechos’ de los individuos son prioritarios ‘frente’ a los

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento normativo fue y es aún heredero reproductor de la cultura jurídica revolucionaria francesa –tendencia o modelo teórico que ha imperado durante muchos años- con las constantes transformaciones que muestra el derecho y la teoría jurídica, aquel se encuentra actualmente cuestionado y –hasta podría decirse- en vías de una profunda transformación.

2. El arbitraje es entendido, sustancialmente, desde esta perspectiva crítica, como un asunto de administración de justicia.

La figura del arbitraje en Colombia ha sido *interpretada* de diferentes maneras, como jurisdicción, como procedimiento, como contrato, como mecanismo, etc. Particularmente, la Corte Constitucional reconoce que la función arbitral es ‘jurisdiccional’, pero también se refiere a él indistintamente como proceso, pacto de naturaleza contractual y jurisdicción excepcional. En la doctrina no hay unanimidad respecto a la forma en que el arbitramento es concebido, es decir, algunos lo ven como un contrato, otros como un procedimiento y, otros, como una mezcla de las dos categorías anteriores;¹⁷⁶ pero, la concepción colombiana sobre cómo los

73

‘poderes públicos’ (poder constituido); para ésta revolución, y en virtud del ejercicio del poder constituyente, el pueblo goza de una autoridad superior a la del legislador, pues es la constitución, y no la ley, la máxima fuente de derecho; es, entonces, la norma fundamental la que subordina las leyes. Este nuevo ha marcado internamente el giro en el modelo teórico, y me ha permitido afirmar investigativamente la posibilidad de realización del arbitraje, como figura que administra justicia, para resolver todo tipo de conflictos Estado – individuo; puesto que la Constitución de 1991 prevé esta figura como una forma de administración de justicia sin ningún tipo de límite (el cual existe sólo porque se lo ha dado el legislador). Obsérvese que escoger una específica revolución como inspiradora de nuestro sistema normativo impacta directamente en el núcleo duro de nuestras creencias e interpretaciones jurídicas como base para la resolución de los conflictos, algo así como escoger entre ¿ley o Constitución? Finalmente, y por lo antes explicado, la calificación de *cultural o cultura de derechos* proviene de situar la producción ideológica - jurídica en un determinado punto geográfico y su recepción, con variaciones, en otro diferente.

¹⁷⁶ Sobre este particular señala el doctrinante Jorge Hernán Gil que: “En la doctrina colombiana, los doctores Julio Benetti Salgar, Marco Gerardo Monroy Cabra, Hernando Morales Molina y Gilberto Peña Castrillón, abiertamente se han pronunciado por la tesis procesalista o jurisdiccional. La jurisprudencia nacional ha optado por la posición procesalista (...) CSJ, Sentencia del 21 de marzo de 1991. La tesis anterior también fue acogida por la Corte Constitucional, entidad que expresó: ‘De esta manera se concibe el arbitramento como un acto eminentemente jurisdiccional, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, que excepcional permite a los particulares (...) impartir justicia (...)’//Por consiguiente y según lo dejó expuesto esta misma corporación en Sentencia C-294 de 1995, a la luz del artículo 116 de la Carta política, todas las elucubraciones sobre la función arbitral, como lo es la naturaleza pública o privada, o si los árbitros son verdaderos jueces, etcétera, quedan reducidas al ámbito académico. (Corte Constitucional. Sentencia C-431 de septiembre 28 de 1995. Proceso D-870). (Doctrina reiterada en Sentencia SU-091 de 2001, en la cual se expresó:

jueces –y por tanto los árbitros- administran justicia tiene una estirpe *legalista* fundada sobre el imperio absoluto y único de la ley como fuente principal del derecho; y no podría ser de otro modo debido al *modelo teórico-jurídico* aún imperante en nuestros operadores jurídicos.

B. LEYES ESTATUTARIAS DE JUSTICIA. LEY 270 DE 1996 Y LEY 1285 DE 2009.

La Ley 270 de 1996 fue expedida bajo los lineamientos jurídico-políticos de la Constitución de 1991. En su preámbulo se observa la exaltación a la justicia como valor consagrado en la Carta Fundamental, así como su condición de guía de la acción del Estado para garantizar los derechos fundamentales dentro del Estado social y democrático de derecho. Ciertamente, ese mismo párrafo introductorio señala a la justicia con la vocación para lograr la convivencia pacífica entre los colombianos y con la misión necesaria para generar responsabilidad de quienes están encargados de ejercerla.

Al analizar este texto normativo frente a la propuesta investigativa, se observa *-prima facie-* que la obligación y compromiso del Estado es garantizar el acceso de todos los asociados a la administración de justicia, independientemente de la jurisdicción en que ésta se imparta o de quiénes fungen como administradores de la misma.

La Ley 1285 de 2009 vino a reformar la Ley 270 de 1996, y con dicha reforma a esta ley estatutaria se llega desde el inicio a la afirmación de que una de las características intrínsecas y necesarísimas de cualquier administración de justicia –para la realización de la misma como valor de consagración constitucional- es que ella comporte la debida celeridad de los procesos judiciales que tramita, para lo cual instaura la oralidad –ya practicada de tiempo atrás en los procesos arbitrales- como principio rector de primera observancia, salvo, por supuesto, las excepciones que establezca la ley.

“El arbitraje es un procedimiento judicial aunque tenga fundamento inmediato en un acuerdo de voluntades””
GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico.* Cámara de Comercio de Bogotá, Tercera edición, 2011. Páginas 509 y 510.

Entrando en materia, en el artículo 8° de la Ley 270 de 1996, y por una modificación introducida por la Ley 1285, se reprodujo casi exactamente en su totalidad el párrafo cuarto del artículo 116 de la Constitución Política colombiana, salvo lo referido a los jurados en las causas criminales –reforma introducida por el Acto Legislativo No. 3 de 2002- y la palabra ‘debidamente’ que califica ahora la habilitación que se le es dada por las partes a los árbitros y que no aparece en el texto constitucional.

No obstante que el Título V, Capítulo I, de la Constitución Política al referirse a la Organización y Estructura del Estado colombiano, indicando que la Rama Judicial hace parte de este andamiaje, incluye en ésta a quienes fungen como árbitros, la ley estatutaria de justicia no lo hace en su artículo 11 al hablar de la integración y competencia de dicha Rama; pero la Ley 270 de 1996, en la modificación introducida por la Ley 1285, en su artículo 13 indica claramente que los árbitros ejercen función jurisdiccional, es decir, son equiparables en su ejercicio a los mismos jueces.

Una de las características diferenciadoras establecida por la ley entre el ejercicio de la función jurisdiccional por la Rama Judicial y la que ejercen otras autoridades y particulares (donde se incluirían a los árbitros) es que aquella se ejerce como *‘propia y habitual y de manera permanente’* y la de los árbitros no; sin embargo, debe llamarse especialmente la atención sobre este punto, pues si bien los árbitros no ejercen la jurisdicción asignada de forma habitual y de manera permanente –sino por la habilitación de las partes-, podría llegarse para ellos a la posición que tuvo la Corte Constitucional al declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 4 de la Ley 1285 de 2009 indicando que la Jurisdicción Constitucional está constituida no sólo por la Corte Constitucional sino por los *‘jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales’*¹⁷⁷, dando a entender la falta de necesidad del ejercicio jurisdiccional en su condición de habitual y de manera permanente y del ejercicio compuesto de la función administradora de la justicia.

¹⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

Por otra parte, llama la atención que de los 210 artículos con que cuenta la Ley 270 de 1996 – con las modificaciones introducidas por la Ley 1285 de 2009-, sólo tiene uno que específicamente regula lo concerniente al arbitramento, cual es el número 13.

Actualmente, el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, de acuerdo a las modificaciones introducidas por la Ley 1285 de 2009, tiene el siguiente texto:

‘Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

(...)

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.’

Del tan mentado artículo 13 y su numeral 3 es destacable para esta investigación que la función jurisdiccional no es un ejercicio exclusivo de los jueces, sino que hay otras autoridades y particulares que también la ejercen; constituyéndose dicha atribución en una cesión de soberanía estatal en lo que a administración de justicia se refiere. Además, esta atribución de juzgamiento viene no de una autorización legal –propriadamente dicha- sino constitucional, como lo expresa el artículo que toca el tema en la Carta Fundamental. Asimismo, si bien actualmente es la habilitación de las partes la que da inicio a la actividad jurisdiccional de los árbitros, el ejercicio o función jurisdiccional llevado a cabo por los árbitros tendría la potencialidad –al igual que la jurisdicción constitucional- de ser propia, habitual y permanente como son las características de las otras jurisdicciones expresadas por la Ley 270 de 1996.

Al mismo tiempo, y no obstante ser la Ley 1285 de 2009 posterior al Acto Legislativo 3 de 2002, por medio del cual se modificó el artículo 116 constitucional, en ella no se hace referencia a la administración de justicia por parte de los jurados en las causas criminales.

Por otra parte, debido a la autorización constitucional dada por el artículo 116, en el sentido de regular la materia arbitral ‘en los términos que determine la ley’, la 1285 de 2009, introdujo una modificación que se considera un error craso para los avances que la materia arbitral ha representado en términos antidogmáticos, antiformalistas y de evolución del derecho, cual es, prohibir acordar las reglas de procedimiento cuando en el arbitraje intervenga el Estado o alguna de sus entidades, sobre todo cuando en el mismo artículo criticado hay una sentencia final que ordena respetar, en todo caso, los principios constitucionales que integran el debido proceso.

La Corte Constitucional en el análisis de constitucionalidad previa que hizo de lo que sería la Ley 1285 de 2009, en Sentencia C-713 de 2008, manifestó, aceptando, con respecto a lo anterior que en el arbitraje en el que es parte el Estado o alguna de sus entidades las reglas de procedimiento serán las generales establecidas en la legislación, sin darle juego a acuerdo alguno al respecto; sin embargo, entratándose de arbitramentos donde sólo participen particulares, la constitucionalidad fue condicionada en el entendido de que esas reglas de procedimiento que se pueden acordar *‘deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procesos arbitrales.’*¹⁷⁸

Si se analiza sin prevenciones dogmáticas y formalistas la función de administrar justicia, ya sea por las diferentes jurisdicciones existentes y legalmente establecidas, por otras autoridades o por particulares, en esencia lo que se encuentra es la realización de un proceso *‘judicial’* que debe respetar los principios del debido proceso.¹⁷⁹

Cumpléndose esta máxima del debido proceso, administrar justicia por parte de las diferentes jurisdicciones—es decir, que no sea por otras autoridades ni por particulares— podría

¹⁷⁸ Sentencia C-713 de 2008.

¹⁷⁹ En Sentencias C-247 de 1997 y C-058 de 2009, la Corte Constitucional afirmó el sentido de lo aquí expresado, al decir que ***[L]a decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad.***“//No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia.” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

encuadrarse en un ejercicio soberano estatal que ostenta –de manera principal- el monopolio de su ejercicio; por el contrario, cuando son otras autoridades –no judiciales propiamente dichas- y los particulares, la administración de justicia opera como una ‘cesión’ de ejercicio o función por parte del Estado.

Del carácter que comporta esta idea de administración de justicia en Colombia como un monopolio estatal¹⁸⁰ podría entenderse desde una perspectiva dogmática y formalista el ‘celo’ con el que tanto el legislador como el juez constitucional establecen la caracterización de las jurisdicciones ‘judiciales’ y la libertad o no en materia arbitral de establecer las reglas del procedimiento cuando una de las partes es el Estado o sus entidades.

Sin embargo, y en opinión de la propia Corte Constitucional, en Sentencia C-713 de 2008, administrar justicia no es sólo observar los términos (o formas) procesales sino que también comporta el deber para quien ejerce la *jurisdictio* de hacerlo de forma independiente, autónoma, imparcial, en forma ágil y sin retrasos indebidos que plasme en un fallo la ‘conclusión de todo un proceso, donde el acatamiento de las formas y los términos, así como la celeridad en el desarrollo del litigio, permitirán a las partes involucradas, a la sociedad y al Estado tener la certeza de que la justicia se ha administrado debidamente como fundamento real del Estado social de derecho.’¹⁸¹ Esto nos da un punto de análisis crítico en el sentido de que ya sea o no que el Estado ceda soberanía en el ejercicio de la función jurisdiccional, ésta es de igual talante cuando es ejercida en el arbitramento debido a la esencia de lo que dicha función implica. (Subrayado fuera de texto)

Con la reciente expedición de la Ley 1563 de 2012, vale la pena mencionar que ésta define al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos donde se solucionan

¹⁸⁰ Refiriéndose a la naturaleza eminentemente ‘transitoria’ del arbitraje y la conveniencia para el Estado colombiano de que esta atribución permanezca de dicha manera, la Corte Constitucional señaló textualmente en la Sentencia T-057 de 1995 que: ‘No es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros, puedan ejercerse de manera indefinida, pues **de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. De no ser así, se crearía una jurisdicción paralela a la ordinaria que, con grave perjuicio del orden público, debilitaría la estructura estatal y menoscabaría la función pública de administrar justicia.** En palabras de la Corte: ‘no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. Art. 113)’ (Negrillas y subrayado fuera de texto original.

¹⁸¹ Ver también Sentencia C-037 de 1996.

controversias relativas a asuntos de libre disposición o ‘aquellos que autorice la ley’, acatando la línea trazada por la Ley Estatutaria de Justicia y la misma Constitución Política de Colombia, es decir, que de alguna forma la materia arbitrable sería tan ancha y extensa como el legislador quisiera –salvo las revisiones de constitucionalidad que hiciera la Corte sobre la normativa arbitral-. En cuanto a las clases de arbitraje y la participación en este ‘mecanismo’ de entidades públicas o de quienes desempeñen funciones administrativas, el avance del nuevo Estatuto de Arbitraje no fue mucho, sólo que con claridad indica que ese proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional.

Finalmente, la justicia ya sea como valor, como principio o como derecho no es un concepto que pertenezca de forma exclusiva a una entidad llamada Estado; más bien siendo sí un capital del ser humano como tal, aquel esta llamado simplemente a ‘administrarla’, de la forma en que bien lo indican los títulos de las leyes aquí comentadas.

C. COMENTARIOS A LA NORMATIVA SOBRE ARBITRAJE.

79

Durante 105 años, el arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, estuvo por fuera de la consagración constitucional, desarrollándose en absoluto silencio¹⁸². Sin embargo, durante ese tiempo se produjo cierta normativa sobre la materia que le permitió a Colombia desarrollar la materia con cierta amplitud, confianza y avance.¹⁸³

Aunque en la Constitución de 1886 no existía una referencia directa a la materia arbitral, las normas que regulaban el tema ‘pasaron exigentes exámenes de constitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, juez constitucional de la época.’¹⁸⁴

¹⁸² ZULETA LONDOÑO, Alberto. *La protección constitucional del arbitraje*. En: Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales. Fernando Mantilla-Serrano. Coordinador. Comité Colombiano de Arbitraje. Legis Editores S.A. Primera Edición 2007. Página 68.

¹⁸³ ZULETA LONDOÑO, ibídem, página 68.

¹⁸⁴ En el recuento histórico hecho por el autor, cita las consideraciones de la Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 1995, haciendo referencia al control de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia, así: ‘La Constitución anterior no preveía expresamente la existencia de los tribunales de arbitramento. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en varias oportunidades, al decidir demandas de exequibilidad contra normas que regulaban el arbitramento, las declaró exequibles. En la sentencia de mayo 29 de 1969, por ejemplo, estimó que si el arbitramento es de carácter privado, no puede considerársele inconstitucional, toda vez que esta forma de resolver controversias de mero derecho privado, en asuntos sobre los cuales se puede transigir, no está expresa ni

‘El final de la década de los años 80 y el principio de los 90, encontraron a Colombia inmersa en un auge repentino de la utilización de los medios alternativos de solución de controversias (...). La conciliación, el arbitraje y la amigable composición aparecieron en el escenario jurídico colombiano como parte de un ambiente casi obsesivo por formar una cultura que permitiera la solución de conflictos lejos de los jueces. En 1989 se reformó el Código de Procedimiento Civil para incluir en él audiencias de conciliación obligatorias en todos los procesos declarativos. El mismo año se expidió un nuevo régimen de arbitraje y se empezaron a crear centros de conciliación y arbitraje por todo el país, tanto en las cámaras de comercio como al interior de organismos gremiales.’¹⁸⁵

Con la reforma constitucional de 1991 se pasa de una regulación meramente legal del arbitraje a su constitucionalización; con los pros y contras que ello pudo implicar. Sin embargo, y debido a la forma como está redactado el artículo 116 constitucional, así como la propia inclusión de esta materia en temas constitucionales, dado el ambiente de la época que antes se ha indicado, es claro que el arbitraje ‘estaba llamado a servir como uno de los medios para desjudicializar los conflictos en el país’¹⁸⁶ produciendo la ‘judicialización del arbitraje en Colombia.’¹⁸⁷

A partir del cambio constitucional se han expedido cinco normas regulando el arbitramento – considerando que la Ley 23 de 1991 es del 21 de marzo-, y aunque el Decreto 2279 de 1989, con las modificaciones que se le hicieron fue durante 23 años el régimen de arbitraje en

tácitamente prohibida en la Constitución.//Por el contrario, agregaba la Corte Suprema, si se piensa que el arbitramento tiene carácter jurisdiccional y que, por lo mismo, los árbitros son verdaderos jueces, también la institución sería exequible, porque el artículo 58 de la Constitución determinaba que la Corte Suprema, los tribunales superiores de distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administran justicia. Para la corte Suprema, los tribunales de arbitramento eran de los demás tribunales y juzgados que establezca la ley y por ello administraban justicia. Pero, había, además, una razón elemental para considerar constitucional el arbitramento: si ninguna norma de la Constitución prohibía renunciar a un derecho cuando la renuncia sólo afectara los intereses del titular del mismo y éste tuviera capacidad dispositiva, nada podría prohibir el que su titular confiara la suerte de ese derecho a la decisión de un tercero, es decir, del tribunal de arbitramento.’

ZULETA LONDOÑO, *ibídem*, página 69.

¹⁸⁵ ZULETA LONDOÑO, *ídem*, página 70.

¹⁸⁶ ZULETA LONDOÑO, *ídem*, página 70.

¹⁸⁷ ZULETA LONDOÑO, *ídem*, página 70.

Colombia,¹⁸⁸ con la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional) fue íntegramente derogado.

De tal manera, La Ley 23 de 1991 fue creada esencialmente para la descongestión de despachos judiciales, pero en su Capítulo VIII regulaba el tema ‘Del Arbitramento’; esta regulación normativa iba del artículo 90 al 117.

El Decreto 2651 de 1991 fue proferido el 25 de noviembre de 1991 por el término de 42 meses –aunque prorrogado hasta el 10 de julio de 1998- como parte de las medidas de descongestión judicial implementadas en la época; es importante anotar, que al regular varias materias, entre ellas el arbitraje, algunos de sus artículos fueron adoptados como legislación permanente por la Ley 446 de 1998. El articulado que corresponde al arbitraje iba del artículo 11 al 20.

Con la Ley 446 de 1998 se adoptaron como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 y se derogaron otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989; nuevamente, esta ley toca desde la perspectiva normativa regular asuntos sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Los artículos que se refieren al arbitraje iban del 111 al 129.

El artículo 166 de la Ley 446 de 1998 facultó al Gobierno Nacional para que, dentro de los dos (2) meses siguientes a la expedición de esta ley -7 de julio-, compilara las normas aplicables a la conciliación, al arbitraje, a la amigable composición y a la conciliación en equidad, que se encontraran vigentes en la Ley 23 de 1991, en el Decreto 2279 de 1989 y en las demás disposiciones vigentes, sin cambiar su redacción, con el fin de que dicha compilación fuera el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos; como resultado de las anteriores facultades el 7 de septiembre se expidió el Decreto 1818 de 1998, que en sus artículos 115 a 222, contenía todo lo relacionado con el arbitramento.

Cabe insistir en que el Decreto 1818 de 1998 contenía las normas de los MASC sin cambiar la redacción original ni el contenido de las normas citadas, por lo tanto, ésta era la normativa a

¹⁸⁸ ZULETA LONDOÑO, ídem, página 71.

consultar en cuanto a Métodos Alternativos de Solución de Conflictos se refería, durante todo el tiempo de vigencia. La regulación del arbitraje en este cuerpo normativo iba de los artículos 115 a 222, ya derogados expresamente en su totalidad por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012.

Posteriormente, se produjo la entrada en vigencia de la Ley 640 de 2001, que si bien no es una ley sobre arbitraje sino sobre conciliación, trae unos cuantos artículos que tangencialmente tocan el tema que nos ocupa, lo cuales, por razones metodológicas, se transcriben en el aparte de anexos de este documento, haciendo la aclaración que la conciliación es una etapa dentro del proceso arbitral, y que los artículos de esta normativa no fueron derogados expresamente por el nuevo Estatuto Arbitral.

Cabe mencionar que: ‘A pesar del fracaso de la reforma a la justicia, en el transcurso de 2011 y en lo corrido de 2012 se aprobaron en el país tres reformas legislativas que, de ser adecuadamente implementadas, pueden impactar positivamente el desempeño de la Rama Judicial y resultar en mejores índices de seguridad jurídica, simplificación y eficacia de los procesos judiciales, justicia material y mayor tutela jurídica. Se trata de la aprobación del Código General del Proceso (CGP), el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPA) y el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (EA).

En términos generales, las tres normas simplifican y flexibilizan los procedimientos judiciales y arbitrales, adecúan la normativa colombiana a ciertas tendencias internacionales y a las decisiones de las Altas Cortes, privilegian los trámites orales sobre los escritos, incentivan el uso de tecnologías de la información, otorgan al juez mayores poderes para direccionar los procesos, eliminan algunos trámites y requisitos innecesarios, y reducen los tiempos de decisión de los procesos; todos objetivos recomendados por el Consejo Privado de Competitividad (CPC) en sus anteriores Informes de Competitividad.¹⁸⁹ (...) Antes de la expedición de la Ley 1563 de 2012, las normas aplicables al arbitraje nacional eran dispersas y en ocasiones poco claras, lo cual generaba cierto grado de inseguridad jurídica. Asimismo, el

¹⁸⁹ <http://www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/2012/11/Justicia.pdf>, páginas 250 y s.s.

arbitraje internacional solo contaba con unas pocas normas que lo regulaban; y existían interpretaciones de las Altas Cortes que daban alcance a las normas colombianas en materia arbitral de forma confusa, lo cual complicó el ejercicio de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Más aún, el arbitraje era –y sigue siendo hasta el momento– un mecanismo poco utilizado. En efecto, actualmente en Colombia existen 125 centros de arbitraje que tramitan aproximadamente 400 arbitrajes cada año (Exposición de Motivos, Ley 1563 de 2012). Esto quiere decir que, en promedio, cada centro arbitral en Colombia maneja solo 3,2 arbitrajes al año, una cifra supremamente baja que demuestra unas tasas pobres de utilización del mecanismo.

El EA recientemente expedido pretende solucionar esta dispersión normativa reuniendo en un solo cuerpo las normas que rigen el arbitraje nacional e internacional, y así otorgar mayor seguridad jurídica a los agentes que utilizan este mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Asimismo, pretende impulsar el uso del arbitraje al ampliar el marco de los asuntos que pueden adelantarse mediante arbitraje, de tal forma que no solo pueden ser objeto de arbitraje aquellos asuntos de libre disposición de las partes (transigibles), sino también todos aquellos que el legislador autorice (Exposición de Motivos, Ley 1563 de 2012). Por otra parte, el EA define legalmente el término máximo para un arbitraje (que no podrá exceder un año), de tal forma que la institución del arbitraje sea una alternativa realmente ágil de resolución de conflictos.

Si bien desde el CPC se recomendó en su momento la expedición de una Ley arbitral monista –es decir, con un solo régimen aplicable tanto al arbitraje nacional como al internacional, con algunas normas especiales para este último–, tal y como lo sugiere la tendencia internacional especializada, el Gobierno y el Congreso optaron por una Ley arbitral con dos regímenes separados: uno nacional y otro internacional.

El resultado del proceso fue una ley con un régimen de arbitraje internacional moderno, ajustado a las tendencias internacionales –en especial a la Ley Modelo de la Comisión de

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); y un régimen de arbitraje nacional que, si bien soluciona la dispersión normativa previa y elimina algunas reglas que hacían más largo y complejo el trámite arbitral, continúa siendo rígido en algunos aspectos y permitiendo la interposición de tutelas en contra de la decisión final de los árbitros –el laudo arbitral–.

(...) Es cierto que la expedición del EA constituye un avance importante en materia arbitral. Sin embargo, se recomienda al Gobierno realizar una evaluación de impacto de la Ley en el transcurso de dos años, para determinar si aumentaron o no las tasas de utilización del arbitraje nacional por parte de los ciudadanos y las empresas. (...) Asimismo, es importante que las Altas Cortes nacionales privilegien la autonomía de la voluntad de las partes en los procesos arbitrales y la seguridad jurídica de las decisiones arbitrales al momento de interpretar el EA. Solo así se incentivará el uso de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos.¹⁹⁰

‘El CPA¹⁹¹, que entró en vigencia el 2 de julio de 2012, fue otra de las grandes reformas a la justicia aprobadas por el Congreso en el último año.

84

En general, el Código adecúa el régimen de procedimientos administrativos contenciosos administrativos a las recientes interpretaciones del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Sus normas, que regulan la relación entre las entidades estatales y los ciudadanos, pretenden elevar los estándares de calidad y eficiencia de las actuaciones administrativas, promoviendo el uso de TIC y otorgándole al juez mayores poderes de dirección del proceso. Con este enfoque de servicio público eficiente, el Código pretende evitar desde un principio el surgimiento de conflictos entre el Estado y los ciudadanos, así como el número de procesos que se inician ante la jurisdicción contenciosa.

El Código también simplifica los procesos ante los jueces de lo contencioso administrativo, al migrar de un sistema esencialmente escrito a un sistema oral, concentrado, y que se debe desarrollar en máximo tres audiencias que se realizan bajo la suprema dirección del juez.

¹⁹⁰ <http://www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/2012/11/Justicia.pdf>, páginas 257 y s.s.

¹⁹¹ Las siglas corresponden al Código de Procedimiento Administrativo, Ley 1437 de 2011.

De otro lado, el Código establece la obligación para la administración pública de seguir ciertos precedentes (sentencias de unificación) del Consejo de Estado, de tal forma que las entidades públicas o las privadas que cumplan funciones públicas deberán dar un tratamiento igual a los ciudadanos frente a las mismas situaciones de hecho, por lo menos en aquellos casos en que exista jurisprudencia consolidada sobre una materia.

Más aún, el Código contempla la participación de los ciudadanos en la elaboración de regulaciones por parte de las entidades estatales, al establecer que estas deberán publicar sus proyectos de regulación para que los ciudadanos puedan exponer a la administración pública su opinión sobre el proyecto. Lo anterior está en línea con las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que insta a los países a establecer sistemas de regulación transparente y participativa. (...)’¹⁹²

En cuanto al reciente Código General del Proceso puede comentarse que: ‘Agilizar y flexibilizar la Jurisdicción Ordinaria (aquella que se ocupa de resolver los conflictos civiles, comerciales, laborales, penales y agrarios en el país), debe ser uno de los objetivos principales de la política pública de mejoramiento de la justicia. En efecto, del total de procesos que ingresan hoy al sistema judicial por concepto de demanda, 88,73% ingresa a la jurisdicción ordinaria, 9,38% a la jurisdicción contenciosa, 1,86% a la Disciplinaria y 0,03% ingresa a la Constitucional (CSJ, 2012). Por consiguiente, suprimir los cuellos de botella que retrasan la toma de decisiones en la jurisdicción ordinaria tiene efectos sustanciales sobre la mayoría de los procesos que se ventilan en el país (...).

Para abordar esta situación, en años pasados el CPC propuso la expedición de un CGP en el que se estableciera un proceso general y básico para el grueso de las actuaciones civiles, laborales, penales y contencioso administrativas, sin perjuicio de que cada una de ellas tuviese normas especiales aplicables, dependiendo de su naturaleza propia. El objetivo principal de esta iniciativa era reducir el número y grado de complejidad de los regímenes procesales

¹⁹² <http://www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/2012/11/Justicia.pdf>, página 254 y s.s.

existentes en la actualidad, así como sus ritualismos, por medio de la implementación del principio de la oralidad como presupuesto general de las actuaciones procesales (CPC, 2010).

A través de la Ley 1564 de 2012, el Congreso de la República aprobó el nuevo CGP que, no obstante tener avances significativos, únicamente aplica a asuntos civiles, comerciales, agrarios y de familia, dejando por fuera los laborales, penales y contencioso administrativos, que seguirán teniendo su código de procedimiento particular.

El nuevo CGP, además de impulsar la transición de un sistema judicial escrito a un sistema judicial oral en el país, concentra la resolución de los procesos en una o dos audiencias. Esta estructura permite que el Juez presencie la práctica de las pruebas y que no haya interrupción en el tiempo entre su práctica y la decisión que concluye el proceso. También permite al juez interrogar a las partes tanto como sea necesario para entender adecuadamente el caso y tener una relación más cercana con los protagonistas del proceso.

Por otra parte, el CGP introduce las bases legales para aplicar tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC) a los procesos judiciales, introducir el litigio *online* y el expediente digital, lo cual flexibilizará los procesos, agilizará la actuación judicial, descongestionará físicamente los despachos, facilitará la actuación de las partes, permitirá la seguridad y conservación de los expedientes y, en general, redundará en mayor eficiencia de la Rama Judicial.

Más aún, el CGP introduce un nuevo tipo de proceso denominado ‘proceso monitorio’, cuya introducción ha sido todo un éxito como factor de descongestión en diversas jurisdicciones – por ejemplo la española–, y por ello ha sido recomendado por la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ) en el pasado (CEJ, 2009). El proceso monitorio permitirá a quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de mínima cuantía y de carácter exigible, pero carezca de un título ejecutivo, contar con un procedimiento rápido para obtener judicialmente el pago de la deuda. Este nuevo procedimiento tiene el potencial de agilizar la actuación judicial en procesos destinados al cobro de pequeñas sumas de dinero, por lo cual impacta en principio a la población más vulnerable.

Limitar la aplicación del proceso monitorio a trámites de mínima cuantía es acertado en la medida en que permite monitorear su efecto sobre determinados procesos e implementar una especie de piloto judicial, que después pueda ser replicado en trámites de cuantías mayores.

(...) Por último, el CGP introduce varias disposiciones que aminoran el exceso de trámites que tradicionalmente ha rodeado la actuación judicial. Entre ellos se encuentran la facultad de otorgar poder a una persona jurídica cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos, la posibilidad de notificar a las partes electrónicamente, la eliminación de requisitos de autenticación de documentos que se presentan en procesos judiciales, independientemente de que provengan de las partes o de terceros, la posibilidad de citar e interrogar a peritos sobre la veracidad y exactitud de su dictamen, entre muchas otras.

El éxito del CGP dependerá de la inversión en infraestructura y educación de los funcionarios públicos que realice el Gobierno (ver Recuadro), y del buen manejo que de los recursos asignados realice el CSJ. En efecto, los cambios estructurales que introduce el CGP – concentración del proceso en audiencias orales y utilización de TIC en los procedimientos–, requerirán de la construcción de salas de audiencias que permitan implementar el sistema oral, adquisición de equipos de grabación y otras tecnologías para recepcionar testimonios de personas que se encuentren en zonas geográficas diferentes, la adquisición de sistemas para desarrollar el expediente y las notificaciones electrónicas, permitir el litigio *online*, etc. Asimismo, demandará el desarrollo de un intenso programa de formación de funcionarios públicos en la apropiación del nuevo sistema oral –de tal forma que las nuevas normas sean efectivamente aplicadas–; la adopción de modelos de gestión en los despachos judiciales y, finalmente, un cambio de cultura por parte de los operadores de la justicia.¹⁹³

Las regulaciones que particularmente hace el CGP en relación con el arbitraje son de tipo competencial. Estas normas han sido transcritas en su totalidad en el aparte de Anexos.

¹⁹³ <http://www.compitem.com.co/site/wp-content/uploads/2012/11/Justicia.pdf>, páginas 251 y s.s.

Finalmente, en el aparte de Anexos, se reproducirán en cada norma enumerada el texto de los artículos tal cual como regían o rigen en el tema específico del arbitramento, haciendo la claridad, al final, en cada uno de ellos la norma que lo modificó.

D. NORMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO EN CONTRATACION PÚBLICA

DOS CORRIENTES DOCTRINARIAS PARA EL ARBITRAJE EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

Cuando se aborda el tema del arbitraje en nuestro país, y las posibilidades que esta figura plantea o permite, debe manifestarse que la jurisprudencia constitucional ha marcado una clara línea restrictiva respecto a su margen de acción en materia del Derecho administrativo. En la doctrina, por su parte, encontramos dos tipos de posiciones, una de ellas sigue al pie de la letra la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, al ver su viabilidad para decidir sólo las disputas en relación con los efectos patrimoniales de la contratación pública¹⁹⁴; la otra posición doctrinal¹⁹⁵ considera que las limitaciones al arbitraje en los asuntos del Derecho administrativo

88

¹⁹⁴ El doctrinante Julio Benetti Salgar, en su libro de “El arbitraje en el derecho colombiano”, señala que el arbitraje ha sido considerado tradicionalmente una institución del derecho privado. El Estado y las entidades oficiales tienen un sistema jurídico propio por el cual se rigen y el derecho administrativo, particularmente, está sustentado por el principio de legalidad de los artículos 6, 121 y 122 constitucional. Desde la Ley 4 de 1964 hasta la Ley 80 de 1993, con las interpretaciones correspondientes dadas a las normas de los métodos alternativos de solución de conflictos –Ley 23 de 1991, Ley 446 de 1998, Ley 418 de 1997 y Decreto 1818 de 1998), la práctica del arbitraje en el derecho administrativo colombiano ha sido básicamente de carácter contractual y con ciertas restricciones. La Ley 80 de 1993, en sus artículos 69 y siguientes, limita el arbitraje a las cuestiones contractuales, indicando que la posibilidad de arbitrar determinada controversia nace de si se ha pactado o no la cláusula compromisoria por virtud de la *autorización legal* que para el efecto contempla el estatuto de contratación administrativa. Para el resto de asuntos del derecho administrativo, no comprendidos en la materia contractual, es decir, en lo que se refiere a los temas extracontractuales, las posiciones más tradicionalistas del derecho ven en la imposibilidad de renuncia al régimen legal que justifica toda la actuación de la Administración la limitación a la justicia arbitral. En este sentido señala textualmente el profesor Benetti que: “Vistas las cosas desde otro ámbito de la cuestión, también puede afirmarse que esta especie de arbitraje se refiere apenas a diferencias que tengan origen en relaciones de carácter contractual, puesto que solo en una convención de esta naturaleza se inserta la cláusula compromisoria, por lo cual quedan excluidos conflictos surgidos de relaciones extracontractuales o de la actividad administrativa que se funda en el ejercicio de la *autoridad* o de *imperio* del Estado, incluidos también el ejercicio de las *facultades discrecionales*, las actuaciones policiales y cualesquiera otras de carácter gubernamental, es decir, aquellas actividades del gobierno o del Estado regladas exclusivamente por el derecho público (*iuri imperii*), circunscribiéndose, por tanto, su radio de acción solo a aquellas instituciones que el derecho administrativo recoge del derecho privado, como es la de la contratación (*iuri gestionis*)” (Subrayado fuera de texto). BENETTI SALGAR, Julio. *El arbitraje en el derecho colombiano*. Segunda edición. Temis, 2001. Páginas 229 a 257.

¹⁹⁵ “El denominado arbitraje administrativo no tiene sustento constitucional en la mayoría de las legislaciones. El artículo 116 de la Constitución colombiana lo permite expresamente, al no haber restringido la capacidad arbitral en aquellas controversias en que sea parte el Estado. (...) En derecho comparado, las leyes domésticas sobre

son sólo una restricción que le ha impuesto, sobretudo, la jurisprudencia, y la interpretación que ésta hace de la ley, al considerar este tipo de justicia como accesoria, informal y de menor jerarquía que la ejercida por la jurisdicción estatal permanente.

En lo tocante con este trabajo de investigación, el punto central se focalizaría en ver cómo esa figura del arbitraje, con la cual indudablemente se administra justicia, presenta o no tal diferencia o desventaja frente a la jurisdicción estatal –contenciosa administrativa- permanente que le impediría ‘conceptual o teóricamente’ resolver todo tipo de litigios jurídicos que ocurran entre el Estado y el individuo. La idea se centrará en buscar el *quid* de la limitación para lograr ese fin propuesto.

El arbitraje en Colombia ha sido interpretado de diferentes maneras, como jurisdicción, como procedimiento, como contrato, como mecanismo, etc. Particularmente, la Corte Constitucional reconoce que la función arbitral es ‘jurisdiccional’, pero también se refiere a él indistintamente como proceso, pacto de naturaleza contractual y jurisdicción excepcional. En la doctrina no hay unanimidad respecto a la forma en que el arbitramento es concebido, es decir, algunos lo ven como un contrato, otros como un procedimiento y, otros, como una mezcla de las dos categorías anteriores.¹⁹⁶

Acogiendo un criterio material, la Corte Constitucional ve al arbitraje como un proceso y observa que con éste carácter se protegen los derechos consagrados en la Carta política y la ley.¹⁹⁷ Sin embargo, y en Sentencias C-431 de 1995 y C-893 de 2001, esa Corporación

arbitraje frecuentemente guardan silencio sobre la posibilidad de arbitrar por parte del Estado o sus entidades, y la doctrina se divide entre quienes sostienen que los poderes estatales permiten el acceso a la justicia arbitral sin necesidad de norma expresa y quienes afirman lo contrario. En todo caso, siguen siendo muy contadas las leyes en las cuales expresamente se prevé la participación estatal en los juicios arbitrales (las colombiana, (...))// Lo más grave es que aún en aquellos países donde la ley consagra expresamente la procedencia del arbitraje administrativo, la jurisprudencia doméstica suele limitar injustificadamente su operancia, como ha ocurrido últimamente en Colombia, (...)” (Subrayado fuera de texto) GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*. Cámara de Comercio de Bogotá, Tercera edición, 2011. Páginas 509 y 510

¹⁹⁶ Ver supra nota 176.

¹⁹⁷ Sentencias C-163 de 1999 y C-060 de 2001. Sobre este particular, y dando lectura a las providencias de la Corte, Carmenza Mejía Martínez indica que: ‘Desde el punto de vista material, ha sostenido la Corte, el arbitraje es un proceso puesto que la delegación de la Constitución en los particulares, para la decisión y solución de conflictos jurídicos, se hace mediante una serie de etapas y oportunidades para conocer y analizar los extremos de contención, hacer la valoración de pruebas y demás. Pero, más allá de una simple acepción, en el carácter procesal

identificó en el arbitraje una manera de descongestionar despachos judiciales y una forma de participación de la sociedad civil para lograr la paz, pero también le reconoció la finalidad de ““fortalecimiento de la legitimidad del aparato de justicia estatal” en el sentido de que al evitar o zanjar los conflictos particulares mediante el arbitraje, la justicia estatal puede dedicarse a resolver “aquellos asuntos que son de *verdadera trascendencia social*.””¹⁹⁸ Lo anterior muestra, claramente, la percepción que de ‘justicia informal’ tiene la Corte Constitucional respecto del arbitraje, no obstante considerarlo materialmente como un proceso.

Como quiera que lo que se está estableciendo es una confrontación entre la justicia formal, u ordinaria, y la mal llamada justicia ‘informal’, o arbitral, y ver cómo esta última podría cumplir sin ninguna restricción las funciones de la contenciosa administrativa –por ejemplo-, debe hacerse una referencia inmediata y directa al artículo 116, inciso 4º, constitucional, de donde puede derivarse tal argumentación.

Dentro del Título V del Capítulo I de la Constitución Política se puede observar que al tratarse la Estructura del Estado, e identificarse éste como poder público, se hace la división tripartita en las ramas legislativa, la ejecutiva y la judicial. A continuación, el artículo 114 constitucional hace referencia a la rama legislativa, el artículo 115 a la ejecutiva y el artículo 116 a la judicial, enlistando éste último los órganos que ‘administran justicia’; en el inciso 4 se declara que: ‘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*.’” (Cursivas fuera de texto)

Si bien los árbitros operan por habilitación de las partes, es claro que su *función*, al igual que la de los jueces del inciso primero del artículo 116 constitucional, es la de administrar justicia.

del arbitramento y en su regulación legal es que la Corte encuentra la protección de los derechos consagrados en la Constitución y la ley” MEJÍA MARTÍNEZ, Carmenza. *El arbitraje: ¿Justicia informal? Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional*. En Temas estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación. Especialización en Negociación, Conciliación y Arbitraje. 10 años. Fernando Herrera Mercado. Fabricio Mantilla Espinosa. Editores. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Editorial, 2007. página 155.

¹⁹⁸ MEJÍA MARTÍNEZ, ibídem, página 154.

También, los jueces del inciso 1º, de la misma forma que los árbitros, deben ceñirse en su *función* de administrar justicia a la ley, así lo muestra claramente el artículo 230 constitucional.

Lo anterior nos conduce a que el *quid* del asunto está en que la Corte Constitucional ha vacilado en que se configure propiamente una jurisdicción arbitral, pues si bien reconoce que la función arbitral es función jurisdiccional, por cuanto entrañaría la función pública de administrar justicia, no es sí jurisdicción (como lo sería la ordinaria) sino *sólo* ‘función’¹⁹⁹ Como ejemplo contundente de la aprehensión mostrada por la Corte Constitucional frente a la justicia arbitral, ésta corporación indicó en la Sentencia C-672 de 1999 que “Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como mecanismo alternativo para la solución de conflictos, ello no puede interpretarse en el sentido que aquélla resulte *privilegiada* frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que ésta puede verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción.” (Cursivas fuera de texto) Esto es claramente una demostración de que la forma como se percibe por algunos la administración de justicia es un ejercicio monopolístico estatal.

Indagando en lo que son las diferencias²⁰⁰ y limitaciones de la función arbitral frente a la función jurisdiccional estatal y, por otra parte, los ‘poderes’ que tiene un árbitro frente a los que tiene un juez, encontramos que la oposición a la justicia arbitral se establecería, fundamentalmente, en que la administración de justicia estatal es gratuita y que los árbitros carecen del poder de coerción y de ejecución (*imperium*) que sí tienen los jueces.²⁰¹

¹⁹⁹ “De otra parte, aunque el reconocimiento del carácter jurisdiccional del arbitraje es pleno, primero porque la propia norma constitucional lo dice –administrar justicia– y por la reiteración jurisprudencial, no deja de advertirse la *aprehensión* de la Corte Constitucional a que la jurisdicción arbitral se consolide, *en contrapeso a la estatal*.” (Cursivas fuera de texto) MEJÍA MARTÍNEZ, *ibidem*, página 158.

²⁰⁰ Los árbitros tienen poder de decisión y de decretar y practicar pruebas. Los jueces tienen poder de decisión, de decretar y practicar pruebas y poder de coerción y de ejecución (*imperium*). No constituye materia arbitrable y, por tanto, está por fuera de la competencia de pronunciamiento de los árbitros: los asuntos de orden público, soberanía nacional, orden constitucional, asuntos reservados a órganos del Estado, fijación del estado civil de las personas, cuestiones que tengan que ver con derechos de incapaces y los derechos que la ley prohíbe a su titular disponer. Sentencia C-060 de 2001.

²⁰¹ El nuevo Estatuto Arbitral, Ley 1563 de 2012, establece en su artículo 117 el denominado ‘Arbitraje social’, para la prestación gratuita de servicios en resolución de controversias de hasta 40 SMLMV, haciendo la claridad de que cada centro pueda prestar el servicio por cuantías superiores. No hay cobro de honorarios profesionales por parte de los árbitros dirimientes.

Pero, la oposición basada en la gratuidad de la administración de justicia estatal no tiene propiamente fundamento porque, como lo señala cierto sector de la doctrina, si bien esa diferencia ha servido de criterio a la Corte Constitucional para hacer prevalecer la jurisdicción estatal frente a la arbitral lo cierto es que a esas consideraciones “se opone la circunstancia de que las partes no pierden acceso a la justicia ante la eventualidad de no proceder al pago de los costos y honorarios del arbitraje, pues de no ser pagados por una de las partes en litigio, la otra puede pagar por aquélla y, en todo caso, en el evento en que no sean pagados en su totalidad, queda extinguida la vía arbitral para el conflicto de que se trate y libre la opción de acudir a la justicia común para la resolución del litigio.”²⁰²

La carencia de *imperium* por parte de los árbitros, respecto al poder de coerción y ejecución, es evidenciado por la jurisprudencia²⁰³ constitucional en la medida en que de la ejecución de los laudos conoce la justicia estatal; sin embargo, la doctrina manifiesta al respecto que la naturaleza del arbitraje y su origen histórico dan a los árbitros la función de establecer la existencia y certeza de un derecho mas no la de ‘ejecutar’ una obligación cierta y exigible.²⁰⁴ Como se verá en el aparte de medidas cautelares, esta posición corresponde a cierta parte de la doctrina que analiza el tema, pues doctrinantes de amplio reconocimiento nacional consideran que los poderes del árbitro en materia de medidas cautelares son equiparables al de los jueces.²⁰⁵

En materia arbitral tenemos como normativa positiva directa: El Decreto 2279 de 1989, el artículo 116 constitucional, la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el

²⁰² MEJÍA MARTÍNEZ, ibídem, página 159.

²⁰³ Obsérvese lo que en fallo de tutela T-057 de 1995 afirmó la Corte Constitucional sobre el ‘eventual’ poder coactivo de los árbitros: “la paz y el orden público, se ponen en peligro si a los particulares, así obren como conciliadores o árbitros, se les atribuye directamente la facultad de disponer del poder coactivo.” Sin embargo, el Consejo de Estado se pronunció con posterioridad a esta jurisprudencia manifestando que los árbitros serían competentes para conocer de procesos ejecutivos siempre y cuando la cláusula compromisoria comprendiera expresamente esa facultad.

²⁰⁴ MEJÍA MARTÍNEZ, ibídem, página 160.

²⁰⁵ En definitiva este es un aspecto que reguló el nuevo Estatuto Arbitral y que, en mi opinión, podría ya quedar superado de acuerdo a las prescripciones normativas del artículo 32 de este reciente cuerpo normativo. Es decir, ahora los tribunales arbitrales podrán ordenar todas las medidas cautelares ateniéndose simplemente al criterio de ‘precedentes’ dentro del proceso, incluso equiparándose a aquellas que se practican por los jueces en la jurisdicción ordinaria o la contencioso administrativa y guiándose para su decreto, práctica y levantamiento a las normas del C.P.C., el C.P.A. y las disposiciones especiales pertinentes.

Decreto 1818 de 1998, la Ley Estatutaria de Justicia 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2009, y, ahora, la reciente Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional), disposiciones que -a excepción de ésta última y respecto de la cual deberá observarse su instauración en la doctrina y jurisprudencia- establecían todo un marco normativo en el cual se movía la figura; sin embargo, las ‘verdaderas limitaciones’ respecto a lo que el arbitraje como justicia podría operar no estaban en la figura como tal si no en lo que la normativa interna le había ‘permitido’ hacer, sumado a la camisa de fuerza que la jurisprudencia confeccionó para esta forma de administración de justicia. Esas restricciones se concretan en las materias susceptibles de ser arbitrables.

Con posterioridad al Decreto 2279 de 1989, vino la reforma constitucional de 1991 que facultó a los particulares que fueran habilitados por las partes con la función de administrar justicia en calidad de árbitros. De una lectura detenida del artículo 116 constitucional, “Se debe anotar, en primer lugar, que la Constitución Política no establece restricción ni limitación alguna respecto de las materias susceptibles de decisión arbitral. Si algunas materias han quedado excluidas legalmente del conocimiento de la jurisdicción arbitral, ello no obedece, como lo dice la Corte, a que el legislador nacional fuera consciente de que los árbitros no pudieran equipararse en su función de juzgadores a los jueces permanentes respecto de ciertos bienes jurídicos. La razón bien puede encontrarse en el origen mismo del arbitraje, en su linaje mercantil desde la época clásica del Derecho Romano, que explica que se encuentren universalmente excluidos de la competencia de los árbitros, lo que se refiera al orden público, el estado civil de las personas y demás, y circunscrito a los asuntos de índole patrimonial.”²⁰⁶

Así las cosas, la viabilidad de que por medio del arbitraje se conociera todo tipo de conflictos jurídicos entre el Estado y el individuo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa se limitaría a introducir cambios legislativos en relación con las materias objeto de arbitralidad, ya que el artículo 116 constitucional remite directamente a la ley. También el nuevo Estatuto Arbitral confirma normativamente en su artículo primero que mediante el arbitraje se solucionan controversias relativas a asuntos de libre disposición o ‘aquellos’ que la ley autorice,

²⁰⁶ MEJÍA MARTÍNEZ, *ibidem*, página 162.

dando aparentemente un amplio margen de regulación al legislador y de acción a la figura. Sin embargo, debe señalarse que esos cambios normativos serían la menor de las alteraciones, ya que la dificultad enorme consistiría en que la jurisprudencia nacional, fundamentalmente la de la Corte Constitucional, cambiara de percepción respecto a la figura y sus alcances.

E. NORMAS DE PROCEDIMIENTO EN MATERIA ARBITRAL. NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO – ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL Y CODIGO GENERAL DEL PROCESO.

Al momento de escribirse por primera vez este capítulo de la investigación, el Decreto 1818 de 1998 se encontraba en plena vigencia y era la normativa compilada en cuanto a Métodos Alternativos de Solución de Conflictos y, específicamente, en cuanto a Arbitraje se refería. Luego, en el año 2011, se expidió la Ley 1437, que regularía de manera novedosa lo contencioso administrativo en su parte procedimental; y como la materia objeto de este estudio es la normativa de carácter administrativo y sus relaciones con el arbitramento, resultó pertinente comparar estas dos cuerpos legales.

La abundancia de doctrina y jurisprudencia que se encontró respecto del Decreto 1818 de 1998 fue interesante; y si bien éste decreto no trataba de forma exclusiva el tema arbitral, las normas sobre esta materia contenían un procedimiento que resultó bastante desarrollado, comparable y acorde con las nuevas estructuras del proceso planteadas por el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo.

Recientemente se ha dado el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (contenido en la Ley 1563 de 2012), que regula *íntegramente* la materia de arbitraje –como así se indica en su artículo 119 de vigencia- y deroga en su totalidad el Decreto 2279 de 1989, los artículos pertinentes que en materia arbitral traían la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998, entre otros. Sin embargo, y tal y como se señala en su líneas finales, ésta Ley 1563 de 2012 sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia (12 de octubre de 2012), pero aquellos que ya se

encontraban en curso seguirán rigiéndose *hasta su culminación* por las normas anteriores; es decir, el Decreto 1818 de 1998.

En vista de lo anterior, considero que resulta útil conservar aquel análisis comparativo procedimental que se hizo entre el Decreto 1818 de 1998 y la Ley 1437 de 2011, pues de alguna forma, y dada la abundancia de doctrina y jurisprudencia que nutrió esas vigencias, aquella norma seguirá rigiendo hasta la culminación de todos los procesos arbitrales nacidos bajo su égida, como lo ordena el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

Adicionalmente, como producción legislativa procedimental reciente, se ha expedido el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) que toca de manera directa la materia arbitral en trece artículos, pero respecto al cual deben hacerse dos anotaciones: los asuntos arbitrales que trata son mayoritariamente competenciales y éstos entrarán en vigencia el 1º de enero de 2014 (a excepción de artículo 95, numeral 4º, que trata sobre la Ineficacia de la interrupción de la prescripción y operancia de la caducidad, que se encuentra vigente desde el 1º de octubre de 2012). De igual forma, y como ya se ha dicho varias veces, lo nutrido de una norma no son en sí los preceptos legales que contiene sino, también, los aportes e interpretaciones que a ella hacen la jurisprudencia y doctrina.

Finalmente, como es necesario, se comparará el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo con el Estatuto de Arbitraje Nacional.

1. NUEVO CODIGO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (LEY 1437 DE 2011) Y SUS SIMILITUDES CON EL ARBITRAJE DEL DECRETO 1818 DE 1998.

Dentro del análisis que para esta investigación se hizo de la Ley 1437 de 2011, por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificadorio del anterior Decreto Legislativo 01 de 1984, con sus múltiples reformas, se reafirmó claramente la útil idea (en los términos de la propuesta investigativa), plasmada por

Enrique José Arboleda Perdomo en la presentación de último libro, en el sentido de indicar que con esta reciente producción legislativa hay un ‘nuevo universo de lo administrativo’²⁰⁷

Y, en definitiva, el nuevo universo de lo administrativo, justificado en la reciente modificación normativa, se centró en varios aspectos que para la propuesta de una alternatividad arbitral en la justicia contenciosa administrativa cobra mucho sentido: la presencia de cambios experimentados por las relaciones sociales y los esquemas de gestión pública, el moderno modelo de globalización que ahora todo lo impregna, el desarrollo y aplicación de la tecnología informática a todas las áreas del derecho –incluyendo la jurisdicción contencioso administrativa- y, quizás la más importante, la adaptación que *debía* tener todo lo anterior a la nueva *concepción* constitucionalizada del derecho y del Estado social de derecho, así como de sus *principios, instituciones y funciones* administrativas y *jurisdiccionales*.²⁰⁸

Las modificaciones dadas con la reforma de la Ley 1437 de 2011 implicaron, también, en el sentir de Arboleda Perdomo y en el mío propio, un cambio en la concepción del juez de lo contencioso administrativo, producto de las modificaciones conceptuales ya introducidas por la Constitución de 1991, quienes ya ‘no pueden continuar limitando su trabajo a la defensa objetiva de la legalidad, sino que deben orientar sus poderes, ahora ampliados, y su ámbito de acción hacia la defensa’²⁰⁹ de los principios y finalidades que guían las actividades del Estado y de la función administrativa. En esta línea, el sentido de la reforma de la Ley 1437 de 2011 podría considerarse antidogmática y antiformalista, como se ha venido presentando este tema de investigación desde sus raíces.

²⁰⁷ ARBOLEDA PERDOMO, *ibídem*, página xxvii.

²⁰⁸ El autor señala que ‘Un segundo argumento para la expedición de un nuevo Código Contencioso Administrativo surge de los cambios producidos en nuestro ordenamiento constitucional, los cuales exigieron adecuar el vigente (D.L. 01 de 1984), redactado en el contexto organicista clásico de la Carta Política de 1886, a los nuevos mandatos de la Constitución de 1991 elaborada como un cuerpo normativo que tiene por centro al individuo y la defensa de sus derechos fundamentales, y en cuyo contexto las funciones públicas se identifican a partir de una serie de principios y finalidades, como los contenidos en su artículo 209 (...)//Por ello, desde el punto de vista funcional, el Estado, al cumplir de manera directa o indirecta, centralizada o descentralizada, con estructuras propias o a través de particulares sus cometidos o tareas, debe garantizar el respeto de los derechos de las personas y en general la realización de los principios y finalidades propios del Estado social de derecho, lo que en términos de administración pública supone la aplicación de modernas técnicas y métodos de gestión, así como la expedición de disposiciones necesarias para consolidar ese nuevo modelo de código.’ ARBOLEDA PERDOMO, *ibídem*, páginas xxvii y xxviii.

²⁰⁹ MEJÍA MARTÍNEZ, *ibídem*, página xxviii.

De la condición antidogmática y antiformalista de la reciente Ley 1437, podría iniciarse afirmando por la redacción de su artículo 3º, que los principios en él relacionados han sido ampliados generosamente, y no sólo puestos a punto con la tendencia de la Carta de 1991, pues como lo señala esta misma norma, los principios son para ‘las autoridades’ –dentro de las cuales se incluye al juez de lo contencioso administrativo- imperativos de interpretación y aplicación de las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos, siempre con el referente constitucional.

Como bien lo considera Arboleda Perdomo, lo más interesante del artículo 3º en comento es que él ‘ordena que los principios deben tenerse en cuenta para interpretar y aplicar las reglas jurídicas del código, de suerte que distingue claramente la función de los principios dentro de las *fuentes*²¹⁰ del derecho procedimental administrativo, pues en sí mismos no son normas, sino guías necesarias para interpretar las normas al momento de ser aplicadas’, pero sin que ello implique restringirlos a las demás funciones que según la doctrina cumplen los mismos dentro del derecho y en todo el sistema normativo, ya que ellos son asumidos como una orden ‘que se les da a las autoridades de tomar los principios en forma especial cuando vayan a aplicar e interpretar las reglas del procedimiento administrativo en las actuaciones que lleven a cabo’²¹¹ (Cursivas fuera de texto original)

²¹⁰ La importancia teórica-jurídica de los artículos 3 y 103 de la Ley 1437 de 2011 es inmensa. Si bien nuestra Constitución Política ya se había pronunciado, al disponer sobre la Rama Judicial, que los principios generales del derecho eran criterios auxiliares de la actividad judicial –sin declararlos como fuentes propiamente dichos- la primacía del imperio de la ley marca un rumbo de interpretación estrictamente legalista. Sin embargo, y ahora con esta ley de lo Contencioso Administrativo, y sin que se sobrepasen las previsiones constitucionales, es claro que el adjudicador del derecho deberá no sólo tener en cuenta ese rígido principio de legalidad sino que deberá consultar los principios que su misma normatividad le impone; es decir, le corresponderá ponderar (‘relación prioritaria condicionada en el caso individual’), puesto que el orden jurídico se ha complejizado. En este sentido se expresa Matthias Jestaedt, al hablar de la ponderación como paradigma del derecho (público) que: ‘Parecería que la mejor forma de describir los intereses que regularmente entran en conflicto de objetivos dentro de relaciones de derecho poligonales, es decir, que la mejor forma de describir un orden jurídico complejo, sería con ayuda de la teoría de la ponderación, según la cual no existen reglas abstractas y absolutas, sino (casi) únicamente relaciones de prioridad concretas y relativas.’ JESTAEDT, Matthias. *La Teoría de la Ponderación: sus fortalezas y debilidades*. En: *La Ponderación en el Derecho*. Eduardo Montealegre (Coord.) Universidad Externado de Colombia, 2008. Página 84 y 86.

²¹¹ ARBOLEDA PERDOMO, *ibidem*, página 11.

Si bien este cambio de percepción del estricto principio legalista, muy propio y acendrado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo de tiempos recientes pero ya pretéritos, pareciera referirse sólo a la función administrativa, el Nuevo Código de lo Contencioso Administrativo también manda que el juez de lo administrativo *debe* en la aplicación e interpretación de las normas del compilado normativo observar los principios constitucionales.

Y para lo que aquí nos interesa y se está proponiendo, el actuar del juez –administrativo-, en las competencias que son de su materia, al señalar el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 103 que ese ‘adjudicador’ del derecho en la aplicación de las normas de este código ‘deberá(n)’ observar los principios constitucionales y los del derecho procesal, nos está remitiendo de manera directa a la observancia de la primera y primordial garantía de cualquier esquema de administración de justicia del que se esté hablando: el cumplimiento del debido proceso (artículo 29 constitucional)

Aunque el tema de los principios ya fue tratado en el segundo aparte de este trabajo, no sobra anotar en estos momentos que la manera como se plantea la alternatividad del arbitraje para dirimir todo conflicto Estado-individuo ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa coincide de manera especial en el punto en que si bien el juez administrativo para adjudicar el derecho y seguir el procedimiento propio de su competencia lo que hace es observar las exigencias planteadas por el principio del debido proceso, el árbitro hace, y haría, en su ámbito, exactamente lo mismo como cumplimiento a la exigencia de dicha garantía constitucional y del derecho.

Es decir, tanto el juez administrativo como el árbitro –si fallase cualquier tipo de asuntos de carácter administrativo-, y siguiendo la exigencia articular de la nueva ley contenciosa administrativa de aplicar e interpretar las normas conforme al principio del debido proceso, a lo que tendría que dar aplicabilidad en su actividad de juzgamiento sería a todos aquellos elementos que conforman dicho principio o garantía procesal, es decir, aplicación sólo de normas preexistentes, legalidad en cuanto a las formas procesales, celeridad o economía

procesal, aportación de pruebas y posibilidad de contradicción, publicidad en las actuaciones, presunción de inocencia y cosa juzgada/Non bis in ídem.²¹²

Con la anterior lógica expresada está estructurada toda la segunda parte o contencioso administrativo de la Ley 1437 de 2011; esquema, marco teórico o modelo garantista de administración de justicia con el que también funciona cualquier procedimiento arbitral o de adjudicación del derecho, en términos generales.

Además, entre la Ley 1437 y el procedimiento arbitral se han encontrado otras tantas similitudes como consecuencia de ese ‘nuevo universo de lo administrativo’, las que de otrora ya practicaba el arbitraje a modo de mecanismo de administración de justicia.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos un procedimiento llevado a cabo casi enteramente en audiencias o etapas, es decir, en la eficiencia de la oralidad. Asimismo, las similitudes existentes entre el procedimiento contencioso administrativo de la Ley 1437 y el trámite arbitral (consignado normativamente en la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 del 7 de septiembre de 1998) son aquellas referidas a esa clase de arbitraje denominado legal.²¹³

²¹² PRIETO MONROY, Carlos Adolfo. *El proceso y el debido proceso*. Vniversitas, diciembre, número 106. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2003. Página 822.

²¹³ Una de las clasificaciones que tiene el arbitraje es de acuerdo con la forma de su funcionamiento, es decir, y de conformidad con lo preceptuado por el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998 ‘El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal’ Como lo indica el profesor Jorge Hernán Gil Echeverry, así como la ley misma, el arbitraje independiente ‘Es aquel en el cual las partes acuerdan libremente las reglas de procedimiento. Esta libertad de formas o de procedimiento acogida expresamente por el legislador coloca a Colombia a tono con la generalizada regla de la informalidad del arbitraje moderno internacional, tal como lo prevé la Ley Modelo de la Uncitral (artículo 19), el reglamento de la CCI (artículo 11), la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Convención de Nueva York. La libertad procesal implica que las partes, autónomamente, pueden disponer sobre: ° La forma de integración y nombramiento de árbitros, procedimiento para resolver impedimentos y recusaciones. ° La forma y contenido de la demanda arbitral, su contestación y reconvencción. °La forma de efectuar las notificaciones. ° La posibilidad de que el laudo no sea motivado. ° La posibilidad de que los árbitros fallen solamente atendiendo a las pruebas documentales o cualquier otra forma acelerada de arbitraje o *fasttrackarbitration*. ° La no protocolización del proceso arbitral; o la no publicación del laudo, sin autorización de ambas partes. ° La consagración de multas o cláusulas penales en contra de la parte que no cumpla el laudo, sanción que deberá formar parte del laudo mismo, como es usual en el derecho comparado. ° La libre admisibilidad y valoración de las pruebas, lo que les permite a los árbitros decidir sobre la pertinencia, relevancia y materialidad de las pruebas, aún apartándose de lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. ° La práctica inmediata de medidas cautelares o conservatorias sobre los bienes de los litigantes, sin necesidad de esperar a la primera audiencia de trámite. Establecer plena libertad en cuanto a las medidas cautelares que pueden tomarse y la forma de practicarlas. ° La consagración de un tribunal o corte arbitral de apelación, corporación que se encargará de resolver el recurso de anulación contra el laudo, derogando, de esta forma, la intervención del

Debe anotarse, que de conformidad con la nueva Ley Estatutaria de Justicia (Ley 1285 de 2009), lastimosamente, se pasó de la posibilidad de una forma de arbitraje legal abierta a otra forma de arbitraje legal completamente cerrada para cuando en él sea parte el Estado o alguna de sus entidades;²¹⁴ restricción dada incluso para los particulares, como lo determinó el estudio de constitucionalidad previo que del proyecto de ley se hizo por la Corte en la Sentencia C-713 de 2008.²¹⁵

Sin embargo, y no obstante lo anterior, las similitudes están ahora presentes y siguen siendo convenientes.

tribunal superior o del Consejo de Estado. ° La procedencia o improcedencia de recursos contra el laudo arbitral o la ampliación o restricción de los mismos o de sus causales. ° El establecimiento del denominado arbitraje virtual o arbitraje no presencial pero con medios electrónicos, disponiendo, verbigracia, que la demanda, su traslado y contestación se efectúen por *e-mail* en las direcciones electrónicas contenidas en el convenio arbitral, que las audiencias se realicen por vía teleconferencia (todas o algunas; que los testigos y las partes puedan declarar por videoconferencias; que las inspecciones judiciales y oculares puedan determinarse por teletransportación de los bienes o lugares o por medio de videos tomados de común acuerdo por las partes, etcétera. (...) Este sistema permitirá la rebaja sustancial de costos, cuando por voluntad de las partes existan árbitros de diferentes ciudades o países, realizando audiencias presenciales únicamente cuando sea estrictamente necesario, como en la práctica de pruebas. ° *Cualquier otra previsión que no atente contra el debido derecho a la defensa de ambas partes y la igualdad procesal*; por ejemplo: el término del traslado de la demanda y su contestación, el lugar del arbitraje, el idioma, establecer que el recurso de anulación se tramitará ante una corte de arbitraje nombrada en el mismo centro en donde se tramitó el proceso, disponer que la demanda se presente ante los árbitros previamente nombrados y no ante el centro de arbitraje. (...) b. Institucional. El arbitraje es institucional cuando las partes se someten a las reglas de procedimiento establecidas por un centro de arbitraje nacional y, además, el tribunal funcione en ese centro, que tendrá el carácter de administrador del proceso. (...) c. Legal. Es aquel que se desarrolla conforme con las normas vigentes, por no haberse remitido a un procedimiento especial (independiente) o a las reglas de arbitraje de un centro de arbitraje (institucional) el arbitraje legal es residual, es decir, opera sólo cuando las partes no han remitido a las reglas de una institución arbitral o no han diseñado su propio procedimiento, constituyéndose de esta forma en un elemento de la naturaleza del pacto arbitral. En el arbitraje legal resulta de forzosa aplicación lo dispuesto en el Estatuto Orgánico de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos y, en su defecto, en el Código de Procedimiento Civil.’ GIL ECHEVERRY, *ibidem*, páginas 51 a 58.

²¹⁴ Ver artículo 6 de la ley 1285 de 2009, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 270 de 1996.

²¹⁵ La Ley 270 de 1996, indicaba en su artículo 13, numeral 3° que: ‘Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.’ Pero por su parte, y se repite, lastimosamente para la institución del arbitraje, la Ley 1285 de 2009, en su artículo 6°, modificatorio del anterior artículo 13 citado, indicó: ‘Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.’ La Sentencia C-713 de 2008 puede ser consultada en la siguiente dirección electrónica: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/2008/c-713_2008.html#1

Es así como, entrando en materia, el procedimiento previsto en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (Decreto 1818 de 1998) es el de los procesos verbales de que trata el Código de Procedimiento Civil; la primera gran similitud la encontramos en la oralidad –como se dijo- con la que se manejan ambos procedimientos, sobre todo, teniendo en cuenta no sólo que desde hacía mucho tiempo atrás esto acontecía con el del arbitraje y también con la reforma de la Ley 1395 de 2010. La oralidad tiene como fin, ante todo, la celeridad de los procedimientos con los cuales se administra justicia, ventaja primordial y principal del arbitramento;²¹⁶ dicho sea de paso, reforma que también ha sido acogida para el Procedimiento Civil al eliminar los procesos ordinarios y abreviados, convirtiéndolos en verbal o verbal sumario, lo cual tiene importancia en la medida en que dicha compilación normativa sirve como sustento legal principal para llevar a cabo el procedimiento arbitral, tal y como lo indica el artículo 141 del Decreto 1818 de 1998.

La realización del trámite arbitral, al igual que el nuevo procedimiento contencioso administrativo, está dividido –con la diferencia de la previa determinación de la competencia de los árbitros y la instalación del tribunal de arbitramento- en tres etapas lógicas que son: una audiencia inicial o primera audiencia de trámite; las audiencias de pruebas y medidas cautelares y audiencia de alegaciones y juzgamiento o laudo arbitral (con decisión de recursos)²¹⁷

De tal manera, esa primera audiencia del procedimiento, prevista en el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, así como la audiencia inicial de que habla el artículo 180 de la Ley 1437 de 2001,

²¹⁶ Como lo indica el autor Gil Echeverry, una de las ventajas del arbitramento es la celeridad, pues, éste ‘(...) es una opción rápida para resolver cualquier conflicto de intereses, si se tiene en cuenta que el término para producir el fallo es el que las partes prevean; subsidiariamente, el término será de seis meses, contados a partir de la primera audiencia de trámite. Esta ventaja se presenta tanto para asuntos sencillos o complejos, que perfectamente podrían agotar la vida útil de un abogado, como ocurre en algunos procesos ordinarios o liquidaciones, tramitados ante la justicia ordinaria.’ GIL ECHEVERRY, *ibídem*, página 58.

²¹⁷ Sobre el particular, resulta de claridad meridiana la redacción del artículo 179 de la Ley 1437, cuando señala que para adelantar y decidir ‘todos’ los litigios de éste código se adelantarán tres etapas preclusivas, enumeradas de tal manera que de ellas ‘se desprende entonces que en el proceso se deben realizar tres audiencias: la inicial que culmina con el decreto de las pruebas, la probatoria para su recaudo, y la de alegaciones y fallo.’ ARBOLEDA PERDOMO, *ibídem*, páginas 272 y 274.

podrían resumirse que con ellas se pretende, principalmente, ‘precisar las causas del conflicto entre las partes, con el fin de centrar el debate probatorio y la sentencia’²¹⁸ (laudo)

La citación a esa primera audiencia inicial o de trámite se hace mediante auto, en el que se expresará la fecha, hora y lugar (para el caso del arbitraje)²¹⁹ en que habrá de realizarse.

Debe anotarse en estos momentos que tanto en el nuevo procedimiento contencioso administrativo como en el arbitral, se prevé la realización de una audiencia de conciliación para instar a las partes a buscar un acuerdo amistoso;²²⁰ con la diferencia de que en aquel la audiencia de conciliación se lleva a cabo en la audiencia inicial mientras que en éste se realiza previamente a la primera audiencia de trámite.

La audiencia de conciliación de que tratan los artículos 161 y 180 de la Ley 1437 de 2011, así como la del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998 son esencial, típica y coincidentemente lo que podrían denominarse prejudiciales. A saber, la del artículo 161, hace referencia al agotamiento del requisito de procedibilidad para demandar en asuntos en los que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y

²¹⁸ ARBOLEDA PERDOMO, *ibidem*, página 274.

²¹⁹ En la etapa de instalación del tribunal y trámite inicial debe tenerse en cuenta que ‘La dirección del lugar de funcionamiento del tribunal, en el caso de los tribunales institucionales, será la misma donde opere el centro de arbitraje; en los arbitramentos no institucionales, los árbitros podrán fijar el sitio o lugar de su conveniencia, e inclusive decidir que funcione en la sede de un centro de arbitraje.’ BEJARANO GUZMAN, Ramiro. *Procesos Declarativos. Cíviles, agrarios, de familia, arbitramento. Acciones populares y de grupo. Ley de conciliación*. Cuarta edición. Temis, Bogotá - Colombia, 2008. Página 482.

²²⁰ No corresponde aquí decir en detalle los argumentos que la Corte Constitucional expresó en la Sentencia C-1038 de 2002 y por medio de la cual se declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998; aunque, como lo expresa Gil Echeverry, la Corte Constitucional respecto a esa audiencia de conciliación en el trámite arbitral ‘no ha declarado su inconstitucionalidad pero sí la cambió de lugar. Los originales artículos 121 y 122 de la Ley 446 de 1998 la situaban en el denominado trámite inicial y previo a la instalación del tribunal de arbitramento (etapa prearbitral). (...), al no ser inconstitucional la audiencia de conciliación como trámite inicial, la Corte encontró que, en todo caso, ésta debía surtirse después de la instalación del tribunal: (...) la audiencia de conciliación se debe citar por los árbitros, después de haberse surtido el trámite correspondiente a la admisión y traslado de la demanda principal y de reconvenición, si fuere el caso, pero previamente a la primera audiencia de trámite. La razón es la siguiente: lo referente a la admisión de la demanda y su notificación así como la conciliación, forman parte de la etapa inicial –antes conocida como prearbitral–; etapa que finaliza precisamente con la audiencia de instalación. Por otra parte, para que los árbitros cumplan a cabalidad su función de conciliadores y puedan incluso proponer fórmulas de avenimiento, se hace indispensable que conozcan el contenido de la demanda y su contestación. (...) La audiencia de conciliación señalada en el proceso arbitral constituye una verdadera *audiencia prejudicial* que se rige básicamente por los mismos preceptos contenidos en la Ley 23 de 1991. En otras palabras, esta audiencia de conciliación es una *típica conciliación en centro de conciliación* o conciliación extrajudicial.’ GIL ECHEVERRY, *ibidem*, páginas 195 y 196.

controversias contractuales; en los demás asuntos podrá –con sentido potestativo por parte del adjudicador de lo contencioso administrativo- adelantarse la conciliación siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida; es decir, es una conciliación de tipo *extrajudicial*.

De igual manera, y en cuanto al artículo 180, llaman la atención sus expresiones ‘posibilidad de conciliación’ y ‘el juez podrá invitar a las partes’, lo cual contrasta con la expresión del artículo 101 del C.P.C. que para los procesos ordinarios y abreviados mandaba obligatoriamente al juez a citar a los demandantes y demandados para concurrir a audiencia de conciliación y que parecía aplicarse a los procedimientos arbitrales de conformidad con el mandato del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998. Si bien las tipologías del proceso ordinario y abreviado desaparecieron como modalidad de los procesos declarativos del Código de Procedimiento Civil a partir del 1º de enero de 2011 (Ley 1395 de 2010), y a los procesos arbitrales le son aplicables las normas del proceso verbal, no obstante la modificación del actual artículo 432 del C.P.C., la audiencia de conciliación que se surte en el arbitramento sigue siendo sustancialmente distinta de la conciliación prevista en el artículo 101 del C.P.C., es decir, de carácter *prejudicial*.²²¹

103

Luego de la realización de la audiencia de conciliación y en el caso de que no haya conciliación, pues de lo contrario terminaría tanto el proceso contencioso administrativo como el trámite arbitral, procede –comparativamente hablando- la primera audiencia inicial o primera de trámite.

²²¹ Sobre este particular, y para claridad sobre el tema, sirven las afirmaciones de Gil Echeverry en el sentido de indicar: ‘La conciliación en el proceso arbitral fue definida como previa a las actuaciones jurisdiccionales propiamente dichas del mismo tribunal arbitral, el cual solamente asumirá competencia en la primera audiencia de trámite; audiencia que solamente se llevará a cabo si fracasa la conciliación. Por esta razón no se concibió en los mismos términos del artículo 101 del CPC.//(...) consideramos que la conciliación prearbitral constituye una simple audiencia de conciliación en la cual el tribunal arbitral cumple funciones de conciliador, y no puede imponerles sanciones a los inasistentes. No cuenta con facultades para: sanear el proceso; fijar los hechos del litigio, las pretensiones y excepciones de fondo; interrogar a las partes o declarar la perención del proceso; inferir la calidad de indicios graves en contra de la parte inasistente o tener por ciertos los hechos de la demanda. Estas sanciones y estos calificativos, no los puede efectuar el tribunal arbitral en razón de que *lo referente a la audiencia de conciliación y sus efectos es un asunto que forma parte del trámite prearbitral inicial y cuya etapa ya se encuentra precluida*, cuando el tribunal asume su propia competencia. En todo caso, por tratarse de normas sancionatorias, no es posible aplicar analógicamente y extensivamente estos preceptos.’ GIL ECHEVERRY, *ibídem*, páginas 197 y 203.

De conformidad como lo señala Arboleda Perdomo, en sus comentarios a la Ley 1437 de 2011, ‘El artículo 180 regula la audiencia inicial, la cual se deberá realizar una vez haya concluido el trámite correspondiente a la contestación de la demanda o de la de reconvencción, incluyendo el traslado secretarial de las excepciones y del dictamen pericial si los hubiere. Esta audiencia cumple varias funciones dentro del proceso, siendo la principal la de precisar las causas del conflicto entre las partes, con el fin de centrar el debate probatorio y la sentencia.’²²²

Como lo expresa el artículo en mención, aquí se indica la oportunidad para la realización de la misma, los intervinientes, el aplazamiento de la misma, las consecuencias de la inasistencia, el saneamiento que debe realizar el juez para evitar sentencias inhibitorias, la decisión de las excepciones previas, la fijación del litigio, la posibilidad de la conciliación, las medidas cautelares y el decreto de pruebas (fijando la fecha para la evacuación de éstas, es decir, la audiencia de pruebas)

Continúa Arboleda Perdomo manifestando que: ‘La norma busca un diálogo directo del juez con las partes alrededor de dos temas: los hechos y los extremos de la demanda. En relación con los hechos, la existencia de un acuerdo total o parcial sobre la veracidad de ellos, permite racionalizar la prueba, pues únicamente se decretarán aquellas que busquen demostrar los hechos en los que no se está de acuerdo, y además los extremos de la demanda, entendiéndose por tal la exigencia o reclamación que el demandante le hace al demandado, y la oposición a esa exigencia, pues estos extremos limitan al juez en la sentencia en razón del principio de congruencia. La fijación del litigio es un acto del juez encaminado a hacer más eficiente su labor al concretar los hechos que deben ser probados y los puntos litigiosos.’²²³

‘Por último, el juez deberá fijar la fecha y la hora para la realización de la audiencia de pruebas, salvo que no haya pruebas para practicar o que el caso sea de puro derecho, situaciones en que podrá dar traslado para alegar de conclusión, y expedir la sentencia con base en la facultad que

²²² ARBOLEDA PERDOMO, *ibidem*, página 274.

²²³ ARBOLEDA PERDOMO, *ibidem*, página 276.

le otorga el artículo 179 *in fine*, o determinará la fecha y a hora para la audiencia correspondiente.²²⁴

En cuanto a la primera audiencia de trámite del procedimiento arbitral, debe anotarse previamente, y comparándola con la audiencia inicial del nuevo proceso contencioso administrativo, que la primera definición que el juez hace en éste –al tramitar la demanda– es dilucidar, al menos en principio, sobre su competencia para decidir el asunto planteado, en caso de que éste corresponda a otra jurisdicción o a otra autoridad judicial contencioso administrativa.²²⁵

Ahora bien, esa primera audiencia del proceso arbitral ‘reviste cardinal importancia, no sólo por todo lo que en ella debe ocurrir, sino también porque a partir de su finalización empieza a computarse el término de duración del proceso, (...)’²²⁶; pero una vez abierta la audiencia se deben agotar las fases de: lectura del pacto arbitral y de las cuestiones materia del litigio, examinar la competencia, decretar las pruebas de oficio o a petición de parte y señalar fecha y hora para nueva audiencia (desde la cual empiecen a practicarse las pruebas decretadas por el árbitro o tribunal arbitral)²²⁷

Tanto en el procedimiento contencioso administrativo como en el trámite arbitral la audiencia inicial o la primera audiencia de trámite, respectivamente, finaliza con el decreto de las pruebas y el señalamiento de la fecha y hora para que tenga lugar una nueva audiencia, la de pruebas.

El artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, ‘regula la audiencia para recibir las pruebas decretadas en la audiencia inicial, organizando la manera como ha de realizarse, remitiendo a las reglas generales la práctica de las pruebas’²²⁸ –es decir, las del C.P.C.– ‘y, por último, definiendo cómo se lleva a cabo la citación para los alegatos de conclusión y el fallo.’²²⁹

²²⁴ ARBOLEDA PERDOMO, ídem, página 277.

²²⁵ ARBOLEDA PERDOMO, ídem, página 261.

²²⁶ BEJARANO GUZMAN, Ramiro. *Procesos Declarativos. Civiles, agrarios, de familia, arbitramento. Acciones populares y de grupo. Ley de conciliación*. Cuarta edición. Temis, Bogotá - Colombia, 2008, página 487.

²²⁷ BEJARANO GUZMÁN, íbidem, páginas 487 y 488.

²²⁸ ARBOLEDA PERDOMO, íbidem, página 278.

²²⁹ ARBOLEDA PERDOMO, íbidem, página 278.

Esta audiencia de práctica de pruebas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo, de acuerdo a lo que ordena la ley, debe practicarla el juez o magistrado ponente del tribunal o del Consejo de Estado, según el caso. La audiencia debe hacerse en forma continua, sin interrupciones, aunque puede abarcar varios días consecutivos sin que exceda de quince; todo lo anterior busca darle cumplimiento al principio procesal de concentración del procedimiento y de la recepción de las pruebas, garantizando, además, el de inmediación por parte del juez o magistrado.²³⁰

Esa audiencia de pruebas finaliza con la ‘citación para la audiencia de alegatos de conclusión y expedición de la sentencia.’²³¹

Como quiera que ‘un árbitro es también un juez’²³², como textualmente lo expresa Bejarano Guzmán, en el procedimiento arbitral la práctica de las pruebas está sujeta a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil, las normas contenidas en la Ley 446 de 1998 y el Decreto 2651 de 1991²³³, puesto que al tribunal arbitral se le conceden ‘las mismas obligaciones y facultades que un juez ordinario.’²³⁴

Al igual que como ocurre con la audiencia inicial del nuevo procedimiento contencioso administrativo, el ‘artículo 151 del decreto 1818 de 1998 dispone que el decreto y práctica de las pruebas lo hará el tribunal “en pleno”, lo cual sólo puede significar que cuando sea colegiado, todos los árbitros deben suscribir la providencia que decreta una prueba, y además estar presentes en su práctica.’²³⁵ Esta audiencia puede ser compuesta, es decir, que el tribunal convoque a todas las audiencias que sean necesarias para la práctica de las pruebas, con o sin la participación de las partes, pero garantizándose –también– los principios de concentración e inmediación de la prueba.²³⁶

²³⁰ ARBOLEDA PERDOMO, ídem, página 278.

²³¹ ARBOLEDA PERDOMO, ídem, página 279.

²³² BEJARANO GUZMÁN, ibídem, página 490.

²³³ Así lo indica textualmente el artículo 153 del Decreto 1818 de 1998.

²³⁴ BEJARANO GUZMÁN, ibídem, página 490.

²³⁵ BEJARANO GUZMÁN, ibídem, página 490.

²³⁶ BEJARANO GUZMÁN, ibídem, página 489.

Igualmente, ‘evacuadas todas las pruebas, el tribunal convocará a la audiencia de alegatos, permitiendo a cada parte el uso de la palabra hasta por una hora. Si una parte está integrada por varias personas, no se concederá una hora a cada una, sino una hora para todas.’²³⁷ Esto de conformidad con lo previsto en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998.

Finalmente, se llega en este esquema lógico de un procedimiento llevado a cabo en tres etapas a la última de ellas que es la audiencia de alegaciones y juzgamiento o laudo.

Como antes se ha dicho, en la audiencia de alegaciones del procedimiento arbitral las partes cuentan hasta con una (1) hora cada una para que el tribunal oiga sus alegaciones; por su parte, en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se prevé una duración de 20 minutos para cada uno de los que pueden intervenir en dicho momento, primero, el demandante, seguidamente, los terceros de la parte activa –de haberlos-, luego el demandado y, finalmente, los terceros de la parte pasiva –también de haberlos-; de igual manera puede intervenir el Ministerio Público, cuando éste a bien lo tenga. Lo cual daría, en caso de participación de todos los aquí mencionados, una duración total de una (1) hora y (40) cuarenta minutos.

Debe anotarse que en el procedimiento arbitral cobra trascendental importancia la finalización de la primera audiencia de trámite, pues es a partir de este momento que se cuenta el plazo de 6 meses que tiene el tribunal para proferir el fallo, sin en el pacto arbitral no se ha fijado nada diferente; aunque ese término lo pueden prorrogar las partes las veces que quieran siempre y cuando no exceda la prórroga los 6 meses.²³⁸ He aquí un punto interesante porque además de la oralidad que da bastante agilidad a la administración de justicia, tener un tiempo perentorio

²³⁷ BEJARANO GUZMÁN, *ibídem*, página 491.

²³⁸ Como lo expresa Bejarano Guzmán, ‘(...)’, el espíritu de esta norma es el de que los procesos arbitrales no duren más de un año. Por eso encontramos censurable el mecanismo frecuente en los tribunales de arbitramento, por medio del cual las partes y apoderados en vez de acordar prórrogas, acuden a la suspensión de común acuerdo del proceso, provocando en la práctica que tarde más de un año en decidirse. En nuestra opinión, ese mecanismo de la suspensión es una trampa al espíritu de la disposición y contrario a la filosofía misma del arbitramento, y por ello sería conveniente extender a la suspensión del proceso, la prohibición que hoy rige en cuanto a las prórrogas, para que no exceda de seis meses.’ BEJARANO GUZMÁN, *ibídem*, página 489.

dentro del cual se ‘debe’ fallar le imprime un carácter de prontitud que aligera mucho los términos.

Por su parte, y con un sentido de mucha agilidad procesal y procedimental, se dio la reforma al Código Contencioso Administrativo que al referirse a la audiencia de alegatos de conclusión y expedición de la sentencia estableció la regla general consistente en que deben hacerse en audiencia, ‘convocada dentro de un lapso no mayor a veinte días después de terminada la de pruebas, en la que se oirá a las partes y se pronunciará el fallo, (...)’²³⁹ audiencia regulada por el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011. ‘Sin embargo, el juez o magistrado ponente, *por considerarla innecesaria*, podrá ordenar que los alegatos de conclusión los presenten las partes y el Ministerio Público por escrito dentro de los diez días siguientes a la audiencia de pruebas, *caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento de aquel concedido para presentar alegatos.*’²⁴⁰

Aunque el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo no indique en tiempo exacto – como sí se hace para el arbitramento en las normas que lo regulan- la duración máxima del proceso contencioso administrativo, resulta claro que con una previsión legal como la del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 se le imprime un carácter de celeridad no sólo al proceso mismo sino a esta jurisdicción anquilosada en un procedimiento armado conforme a una lógica legalista y tradicionalista.

Como lo señalara Arboleda Perdomo al referirse en el contexto de la reforma a aquellos factores de distinta índole que hicieron que fuera absolutamente necesaria la expedición de un nuevo código de procedimiento, uno de ellos fue la congestión judicial que presentaban los distintos despachos de la jurisdicción contencioso administrativa por el aumento de la demanda en los juzgados y tribunales frente a una oferta prácticamente congelada. ‘Pero indudablemente las principales causas de congestión, para cuya solución el Código trabaja con nuevas regulaciones, son: a) La inoperancia de muchos procedimientos administrativos; b) La

²³⁹ ARBOLEDA PERDOMO, ídem, página 279.

²⁴⁰ ARBOLEDA PERDOMO, ídem, página 279.

obsolescencia de los procedimientos judiciales frente a los nuevos esquemas de la oralidad; y, c) La falta de debida aplicación de las nuevas tecnologías informáticas.²⁴¹

Al igual que en trámite arbitral, el proceso contencioso administrativo se lleva a cabo en audiencias y diligencias de las cuales quedan registros escritos, como lo indica el artículo 183 de la Ley 1437 de 2011; esto guarda una estrecha relación con una cultura jurídica conservadora que se moderó con el nuevo esquema de oralidad; sin embargo, como lo indica Arboleda Perdomo, ‘La tradición colombiana ha sido de expedientes escritos en los que se consignan las actuaciones de las partes y del juez, teniendo como consecuencia práctica el que se limite la decisión judicial a lo que se encuentre asentado en el expediente, de suerte que todo lo que pudiese ocurrir en una audiencia que no esté consignado por escrito no puede ser utilizado por el juez para su decisión. Este hecho tiene efectos positivos para la Administración de Justicia, pues permite que cualquier persona pueda leer el expediente en cualquier tiempo y rehacer el juicio, facilitando las apelaciones, pero también favorece la extemporaneidad de los fallos y la congestión, (...)’²⁴²

109

Medidas cautelares

No podría dársele cierre a este capítulo sobre el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo y sus similitudes con el arbitraje del Decreto 1818 de 1998 sin hacerse directa mención al tema de las medidas cautelares.

La cuestión de las medidas cautelares cobra especial importancia para ser comparada entre el proceso arbitral y el contencioso administrativo porque al igual que lo relativo al tipo de asuntos que pueden conocer los árbitros y los jueces, el uso que puede hacerse de ellas ha estado bajo cuestionamiento cuando de tribunales de arbitramento se trata, debido a la comparación que se hace de los poderes de *imperium* y *jurisdictio* entre árbitros y jueces.

²⁴¹ ARBOLEDA PERDOMO, ídem, página xxix

²⁴² ARBOLEDA PERDOMO, íbidem, página

El decreto y práctica de medidas cautelares en procesos arbitrales sólo fue autorizada en 1989, al expedirse el Decreto 2279 de este mismo año, artículo 32 (hoy artículo 152 del Decreto 1818 de 1998), cambiándose completamente el sistema, ‘de manera que de la prohibición de decretar y practicar medidas cautelares se pasó a permitir las, (...)’²⁴³

‘Desde el punto de vista conceptual, la práctica de una medida cautelar en cualquier proceso, y en ello debe comprenderse el arbitral, tiene por objeto siempre el mismo: asegurar el cumplimiento de la sentencia que habrá de proferirse.’²⁴⁴ (...) la facultad de decretar y practicar medidas cautelares no deriva del acuerdo de las partes, sino de la función jurisdiccional que cumple todo arbitramento, así sea ella transitoria.’²⁴⁵ Esta afirmación es importante, pues

²⁴³ Como recuento histórico interesante, Bejarano Guzmán afirma en esta obra que ‘En relación con el tema de las medidas cautelares, los numerales 11 de los artículos 671 del Código de Procedimiento Civil y 2019 del Código de Comercio, expresamente prohibieron su decreto y práctica en el proceso arbitral. Esta prohibición debió obedecer a la conclusión adoptada por el tribunal de arbitramento integrado por Ricardo Hinestrosa Daza, Darío Echandía y Antonio Rocha, que al respecto sostuvo “el fundamento de las atribuciones de los árbitros está en la facultad dispositiva que tienen las partes sobre los derechos que someten a su decisión. Y por esto la ley exige que éstos tengan capacidad para transigir sobre tales derechos. Pero sobre el derecho público los particulares no pueden transigir. Si en un contrato de transacción las partes convinieran, por ejemplo, en que sea embargado un bien perteneciente a una de ellas, ese contrato no tendría, por sí solo, el efecto de sacar del comercio el bien que se conviene embargar, sino que sería necesario, además, obtener el decreto del poder público para hacer efectivo dicho embargo”. Y además se agregó: “Si las partes no tienen la facultad de embargar, tampoco se la pueden dar a los árbitros, por virtud del compromiso arbitral, porque nadie puede dar lo que no tiene”. (...) ‘Fue desatinada la conclusión de tan excepcional tribunal de arbitramento como lo sostuvimos desde antes de la reforma de 1989 “pues si el Estado permite a los particulares que desconozcan a su propia justicia para acudir a otra forma de jurisdicción, sin que con ello sufra disminución el poder público, con mayor razón debe permitirse, por lo menos, el decreto de las medidas cautelares autorizadas para los procesos ordinarios, del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil. (...)’ BEJARANO GUZMÁN, *ibidem*, página 502.

²⁴⁴ Como lo señalara Eduardo Silva Romero, en su artículo ‘*Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro*’, el fundamento del arbitraje es pragmático, aunque la implementación de las medidas cautelares en esta figura ha sido bastante controversial; sin embargo, el arbitraje, como mecanismo que ha de ser ‘rápido, razonablemente económico y eficaz de resolución de desavenencias’, debe estar orientado a que las decisiones de sus árbitros puedan ser protegidas desde antes que se dé el laudo y posteriormente ejecutadas. Como lo explica este doctrinante, la eficacia del arbitraje depende de la eficacia de las medidas cautelares que puedan ser tomadas durante el arbitramento. Aunque, no sobra anotar, que este doctrinante ve un límite en el ejercicio que hacen los árbitros al decidir sobre medidas arbitrales, así: ‘De aceptar, de un lado, los inexorables límites a la posibilidad que tienen los árbitros de adoptar medidas cautelares eficaces, debemos concluir que la eficacia de medidas cautelares y por ende la eficacia esencial del arbitraje dependen directa y enteramente de la intervención / deseada “cooperación” de los jueces estatales. El diálogo entre la comunidad del arbitraje y los jueces forma un corolario necesario.’ SILVA ROMERO, Eduardo. ‘*Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro*.’ II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje – El Arbitraje y la Jurisdicción, Madrid, 17-19 de junio de 2007. Páginas 1, 2 y 17.

En:

http://www.clubarbitraje.com/files/docs/Adopcion_de_Medidas_Cautelares_por_el_Juez_y_por_el_Arbitro._Eduardo_Silva.pdf

²⁴⁵ BEJARANO GUZMÁN, *idem*, página 502.

asimila hasta en estos aspectos –como se ha tratado de mostrar durante todo este trabajo investigativo- al juez con el árbitro, pues al fin y al cabo lo que ambos cumplen es una función de decir el derecho respecto al caso que se les ha presentado a su consideración.²⁴⁶

En el proceso arbitral, las medidas cautelares tienen principalmente la siguiente caracterización, traída por el artículo 152 del Decreto 1818 de 1998:

- Deben ser pedidas por cualquiera de las partes.
- El tribunal arbitral las puede decretar al asumir su propia competencia o en cualquier momento del curso del proceso.
- La medida decretada por el tribunal arbitral debe recaer sobre el dominio u otro derecho real principal, de bienes muebles o inmuebles, o sobre una universalidad de bienes.
- Las medidas a decretar son la inscripción del proceso –en cuanto a bienes sujetos a registro- y el secuestro de bienes muebles –prestando caución al respecto-.²⁴⁷ Sin

²⁴⁶ En este sentido, cuando la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del artículo 32 del Decreto 2279, en la Sentencia C-431 de 28 de septiembre de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, manifestó: ‘Así entonces, si el juez en su tarea de administrar justicia goza de la facultad de decretar medidas cautelares, lo puede hacer también el árbitro al ser investido del poder de administrar justicia. De la misma manera, se pronunció el señor Procurador General de la Nación, quien expresó que “puesto en movimiento el procedimiento arbitral y en consecuencia el recorrido que la ley le prescribe, en ningún caso puede ser modificado por convenio entre las partes como garantía del principio constitucional del debido proceso. En este itinerario, el árbitro, particularmente investido por la ley de la majestad del juez como sustituto autorizado por éste, artículos 116 y 29 superiores, tiene por esta razón los mismos deberes, poderes y facultades de los jueces civiles, en particular de los del circuito a quienes se asimila por mandato legal. (...) En relación con las medidas cautelares, se les ha concebido como actos o instrumentos propios del proceso, mediante los cuales el juez está en condiciones de adoptar las medidas necesarias, en orden a garantizar la satisfacción de un derecho material, o para su defensa a lo largo del proceso. Tienen, entonces, un carácter típicamente instrumental y provisional en cuanto a su vigencia, aunado a su naturaleza jurisdiccional, respecto al acto del juez conductor del proceso. Así, al decretar el árbitro medidas cautelares, lo único que está haciendo es uso del poder de coerción con miras a lograr la efectividad de su decisión al hacerlo; en ningún momento está usurpando ninguna competencia que le corresponde en forma privativa y excluyente a la justicia ordinaria. (...) en virtud a lo anterior, estima la Corte Constitucional que al ser investidos –transitoriamente- los árbitros de la función de administrar justicia, es lógico, consecuente y ajustado al ordenamiento superior y legal vigente, que los árbitros dentro del trámite y curso del proceso arbitral -a petición de cualquiera de las partes-, puedan decretar las medidas cautelares, particularmente cuando su finalidad no sólo es la garantía del equilibrio entre las partes en el transcurso y desarrollo del proceso, sino también evitar que se hagan nugatorias las determinaciones que se adopten, por lo que las normas que se examinan se encuentran conformes con la Carta Política.’ (Cursivas fuera de texto original) Documento también citado por Jorge Hernán Gil Echeverry, Op.cit página 421.

²⁴⁷ Cabe mencionar en este aparte, como comentario de nota al pie de página, el aspecto de que cuando la medida cautelar es la inscripción del proceso, el Decreto 1818 de 1998 no exige prestar caución. Sobre el particular, resultan importantes los comentarios del profesor Ramiro Bejarano al señalar que éste requisito sí era exigido en el proceso ordinario –ahora convertido en proceso verbal y verbal sumario por disposiciones de la Ley 1395 de

embargo, en opinión de Bejarano Guzmán, ésta regulación no excluye el decreto y práctica de otras medidas cautelares, pues en su concepto la intención del artículo 152 del Decreto 1818 era reglamentar éstas dos específicamente; permitiéndose todas aquellas que se estructuraran bajo los requisitos del estatuto procesal civil.²⁴⁸

Por su parte, y con una concientización similar –aunque con mayor dimensión- a la mostrada por las normas y algunas interpretaciones doctrinales existentes en materia de medidas cautelares para el proceso arbitral, la Ley 1437 de 2011, las caracterizó de la siguiente manera:

2010-, pero nada se indicó al respecto del proceso arbitral. ‘La circunstancia de que para el decreto de la inscripción de la demanda en el proceso ordinario, el artículo 690 del estatuto procesal civil exija al peticionario la prestación de caución previa, no puede significar que tal carga debe atenderse en el proceso arbitral. (...) Si el legislador consideró que la medida de inscripción del proceso en el arbitramento, debía quedar idéntica a la inscripción de la demanda en la forma reglada en el Código de Procedimiento civil, pero en los términos vigentes antes de la reforma introducida por el decreto 2289 de 1989, tal determinación no puede ser modificada por vía de interpretación.//Finalmente, agreguemos que en materia de cauciones el juez solo puede exigir las que ordene prestar el Código de Procedimiento Civil, según lo previsto en el artículo 678. Es decir, el criterio es el de que el juez solo puede exigir caución cuando expresamente así lo indica la ley, y nunca acudiendo a otros criterios, por bien intencionados que parezcan. Así las cosas, si el artículo 32 del decreto 2279 de 1989, reformado por el artículo 109 de la ley 23 de 1991, hoy artículo 152 del decreto 1818 de 1998, no exige la prestación de caución para que se ordene la inscripción del proceso, los árbitros no pueden condicionar su decreto a que se cumpla tal carga.’ BEJARANO GUZMÁN, ídem, página 504.

²⁴⁸ En este aspecto en concreto, Bejarano Guzmán cita y comparte ‘los términos de la decisión adoptada el 28 de febrero de 1994 por el tribunal de arbitramento de Inversora Ulloza Ltda. contra Inversionista Fresno S.A. y Cía. S. en C., integrado por los juristas Hugo Roldán Villa, Humberto Raffo Rivera y Francisco Chaves Cajiao que al respecto sostuvo: “Considera el tribunal que la expresión <<podrán decretarse medidas cautelares>>, es una norma general y absoluta, que consagra la admisión de tales medidas en todo proceso arbitral. Ahora bien, cuando el legislador fija el procedimiento a seguir en los casos en que la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal no significa que limite a tales casos las medidas cautelares susceptibles de ordenar en los procesos arbitrales, sino que se concreta a reglamentar una situación especial. Es preciso observar, en efecto, que el texto del mismo artículo 32 en comentario reza <<cuando la controversia recaiga sobre dominio, etc.>>. La palabra <<cuando>> es necesario interpretarla en el sentido de que el legislador consideró oportuno fijar reglas con respecto a determinado caso, sin que por el solo hecho de no referirse a otros eventos deba deducirse la aceptación de apenas una sola medida cautelar. La palabra <<cuando>> bien puede ser reemplazada por la expresión <<en el caso en que>>, entre los muchos otros casos que a juicio del legislador no requerirían el señalamiento de procedimientos o reglamentos especiales. Y es que [sic] constituiría una falta de *synderesis* pensar que la ley restringió las medidas cautelares a una sola, siendo que a través del proceso arbitral pueden dirimirse los más variados e innumerables conflictos o controversias, distintos de los que versan sobre dominio u otro derecho real principal radicados en muebles e inmuebles. Para muestra, este tribunal está en presencia de un conflicto que recae sobre la validez de las decisiones adoptadas por una junta de socios, proceso en el cual la propia ley, el inciso 2º del art. 421 del Código de Procedimiento Civil, prevé como medida cautelar la suspensión de los actos impugnados...>>” La decisión que hemos transcrito nos parece correcta y por ello, además de acogerla sin reparo alguno, invitamos a todos los tribunales de arbitramento a que acudan a la misma, porque insistir en la restricción aparente del artículo 152 del decreto 1818 de 1998, es desconocer que la finalidad de toda medida cautelar es la de asegurar el cumplimiento de un hipotético fallo favorable, sea que éste se profiera por un juez ordinario o por árbitros, en un proceso ordinario o en cualquier otro.’ BEJARANO GUZMÁN, íbidem, páginas 505 y 506.

- Procede en todos los procesos declarativos que se adelanten ante dicha jurisdicción, así como en aquellos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los de tutela.
- Proceden sólo a petición de parte.
- Las medidas cautelares se pueden decretar en cualquier estado del proceso, incluso en la segunda instancia, siendo esto es una innovación de la Ley 1437 de 2011 frente al *derecho procesal tradicional*.
- El juez o magistrado contencioso administrativo debe motivar la providencia que decreta la medida cautelar.
- Las medidas cautelares a decretar son todas aquellas, de cualquier clase o tipo, que se consideren necesarias para proteger y garantizar –provisionalmente- el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. En términos generales se exige prestar caución al solicitante de la medida, salvo ciertos casos puntuales.

Luego de hacer los enlistamientos anteriores, resulta interesante observar la transformación que en materia del procedimiento contencioso administrativo ha tenido el tema de las medidas cautelares, y su acercamiento con el esquema usado en una norma pretérita del procedimiento arbitral. Particularmente, la percepción al respecto es que frente a una Administración pública completamente empoderada a través de medios concretos como el acto, el hecho, la omisión o el contrato administrativo, la función de la jurisdicción contenciosa administrativa –y su típico control a la Administración a través de las acciones judiciales descritas en el Decreto Ley 01 de 1984- estaba en mora de tener y ejercer una potestad de carácter preventivo frente a las actuaciones de las autoridades: a través de las medidas cautelares.²⁴⁹

Pasar, prácticamente, de la única medida cautelar consistente en la suspensión provisional del acto administrativo a un abanico de posibilidades cautelativas como las planteadas por el artículo 229 del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo ha sido algo más que un gran

²⁴⁹ ARBOLEDA PERDOMO, *ibidem*, página 337.

avance; en realidad, un cambio de paradigma en el verdadero papel del juez administrativo, dándole a éste nuevos y mayores poderes.²⁵⁰

Como lo expresa Arboleda Perdomo, el propósito de las medidas cautelares contempladas en el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo no es sólo hacer de éstas el cumplimiento efectivo del principio constitucional del acceso a la justicia sino aumentar las facultades de acción del juez contencioso administrativo con miras a controlar más eficientemente el actuar de la Administración.²⁵¹

Entonces, si vemos comparativamente esta institución procesal (medidas cautelares) tanto en el procedimiento arbitral del Decreto 1818 de 1998 como en el contencioso administrativo, se denota una gran similitud de propósito y sentido, mas -en apariencia- no de alcance; fácilmente observable por el enlistamiento antes realizado.

Sin embargo, se observa un distanciamiento, propio de lo reciente de la expedición de la Ley 1437 de 2011, previendo ésta obviamente un tipo de derecho más vanguardista frente a lo que en este tema contempla el Decreto 1818 de 1998.

114

La diferencia en apariencia consiste en que si se comparan qué tipo de medidas cautelares se pueden decretar según el artículo 152 del Decreto 1818 de 1998 y cuáles según el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 podría contestarse que en aquel sólo la inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro y el secuestro de los bienes muebles, mientras que en ésta

²⁵⁰ Sobre el particular, Arboleda Perdomo profiere unas afirmaciones muy pertinentes sobre el particular, con ocasión del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, ‘Acerca de la función de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se planteó que el control judicial sobre la Administración efectuado mediante las acciones contencioso administrativas descritas en el Decreto Ley 01 de 1984 tiene como supuesto la actuación definitiva de la Administración, es decir, es necesario esperar a que las autoridades actúen por medio del acto, el hecho, la omisión o el contrato administrativos, pues el juez, por respeto a la tridivisión de poderes, no puede entrometerse en las actuaciones previas a la decisión y tampoco puede dar órdenes a las autoridades. Su función es reparadora de los daños causados con la actividad de la Administración, careciendo de potestades de carácter preventivo. Como se tuvo oportunidad de analizar, la suspensión provisional de los actos administrativos era una medida cautelar muy tímida frente al cúmulo de poderes que ostenta actualmente la Administración pública, ante la cual el ciudadano está en verdaderas condiciones de subordinación, por lo que se planteó la necesidad de regular nuevos poderes para el juez.’ (Cursivas fuera de texto original) ARBOLEDA PERDOMO, *ibídem*, página 337.

²⁵¹ ARBOLEDA PERDOMO, *ibídem*, página 339.

las que [el juez] considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Como ha sido la lógica de este trabajo, lo anterior tendría una explicación desde la óptica del legalismo estricto y otra desde posturas doctrinarias no tan formales. De tal manera que con una lectura formal del artículo 152 del Decreto 1818 de 1998, sólo habría dos medidas cautelares a decretar por parte del árbitro; igualmente, el artículo 229, en comento, sólo aceptaría las cautelas que siendo preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión fueran consideradas necesarias por el juez para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, ceñidas al enlistamiento de los numerales 1 a 5 de dicha norma.

Sin embargo, y en apoyo de cierta vertiente doctrinaria que ve al arbitraje como un proceso, las medidas cautelares del artículo 152 del Decreto 1818 de 1998 son sólo enunciativas, pudiéndose aplicar ‘todas’ aquellas que se practican en los procesos ordinarios –ya derogados por la nueva ley procesal civil-, y en todos aquellos otros en los que la naturaleza de la controversia y las normas legales así lo permitan.²⁵²

²⁵² En este sentido lo expresa Gabriel Hernández Villareal, quien doctrinariamente acoge la corriente procesalista del arbitraje, al igual que otros ilustres juristas como Nicolás Gamboa Morales y Ramiro Bejarano Guzmán. En opinión del autor de este artículo, al igual que los otros dos connotados juristas ‘la regulación a la que se refiere el artículo 32 del Decreto 2279 de 1989 no tenía por objeto prohibir las demás medidas cautelares, sino reglamentar las de inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles, en esas dos específicas situaciones.’ // Por mi parte y en razón a que me alíneo con la corriente *procesalista* del arbitraje colombiano, no sólo comparto el punto de vista expresado en el párrafo precedente (como quiera que esa es la tesis alrededor de la cual gira este escrito), sino que, además, apoyado en el diseño procesal de este tipo de asuntos y a la luz de los pronunciamientos constitucionales y de la integración de normas que hay que aplicar debido al bloque de constitucionalidad, sin lugar a dudas afirmo que los árbitros están facultados para decretar las medidas cautelares previstas en los procesos ordinarios, y en todos aquellos otros en los que la naturaleza de la controversia y las normas legales así lo permitan.’ (El subrayado es propio) Obsérvese que la problemática se centra en la facultad de los árbitros para decretar medidas cautelares, potestad que no se restringe a los jueces. Con pronunciamientos de la Corte Constitucional, como el expresado en la Sentencia C-294 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), en el que se le da a los árbitros competencia para tramitar procesos ejecutivos y, desde luego, para decretar los embargos y secuestros a que hubiere lugar (Sentencia C-431 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara), así como la normatividad sobre competencia desleal (artículo 31 de la Ley 256 de 1996), sobre derechos de autor (Ley 23 de 1982, modificada por la Ley 44 de 1993) y sobre propiedad intelectual (artículo 246 de la Decisión 486 de 2000), el broche de oro en el tema lo pone la doctrina procesalista arbitral al señalar que ‘los árbitros en ejercicio de sus funciones se asimilan a los jueces ordinarios es algo que la normatividad arbitral ya prevé, por lo que mal puede generarse discusión en ese sentido.’ HERNANDEZ VILLAREAL, Gabriel. *‘Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?’* En: Revista de Estudios Socio-Jurídicos, enero-junio, año/vol. 9, número 001. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007. Páginas 183-204.

La razón de ser de la posición en materia de medidas cautelares de la vertiente doctrinaria procesalista del arbitraje se sustenta en el argumento ya esbozado sobre el particular de considerar a los árbitros como verdaderos jueces que cuando actúan en su condición de tal ejercen una completa y absoluta función jurisdiccional; no sobra decir que coincido a plenitud con esta idea.

El doctrinante Hernández Villarreal manifiesta que la diferencia entre taxatividad, nominación y enunciación de las medidas cautelares consiste en que en aquella ocurre ‘cuando la ley dispone que en un determinado proceso son viables las medidas cautelares –cualquiera que sean-, mientras que la nominación de ellas tiene que ver con que se señalen, a título meramente enunciativo, cuáles resultan viables.’²⁵³

Finalmente, y como lo señala el mismo autor en comentario, el sentido de permitir ampliamente –en la medida de la naturaleza del proceso y las normas sobre la materia- que el árbitro [o juez] aplique con libertad las medidas cautelares que *considere necesarias para proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad* de la laudo [o sentencia] –como lo expresa el nuevo Código de lo Contencioso Administrativo- es que con ellas no se menoscaben los principios constitucionales de la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso (cuyo núcleo fundamental es el libre acceso a la administración de justicia).²⁵⁴ Como se observa de la cursiva precedente, es un asunto de qué tipo de perspectiva se tiene por parte del adjudicador para ‘proteger los derechos amenazados’²⁵⁵ en la causa de la cual conoce.

²⁵³ HERNÁNDEZ VILLARREAL, *ibídem*, página 198.

²⁵⁴ HERNÁNDEZ VILLARREAL, *idem*, página 196.

²⁵⁵ Esta idea la tomé del autor Hernández Villarreal quien afirma: ‘(...) con el fin de ser aún más descriptivo, la Ley 472 de 1998 sobre acciones populares, en el artículo 25 establece la *taxatividad* de las medidas cautelares, al preceptuar que es posible su decreto de oficio o a solicitud de parte. La *enunciación* se evidencia en el listado que, sin ver (sic) exhaustivo, aparece en los literales a), b), c) y d) de esa norma y, finalmente, el que no todas las cautelas son *nominadas* se desprende del artículo 15 de la Ley 446 de 1998 cuando dice: Los posesorios especiales previstos en el Código Civil y las acciones populares, actualmente reguladas por la ley, se tramitarán mediante el procedimiento abreviado, en dos instancias. En estos procesos, además de las medidas cautelares contenidas en el artículo 450 del Código de Procedimiento Civil, *se podrán practicar las demás que el juez estime pertinentes para proteger los derechos amenazados*. (las cursivas son mías).’ HERNÁNDEZ VILLARREAL, *ibídem*, página 198 y 199.

2. NUEVO CODIGO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (LEY 1437 DE 2011) Y SUS SIMILITUDES CON EL ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL (LEY 1563 DE 2012)

De la comparación de la Ley 1437 de 2011 y el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional se nota, de primera mano, una gran similitud en la estructura del procedimiento que ambas normas establecen.

Sea lo primero anotar que así como afirma el profesor Arboleda Perdomo, en su libro aquí citado, ese ‘nuevo universo de lo administrativo’ fundado en aspectos como una nueva concepción constitucionalizada del derecho y del Estado social de derecho (basado en principios) y la aplicación de la tecnología informática a las actuaciones administrativas y jurisdiccionales coincide enteramente con lo que el nuevo Estatuto de Arbitraje prescribe.

En el artículo 3° del la Ley 1437 se describen trece (13) principios con base en los cuales se desarrollan no sólo las actuaciones administrativas sino también las jurisdiccionales; por su parte, la Ley 1563 enuncia siete (7) principios y reglas –la redacción no es muy comprensible– que bien podrían quedar todos comprendidos dentro de la concepción del debido proceso; haciendo la claridad de que la oralidad, si bien no es ni un principio ni una regla, hace parte de la práctica procedimental arbitral desde hace mucho tiempo. Además, debe resaltarse que el artículo 1° del nuevo Estatuto Arbitral señala que el arbitraje ‘se rige’ por esos principios y reglas, los cuales pueden ser entendidos en el sentido de *fuerza*.

El nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional establece dos clases de arbitraje, el ad-hoc, el cual es conducido directamente por los árbitros, y el institucional, administrado por un centro de arbitraje; sin embargo, las semejanzas establecidas en el procedimiento arbitral y el nuevo Código de Procedimiento Administrativo se centran en el arbitraje institucional (artículo 2° y 58, Ley 1563 de 2012), pues es el estatutariamente permitido cuando se da una controversia en la que participa una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas o el Estado.

La novedad legal de este nuevo Estatuto Arbitral es que establece con toda libertad para los particulares acordar las reglas de procedimiento a seguir, de forma directa o por referencia a un centro de arbitraje, siempre que se respeten los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes.

Tanto el nuevo Estatuto Arbitral como el nuevo Código de Procedimiento Administrativo establecen el desarrollo del proceso jurisdiccional en tres etapas. Es decir, una audiencia inicial, audiencia (s) de pruebas y medidas cautelares y la audiencia de alegaciones, juzgamiento o laudo arbitral; aunque en comparación con el Decreto 1818 de 1998, el nuevo Estatuto Arbitral establece un procedimiento bastante menos ajustado²⁵⁶ a esas tres fases, es decir, el artículo 31 del nuevo Estatuto indica que el ‘tribunal en pleno realizará las audiencias que considere necesarias, (...)’

En cuanto a la audiencia de conciliación, en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo, ésta etapa se surte en la audiencia inicial mientras que en el nuevo Estatuto Arbitral, como establece el artículo 24, *‘Vencido el término de traslado de las excepciones de mérito propuestas contra la demanda inicial o la de reconvenición, o contestadas sin que se hubieren propuesto excepciones, o vencido sin contestación el término de traslado de la demanda, el tribunal señalará día y hora para celebrar la audiencia de conciliación, a la que deberán concurrir tanto las partes como sus apoderados.’* En ambos estatutos la audiencia de conciliación tiene un fin prejudicial, que no implica *prejuzgamiento*.

Respecto a la primera audiencia de trámite, el artículo 180 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo la concibe principalmente para precisar las causas del conflicto entre las partes, a fin de centrar el debate probatorio y la sentencia; es un momento procesal bastante nutrido, que busca el diálogo directo del juez con las partes alrededor de los hechos y los extremos de la

²⁵⁶ En una entrevista que hiciera el periódico *Ámbito Jurídico* a Eduardo Zuleta, miembro de la Comisión Redactora de la Ley 1563 de 2012, el jurista señala en relación con los cambios más importantes del ejercicio arbitral que: ‘El arbitraje nacional se simplifica y se agiliza, a través de unas reglas de juego más claras, en temas como la designación de árbitros, los términos, el uso de medios electrónicos y las causales de anulación. Se recogen experiencias de prácticas arbitrales de muchos años, el procedimiento se hace menos complejo y más sencillo y se consagran de manera clara las clases de arbitraje que existen en el mundo: institucional y ad hoc. (...)’ *Ámbito Jurídico*, Legis, año XV, No. 350. Colombia. 23 de julio al 5 de agosto de 2012, página 17.

demanda. Por su parte, en la primera audiencia de trámite del nuevo Estatuto Arbitral, al igual como lo establecía el Decreto 1818 de 1998, establece la competencia del tribunal, resuelve sobre las pruebas pedidas por las partes y las de oficio y, concluida la audiencia, comenzará a contarse el término de duración del proceso.

Tanto en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo como en el nuevo Estatuto Arbitral la audiencia de pruebas se surte conforme a la regla general de la práctica de pruebas, es decir, se realizan en varias audiencias –conforme se requiera- y de acuerdo al Código de Procedimiento Civil. Debe anotarse, en apoyo a esta investigación, que al igual que un juez el nuevo Estatuto Arbitral indica que tanto el tribunal como las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen.

Finalmente, y respecto de la audiencia de alegatos y laudo, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo prevé una duración de 20 minutos para cada uno de los que pueden intervenir en dicho momento; por el contrario, el nuevo Estatuto Arbitral contempla un espacio máximo de una hora para cada *parte* interviniente, así como lo indicaba el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998.

119

Medidas cautelares

Como ya se había indicado anteriormente, el tema de las medidas cautelares reviste singular importancia puesto que el uso de ellas lleva a una comparación entre la figura del juez y del árbitro y los poderes de *imperium y jurisdictio* que tiene aparentemente aquel frente a éste.

En vigencia del Decreto 1818 de 1998, y frente al nuevo Código de Procedimiento Administrativo, la tirantez entre las facultades que podía tener un árbitro y las de un juez al decidir las medidas cautelares de su proceso tenían objeto de estudio. Sin embargo, ahora con el nuevo Estatuto Arbitral y las previsiones normativas de su artículo 32 parece superada la diferencia entre los alcances de las medidas que decide un juez y las de un árbitro, pues el

tribunal ‘podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, (...)’²⁵⁷

Las medidas cautelares en el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional quedaron caracterizadas así:

-Proceden sólo a petición de parte.

-Proceden también por consideración del tribunal, es decir, aquellas que éste tenga en cuenta según la apariencia del buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, o una menos gravosa o diferente a la solicitada.

-Las medidas cautelares a ordenar son todas aquellas que sean procedentes de tramitarse en procesos ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa o cualquier otra medida que el tribunal encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción, evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

-El decreto, práctica y levantamiento de tales medidas cautelares se someterán a las normas del Código de Procedimiento civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las disposiciones especiales pertinentes.

-El tribunal arbitral podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar donde deba practicarse la medida cautelar o al juez administrativo –si lo considera conveniente y tratándose de una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas –.

-En cuanto al tema del momento en el cual se pueden decretar las medidas cautelares el Estatuto de Arbitraje guarda silencio sobre este tema, lo cual podría interpretarse que al igual que en el Decreto 1818 de 1998 procederían en cualquier momento del curso del proceso.

Resulta claro que, así como lo afirma el jurista Eduardo Zuleta en la entrevista que le hiciera el periódico *Ámbito Jurídico*, el desarrollo de éste nuevo Estatuto dependerá de ‘Si los jueces interpretan la ley en pro del arbitraje, el esfuerzo valió la pena. (...) La manera como los jueces

²⁵⁷ Artículo 32, Ley 1563 de 2012.

apliquen la ley va a ser definitiva para que el estatuto sea un éxito y un salto hacia el futuro o una gran desilusión.²⁵⁸

IV. LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

A. POSTURA Y CONTRAPOSTURA DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL

Tal y como están redactados los artículos que de la Administración de justicia²⁵⁹ se encuentran en la Constitución política colombiana, uno podría asumir una postura crítica al señalar que ella planteó la figura del arbitraje de una forma **abierta**, y que el aparente anclaje de su desarrollo a lo que el legislador (poder constituido) indicara, obedece ante todo a una concepción o arraigo *cultural* de carácter legalista producto de la influencia que como comunidad jurídica hemos tenido de los postulados de la Revolución francesa. Esa caracterización del arbitraje y la ordenación de fuentes del derecho del artículo 230 constitucional, muestra un fuerte arraigo legalista, aunque nuestro sistema jurídico esté dando un giro teórico y conceptual de unos años para acá.

121

En el tercer acápite de esta tesis me referí a que la expresión ‘*en los términos que determine la ley*’ del inciso 4º del artículo 116 constitucional lo entiendo más en el sentido del esquema normativo que deben tener en cuenta los árbitros al momento de laudar y no tanto a la habilitación de las partes o a la obligación que se tenía por ley de atar todo el desarrollo de la figura del arbitraje a un marco de acción basado en una concepción legalista del derecho. Mi interpretación dada al artículo 116 resulta posible -desde la perspectiva investigativa- debido a la circunstancia de vaguedad e indeterminación propias de los sistemas basados en una concepción positivista del derecho que no es ajena en esta norma.

²⁵⁸ *Ámbito Jurídico*, Legis, año XV, No. 350. Colombia. 23 de julio al 5 de agosto de 2012, página 17.

²⁵⁹ ‘En Europa continental y especialmente en Francia (con excepción del periodo revolucionario), el arbitraje ha sido frecuentemente visto por el Estado como un ataque ilegítimo a su monopolio de la administración de justicia. (...) La excepcional acogida favorable que los jueces y legisladores dan hoy en día al arbitraje comercial internacional en el mundo, tan sólo se remonta a los años sesenta y, únicamente, en razón de las necesidades del comercio internacional; mientras que el arbitraje interno no ha sido tan bien aceptado, lo que demostraría que el arbitraje, como procedimiento general de solución de los litigios no es, en realidad, percibido universalmente “como una necesidad, por la conciencia colectiva” y menos aún como una “institución de *derecho natural*, (...)’ OPPEIT, *ibídem*, páginas 253 y 254.

Un reconocido autor de la materia arbitral ve esta incorporación constitucional del arbitraje como claramente inconveniente para la trascendencia y progreso de la institución como tal; por el contrario, yo la observo como una gran oportunidad de reconocer en la figura misma el verdadero ejercicio de una función jurisdiccional que administra justicia en iguales términos que aquella que se suele denominar ‘ordinaria’ o, incluso, la contenciosa administrativa (como especial);²⁶⁰ aunque esta postura sea catalogada como jurisdiccionalista o constitucionalista.

El punto es que algún sector de la doctrina y la jurisprudencia constitucional repara en los artículos constitucionales sobre el arbitraje un *límite*²⁶¹, producto, obviamente, de la normativa legal que lo ha desarrollado. Sin embargo, dicha limitación que ellos trazan no está en la Constitución propiamente dicha, lo impone la ley y la cultura jurídica que en ella se fundamenta.²⁶²

²⁶⁰ ‘De tiempo atrás, tanto en nuestro país como dentro del entorno latinoamericano, hemos venido observando una creciente y extendida participación de la perspectiva constitucional, cuando de arbitraje comercial se trata. Desde mi punto de vista, esta injerencia no ha redundado, en términos generales, en un favorecimiento al arbitraje y, por el contrario, ha derivado en un serio desconocimiento y detrimento de un aspecto esencial en materia arbitral como lo es ‘la autonomía de la voluntad’ y en una persistente y permanente erosión de la seguridad que a las partes se ofrece cuando se acude a la utilización del arbitraje.’ BERNAL BERNAL, Rafael. *NOTAS DE ARBITRAJE. La constitucionalización del arbitraje*. Unipresarial, Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá, D.C., 2008. Página 139.

²⁶¹ Muestra de la percepción de ese límite es expresado de la siguiente forma: ‘Bajo esa mirada, que ha calificado y encajonado el arbitraje como el ejercicio de una función jurisdiccional, contra lo que la visión histórica y universal más generalizada del arbitraje ha pregonado y pregona, es claro que nuestro modelo como orgullosamente se proclama por algunos es único; único en rigidez y en sujeción extrema a las reglas, procesos y procedimientos *legales* y en limitar de manera extrema la autonomía de la voluntad que como testigo formal y no protagonista principal, ve cómo se lleva el arbitraje al extremo de no diferenciarlo sustancialmente de los procesos llevados ante la jurisdicción ordinaria. Sólo el trabajo de los tribunales arbitrales y su capacidad y conocimiento han permitido desarrollarlo de la forma en que hoy existe y superar las barreras para, en tiempos que no pueden alcanzarse dentro de lo judicial, resolver las más complejas controversias que se presentan en nuestro país.’ BERNAL BERNAL, *ibidem*, página 166. (Cursivas fuera de texto)

²⁶² Y cuando de exponer la posición respecto al arbitraje internacional, y su incorporación constitucional, Bernal Bernal muestra claramente una perspectiva que no compartimos desde ningún punto de vista: ‘No obstante, por desconocimiento y al mezclarse el nacional con el internacional sin tan siquiera un mínimo de análisis previo, se ha visto afectado seriamente al darse pronunciamientos que carecen de toda lógica y sentido. De otra parte, el panorama que muestra la ‘ley local’ aleja del todo las posibilidades de que nuestro país sea ‘sede’ de arbitrajes ya que el panorama descrito y la pobreza de la normatividad vigente hacen de Colombia un lugar no deseable para llevar a cabo dichos trámites o para que sea la normatividad colombiana la que para ellos resulte aplicable. Ello ha de preocupar, ciertamente, y en mayor medida a raíz de los procesos de internacionalización, suscripción de tratados y bloques comerciales en tanto, las divergencias que entre particulares surjan de ellas habrán de ventilarse, en la práctica, por fuera del territorio nacional a fin de evitar los nocivos efectos que dota esta corriente jurisdiccionalista y más allá ‘constitucionalista’ han traído al país. Muchas equivocaciones hemos cometido, con buena intención y buena fe, pero finalmente equivocaciones, y lo que ahora procede, claramente, es corregir y llevar al país por el sendero que corresponde al momento, con mayor y mejor conocimiento, sin parroquianismo,

Y ese *límite*, tratándose de la ocurrencia del arbitraje en materia administrativa (objeto de esta investigación), es aún más evidente y contundente, pues las determinaciones legales –mas nunca constitucionales- sobre la ‘*materia transigible*’ se incrementan con la imposibilidad de los árbitros de ‘adoptar laudos que se profieran relacionados con la *legalidad* de los actos administrativos decretados durante la celebración, ejecución, desarrollo y liquidación de contratos administrativos. Lo anterior no quiere decir que no puedan dirimir una controversia concerniente a las consecuencias patrimoniales de los actos administrativos, siempre que no se trate de controlar su validez es perfectamente legítimo que lo hagan.’²⁶³

La anterior postura -que de nuevo muestra nuestra cultura *legalista*, en términos generales, y más en relación con el arbitraje administrativo²⁶⁴, puesto que la normativa existente en esta materia específica no toca ni remotamente lo relacionado con el control de legalidad de los actos- obedece ante todo al enfoque dado por la jurisprudencia constitucional,²⁶⁵ un reciente fallo de tutela así lo confirma.²⁶⁶

con mayor visión de lo universal y sin tanta falsa noción de la soberanía nacional como escudo para sostener tanta equivocación y desafuero. (Subrayado fuera de texto) BERNAL BERNAL, ibidem, página 166.

²⁶³ BERNAL BERNAL, ibidem, página 153.

²⁶⁴ ‘Los hábitos de pensamiento generados por el positivismo legalista conduce naturalmente a pensar, desde un comienzo, en vincular el arbitraje al ordenamiento jurídico del Estado, el cual sería el único concebible para aquellos que no pueden imaginar que una relación jurídica, cualquiera que ella sea, pueda depender de reglas distintas a aquellas proferidas por una ley nacional. (...) Tratándose del *arbitraje interno*, los tribunales arbitrales pertenecen al ordenamiento jurídico del Estado en cuyo territorio resuelven los litigios, a pesar de que no puedan ser considerados como parte del ordenamiento jurisdiccional estatal, (...) Su organización y su funcionamiento son enmarcados, de forma suficientemente amplia, por los textos que rigen el procedimiento civil, incluso si éstos les conceden un margen de libertad utilizado por los círculos de profesionales bajo la forma de reglamentos corporativos, y el control de conformidad de sus procedimientos y de los laudos es asegurado por los tribunales judiciales, los cuales se hallan investidos de una especie de tutela respecto de estos tribunales privados. Por otra parte, no todos los litigios pueden ser sometidos a la jurisdicción arbitral: el principio de la atribución general de competencia de las jurisdicciones estatales constituye un obstáculo a la arbitralidad de las materias que interesan al orden público.’ (Subrayado fuera de texto) OPPEIT, ibidem, páginas 187 a 189.

²⁶⁵ ‘(...) la Corte explicó que el control de legalidad de los actos administrativos es ejercido por el Estado, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, y como contrapeso a la presunción de legalidad que ampara las manifestaciones de voluntad de la Administración: “Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición”. Para la Corte, el control de legalidad de los actos administrativos es una facultad exclusiva del Estado en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, de la cual no pueden derogar los particulares por medio

Cierto sector de la doctrina confirma la anterior tesis jurisprudencial, basada en la concepción *'legalista'* de nuestro ordenamiento jurídico, pues frente a una materia tan asistemática como el arbitraje y luego de una excepcional y abierta consagración constitucional, con soporte en la naturaleza de 'pacto, convenio o contrato' del arbitramento invocan como fundamento de viabilidad de la institución *artículos de la legislación civil* (capacidad legal, objeto y causa lícita – artículos 1495 y 1502 del C.C.) como repercutores necesarios de la habilitación dada por las partes (ellas deben tener capacidad dispositiva) al árbitro y de la materia arbitrable (de carácter transigible)²⁶⁷.

De especial incidencia en el desarrollo de la institución arbitral son los aspectos relacionados con la capacidad dispositiva de las partes y, más aún, con la materia transigible, puesto que junto con ellos entra en juego una limitante típica de nuestra cultura jurídica de origen francés: *el principio de legalidad*.

de un pacto arbitral; los árbitros sólo se pueden pronunciar sobre los aspectos de los que pueden disponer las partes en conflicto, que no incluyen este aspecto del orden jurídico, el cual atañe al orden público normativo: *"Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral. // Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna. (...) En conclusión, el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros".* Esta postura, afirmó la Corte, ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado. Sentencia SU-174 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda.

²⁶⁶ Sentencia T-058 de 2009. M.P. Jaime Araújo Rentería.

²⁶⁷ El autor Roberto Valdés Sánchez, indica en su libro sobre 'La Transacción' que la materia transigible es un punto fundamental para el estudio de las alternativas para la solución de conflicto, es decir, se incluiría el arbitraje dentro de su exposición, y para describir aquella –la materia transigible- invoca los artículos 1502, 1517, 1519 y 1521 del Código Civil. VALDES SANCHEZ, Roberto. *La Transacción*. Legis. Bogotá. 1997. Este texto de Valdés Sánchez es citado por Patricia Mier Barros, quien comparte lo que cierto sector de la doctrina de forma reiterada ha señalado sobre la materia transigible. MIER BARROS, Patricia. *Las materias susceptibles de arbitramento*. En Revista de Derecho Público No. 11. Junio de 2000. Universidad de los Andes. Página 155.

La doctrina arbitral restrictiva en materia administrativa se fundamenta, principalmente, en los artículos 6º, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política para indicar que si bien los tribunales arbitrales pueden conocer únicamente sobre los ‘*efectos patrimoniales*’ de los contratos administrativos, nunca lo podrá sobre aspectos que toquen con el estudio de legalidad²⁶⁸ de dichos actos, pues este asunto –vedado incluso a la propia Administración- es de exclusivo conocimiento del juez de lo contencioso administrativo.²⁶⁹ Lo anterior, lo sustentan, también, en la presunción de legalidad que rige toda la actuación administrativa, pues en vista del

²⁶⁸ La autora Mier Barros, manifiesta que: ‘La contratación estatal, como reiteradamente aquí se ha afirmado, no es cosa distinta que una de las manifestaciones o formas de la actuación administrativa. El Estado, siempre, en cualquier caso, incluso en su actividad contractual, estará sujeto al imperio de la legalidad (artículos 6º, 121, 123, 122 y 123 de la Constitución Política), y su competencia para celebrar contratos deviene igualmente de la ley, que delimita la órbita de su competencia e impone linderos de su autonomía.//Que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 permite a las entidades estatales celebrar todo tipo de contratos previstos en el derecho privado, es argumento que pudiera invocarse para concluir que la “transacción” es un contrato permitido por el Código Civil y que, si la ley confiere al ente público capacidad para transigir, igualmente le confirió competencia para pactar cláusulas compromisorias en sus contratos y celebrar el compromiso sobre cualquier materia de contenido contractual, y por tanto, sobre la validez del contrato mismo. (...) Pero a esta argumentación se oponen razones de profunda raigambre constitucional, que impedirían, a mi juicio, el conocimiento por los tribunales de arbitramento de la nulidad de un contrato estatal, y en consecuencia, no podrá entenderse este supuesto comprendido en el parágrafo de la nueva disposición que venimos comentando. En este punto debe distinguirse que uno es el juez natural de la legalidad de la actividad administrativa –incluida la actividad contractual- y otro, es el juez natural de la controversias derivadas de la celebración de un contrato estatal o surgidas de su ejecución, terminación y liquidación. (...) En tanto actuación administrativa, el control de legalidad de la actividad contractual de la administración tiene un juez único: el Contencioso Administrativo. Y es que en tanto actuación administrativa, la celebración de los contratos estatales está cobijada por la presunción de legalidad propia de los actos de la administración pública, y ella, sólo podrá ser desvirtuada por el juez de lo contencioso administrativo, competencia que le atribuyen directamente la Constitución y la ley; atribución que escapa al ámbito de los particulares y de la misma administración contratante al investir de jurisdicción a los particulares mediante la estipulación arbitral o el compromiso. Y si a la misma administración le está vedado el juicio de legalidad de sus propios actos y contratos, mal podría conferir competencia a un particular, investido por ella de jurisdicción, para que se pronuncie sobre la misma. (...) “Habiendo en los contratos administrativos estipulaciones de naturaleza reglamentaria impuestas por la ley y estipulaciones de carácter patrimoniales y financieras de los contratos, debe aceptarse que la cláusula compromisoria únicamente puede convenirse en relación con esta segunda parte de tales contratos, mas nunca en lo tocante a los aspectos regulados directamente por la ley, no siendo susceptibles tales materias de decisión arbitral sino de aplicación forzosa (C. de E., Sección Tercera, Sent. 22 mayo/97. M.P. Carlos Betancur Jaramillo)” (Subrayado y negrilla fuera de texto) MIER BARROS, *ibidem*, páginas 161, 162 y 164.

²⁶⁹ ‘La administración pública en el desarrollo de las funciones que le han sido asignadas por el legislador, se encuentra sometida, indefectiblemente al principio constitucional de “legalidad” que le impone sujeción a las prescripciones legales y de orden superior que regulan su competencia. De su conformidad con la ley, derivan legitimidad y fuerza coactiva los actos administrativos. De lo contrario, los actos administrativos transgresores de las normas determinantes que rigen la competencia del funcionario emisor, se harán acreedores de la sanción legal de nulidad absoluta que enervará su oponibilidad y fuerza ejecutoria.’ MIER BARROS, *ibidem*, página 158. (Subrayado fuera de texto)

mandato constitucional se da por entendido que la Administración siempre adecua su actividad a la ley.²⁷⁰

Debe anotarse que la posibilidad de ocurrencia de la figura arbitral en materia administrativa pareciera estar circunscrita a los asuntos de carácter contractual; de ahí la extensa doctrina y jurisprudencia –mayoritarias- que en estos temas habla de las normas naturales a los contratos –del derecho privado y el derecho público-, de la autonomía de la voluntad y de la capacidad dispositiva de las partes.

Sin embargo, autores como Jorge Hernán Gil, con el cual coincidimos para apoyar la postura crítica de esta tesis, en el mismo contexto que se ha planteado, considera que la decisión de los árbitros en los aspectos que tocan con la legalidad de los actos de la administración en la esfera contractual podría no sólo ser posible sino que incluso la suscripción de un compromiso tratándose en asuntos de *responsabilidad extracontractual* originada en vías de hecho, operaciones administrativas, actos administrativos, ocupaciones temporales o permanentes de inmuebles u omisiones administrativas resulta perfectamente válido, lo que implicaría en últimas sustituir las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y la acción de reparación directa por el

126

²⁷⁰ Como ya se ha indicado anteriormente, la presencia del arbitraje en materia administrativa está prácticamente restringida al tema contractual y al conocimiento de sus efectos patrimoniales; es decir, es la Escuela contractualista del arbitramento la que prevalece fundamentalmente. Dicha Escuela señala que el ‘pacto arbitral implica la celebración de un verdadero contrato, (...) por ser el convenio el elemento esencial e indispensable en el proceso, el arbitraje es de naturaleza contractual o de derecho privado.’//Dentro de la doctrina italiana, Alfredo Rocco llega a sostener que el arbitraje no es más que una transacción anticipada, y que la transacción es un verdadero contrato.’ GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*. Cámara de Comercio de Bogotá, Tercera edición, 2011. Página 77. Esta descripción coincide con las afirmaciones jurisprudenciales del Consejo de Estado, antes de que se aprobara la Constitución de 1991 y bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983 sobre contratación estatal, pero que de todas formas, salvo una excepción, tiene aún vigencia: ‘Por eso en el campo contractual las cosas difieren de lo que sucede ordinariamente en la esfera propiamente administrativa, cuya manifestación normal es el acto general o particular expedido con base en normas superiores que delimitan en todos los casos su alcance y contenido.’//Significa lo anterior que mientras el aspecto obligatorio del contrato no es más que corolario obligatorio de competencia (*la administración no podrá hacer sino lo expresamente autorizado*), el aspecto que podría calificarse como convencional se gobierna por la regla de la capacidad, en la que se puede hacer *todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido*. Estos principios, operan por mandato legal y se entienden vinculados al contrato, aunque no se hayan expresamente pactado. Puede afirmarse que son elementos comunes de la naturaleza de todo contrato privado o administrativo (...).’ C. de Est., Sentencia 13 de mayo de 1988, Exp. No.4303, C.P. Carlos Betancur Jaramillo. Finalizando, Mier Barros señala: ‘Y en este sentido debe concluirse que no pudiendo la administración pública actuar sin autorización legal, menos podrá hacerlo en violación a la ley fundamental. La plena sujeción al principio de la competencia administrativa constituye el único entendimiento posible del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que autoriza a la administración pública a celebrar todo tipo de contratos.’ MIER BARROS, *ibidem*, página 160. (Subrayado fuera de texto)

proceso arbitral.²⁷¹ Para ello da tres argumentos interesantes, basados en la normativa contractual²⁷² que se tiene, puesto que, como se ha dicho, la institución arbitral en asuntos administrativos no muestra otro contexto:

1. Por la capacidad contractual que tiene la Administración para suscribir contratos; y con el compromiso –que es un contrato en sí mismo- se cumpliría esa exigencia de conformidad con el artículo 32 y 71 del Estatuto de la Contratación Administrativa.

2. ‘El hecho que el artículo 71, *ibídem*, únicamente se hubiere referido al compromiso para relaciones contractuales, no implica limitación o prohibición debido a que la Administración está *habilitada para celebrar cualquier contrato lícito no prohibido expresamente*, como lo entendió el Consejo de Estado al considerar que aunque el Estatuto de la Contratación Administrativa se hubiera referido exclusivamente a la fiducia pública, no significa que hubiera quedado proscrita la fiducia mercantil (CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto de marzo 4 de 1998. En éste expresó que sólo excepcionalmente procede el contrato de fiducia mercantil, desconociendo de paso la Sentencia C-086 de marzo 1° de 1995 de la Sala Plena de la Corte Constitucional, que en fallo de inexecutable y con *efectos erga omnes*, dispuso que las entidades estatales, *sin limitación alguna*, pueden seguir utilizando la fiducia mercantil)²⁷³

3. ‘(...), el artículo 70 de la Ley 80, modificado por el artículo 70 de la Ley 446, *permite la conciliación administrativa en todo conflicto de carácter particular y de contenido económico* que pudiera originar las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del CCA. Entonces, si la conciliación es permitida en este tipo de diferencias, no se ve razón para que el arbitraje se entienda prohibido en conflictos individuales y de contenido económico, por razón de implicar responsabilidad extracontractual. En este mismo sentido se ha pronunciado Martha Cediél. (CEDIEL, Martha. *La solución para las diferencias en contratación administrativa*. Cámara de Comercio de Bogotá. Colección Métodos Alternos No. 7, p. 70)²⁷⁴

²⁷¹ GIL ECHEVERRY, *ibídem*, página 520.

²⁷² Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007.

²⁷³ GIL ECHEVERRY, *ibídem*, página 521.

²⁷⁴ GIL ECHEVERRY, *ibídem*, página 521.

Así las cosas, puede advertirse de lo antes planteado que la diferencia entre las posturas doctrinarias en relación con el arbitraje es –fundamentalmente- el lente o herramienta con el cual se están observando las normas relacionadas con dicha figura, es decir, la *cultura jurídica*²⁷⁵ sobre la que se fundamenta su argumentación o interpretación. La posición que denominaré como *restrictiva*, está fundada sobre un profundo anclaje al principio de legalidad e imperio de las normas sub-constitucionales de claro origen francés en nuestro ordenamiento jurídico; la otra, la que aquí se defiende críticamente, está construida sobre la base del artículo 116 constitucional que no impuso ninguna limitación al libre desarrollo del arbitraje, salvo la que al legislador bien le pudiera parecer (que podría haber sido ninguna) de conformidad con la Ley 270 de 1996 y la Ley 1285 de 2009²⁷⁶, y que tiene su cimiento en el cambio del marco teórico de nuestro derecho a partir de la Constitución de 1991.

Entonces, tomando como lente interpretativo de la posición jurídica aquí defendida la cultura ‘garantista’ de los derechos, enfoco la figura del arbitraje desde la perspectiva constitucional como un mecanismo alternativo establecido para administrar justicia; porque, como antes se ha afirmado, para este artículo crítico la función jurisdiccional del arbitramento es el sustrato de su esencia.

Lo anterior involucra el cariz de una posibilidad, pues, que el arbitraje opere como una figura administradora de justicia, va en relación con la evolución misma del derecho; aunque, es sabido que los cambios, por pequeños que sean, generan de por sí recelo en sus receptores o aplicadores; aunque esto no niega de forma alguna el valor que dicha transformación tendría para los ordenamientos jurídicos.

²⁷⁵ Debe añadirse a esta afirmación, que en lo que respecta al arbitraje éste comporta un entendimiento de tipo cultural. Luego de una larga disertación sobre la evolución del arbitraje a nivel mundial –pero que resulta pertinente para esta investigación-, Oppetit concluye diciendo que: ‘Así las cosas, el arbitraje internacional parece ser hoy en día más un factor de convergencia de culturas, sin negar su pluralidad, que el revelador de un conflicto entre culturas o de una hegemonía cultural: ‘La sutil confrontación de tradiciones jurídicas diferentes, el debido respeto de las culturas son la misión del árbitro internacional: su eficacia es imposible sin generosidad intelectual.’ (Subrayado fuera de texto) OPPEIT, *ibidem*, página 263.

²⁷⁶ Leyes estatutarias de justicia.

Por tanto, la lucha del arbitraje por conquistar un espacio propio en las alternativas de resolución de conflictos a nivel ‘judicial’ ha sido una dura batalla frente a un sistema consolidado de administración de justicia estatal de clara estirpe ‘regaliana’;²⁷⁷ ya que, como es afirmado por varios autores, la figura arbitral contiene una idea básica: la búsqueda de justicia.²⁷⁸ Idea de justicia ‘*por medio de la cual un tercero soluciona un diferendo que opone a dos o más partes, en virtud del ejercicio de una misión jurisdiccional que le ha sido confiada por éstas*’²⁷⁹ (Subrayado fuera de texto); que si bien no resulta fácil como tipo ideal de una categoría de objetos²⁸⁰ se corresponde más con la intervención del juez fundada en la sabiduría de un hombre que en el derecho estricto.²⁸¹

Así las cosas, lo que implica la idea o el concepto de justicia, se cumple a cabalidad aunque las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, tal vez mayoritarias, establezcan una marcada diferencia entre la justicia estatal y la justicia arbitral²⁸² debido a razones o particularismos técnicos o nacionales; sin embargo, detrás del *concepto de justicia*, en uno u otro ámbito, encontramos también principios comunes de organización y de funcionamiento, sin los cuales no se podría hacer referencia alguna a aquella. En opinión de Oppetit: ‘No podría, en efecto, existir un debido proceso sin que sean escrupulosamente respetados el principio de igualdad entre las partes, el principio de contradicción y aquel, similar pero distinto, del derecho de defensa, así como la necesidad de un debate leal y sus exigencias.’²⁸³

²⁷⁷ El concepto de administración de justicia regaliana, presentada en el Prólogo del libro de Bruno Oppetit es interesante porque muestra cómo detrás de aquella lo que hay es un ejercicio de soberanía estatal que se resiste a perder poder y posición. Esta es una de las muchas dificultades que el arbitraje ha tenido que enfrentar; en palabras del propio traductor se indica que: ‘En primer lugar, el arbitraje enfrentó una doble dificultad. Tuvo, por una parte, que afirmar su legitimidad y su necesidad ante el mundo judicial y los poderes públicos, *a priori* poco favorables a la expansión de una justicia privada susceptible de afectar sus prerrogativas regalianas.’ Oppetit, *ibídem*, página 18.

²⁷⁸ OPPETIT, *ibídem*, página 24

²⁷⁹ OPPETIT, *ibídem*, página 30.

²⁸⁰ OPPETIT, *ibídem*, página 32.

²⁸¹ OPPETIT, *ibídem*, página 34.

²⁸² ‘La época contemporánea, (...), ha acercado sensiblemente la justicia arbitral de la justicia estatal: tras un siglo y medio de positivismo legalista y de estatismo, tenemos la impresión de que estas dos justicias convergen cada vez más y el resultado es una identidad de función, de métodos y de naturaleza.’ (Subrayado fuera de texto) OPPETIT, *ibídem*, página 56.

²⁸³ OPPETIT, *ibídem*, página 60.

La aparente diferencia marcada entre la justicia estatal y la justicia arbitral toca el aspecto de la *legitimidad*²⁸⁴ del arbitraje. Por lo tanto, tenemos dentro de nuestro ordenamiento jurídico unas reglas claras que determinan la administración de justicia por el aparato estatal, pero al intentar establecer la legitimidad del arbitramento, en el sentido aquí propuesto, se entiende que ‘tratándose de la justicia, nos encontramos en la confluencia del interés privado y del interés público, y la mayoría de los interrogantes fundamentales que crea el régimen jurídico del arbitraje no pueden apreciarse exclusivamente en términos de legalidad formal, pues son, de cierta forma derivados y suponen respuestas a los interrogantes sobre la legitimidad de ciertas opciones.’²⁸⁵

La legitimidad del arbitraje como figura que administra justicia plantea para Oppetit dos interrogantes válidos y contundentes en esta demostración argumentativa: ‘¿Existe a favor del justiciable un verdadero *derecho al juez* o, por el contrario, la satisfacción de esta necesidad depende exclusivamente de la apreciación discrecional hecha por el soberano del deber de justicia que el Estado debe observar frente a sus sujetos o ciudadanos?’²⁸⁶ (Subrayado fuera de texto) y ‘si este derecho al juez puede ejercerse indistintamente ante un juez público o ante un juez privado, en cuyo caso se vería indiscutiblemente legitimado el derecho de todo interesado a recurrir al arbitraje...’²⁸⁷

En la respuesta dada por Oppetit, coincido plenamente en sus razones: para el primero, es claro que el derecho al juez es un verdadero derecho, además de ser un principio fundamental del derecho universalmente reconocido, lo cual permitiría colocar al árbitro en el mismo pedestal al que se le tiene al juez; para el segundo, la posibilidad del arbitraje como una figura que administra justicia se basa en la idea contemporánea de que ella ya no es tanto un *servicio público* sino un *bien público*, respecto del cual ‘El juez privado, quien no puede apoyarse como el juez público de la inserción en el aparato estatal en cuyo nombre dice el derecho y resuelve los

²⁸⁴ ‘La apreciación de la legitimidad de las situaciones jurídicas depende enteramente de la conformidad del título a las reglas que existen, es decir, de un punto de vista jurídico, ajeno a toda tratativa en el ámbito moral o político’ ROUBIER, P. *Droits subjectifs et situations juridiques*, París, Dalloz, 1963, No. 27, p. 231. Citado por Bruno Oppetit, *ibidem*, página 35.

²⁸⁵ OPPETIT, *ibidem*, página 35.

²⁸⁶ OPPETIT, *ibidem*, página 37.

²⁸⁷ OPPETIT, *ibidem*, página 39.

litigios, encuentra en su aptitud a juzgar una legitimidad propia, fundada en el capital simbólico que representa su capacidad de juzgar, su competencia y su neutralidad: la adhesión voluntaria del justiciable se sustituye al efecto de autoridad que sólo conoce la justicia pública.²⁸⁸

Finalmente, y para cerrar de manera sintética esta postura crítica luego de cambios constitucionales, leyes estatutarias restrictivas, transformaciones de modelos teóricos, evolución del derecho, esencia de la función jurisdiccional, etc., podría afirmarse que lo perseguido por la justicia estatal y la justicia arbitral, aunque por vías distintas pero complementarias, es el mismo *ideal de justicia*,²⁸⁹ el cual para su realización puede lograrse por diversos medios, entre ellos el arbitramento.

B. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA T-058 DE 2009

A comienzos del año 2009, la Corte Constitucional resolvió sobre una acción de tutela instaurada por la Empresa de de Telecomunicaciones de Bogotá (E.T.B.) contra el Tribunal de Arbitramento de Telefónica S.A. vs. E.T.B.

De manera oficiosa, la Corte Constitucional vinculó a esta tutela de revisión a Telefónica S.A., a la Procuraduría Cuarta Judicial Administrativa de Bogotá, a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (C.R.T.) y el Ministerio de Comunicaciones.

“El origen de la tutela es el siguiente:

"El 5 de marzo de 2008, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. -en adelante E.T.B.- interpuso acción de tutela ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, contra el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo arbitral y la providencia que negó la solicitud de aclaraciones y complementaciones, dentro del trámite dado a la demanda arbitral promovida por Telefónica Móviles Colombia S.A. -en adelante Telefónica- contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.,

²⁸⁸ OPPE'ITT, ibídem, página 41.

²⁸⁹ OPPE'ITT, ibídem, página 45.

por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia" (citado de la sentencia de la Corte Constitucional)

El Tribunal de Arbitramento a que se refiere la tutela, fue surtido entre E.T.B. y Telefónica Móviles Colombia S.A., teniendo origen en debates por los contratos de Acceso, Uso e Interconexión de redes telefónicas, suscritos por ETB y Celumóvil S.A. y Cotelco S.A. -hoy Telefónica Móviles Colombia S.A.-, el 11 y 18 de noviembre de 1998.

"1.2 En virtud de dichos contratos, Telefónica Móviles Colombia S.A. se obligó con la E.T.B. a suministrar el servicio de acceso, uso e interconexión de sus redes de telecomunicaciones, debiendo recibir Telefónica Móviles Colombia S.A. el pago de una contraprestación por el servicio prestado a la E.T.B." (Citado de la sentencia de la Corte Constitucional)

En esos contratos se estableció que, en caso de diferencias, se procedería en etapas que debían agotarse sucesivamente: comité mixto de interconexión, contacto directo entre gerentes o presidentes, intervención de autoridades administrativas o bien tribunal de arbitramento ("Tribunal de Arbitramento Institucional Técnico" en la terminología de los contratos). Informa la sentencia T-058 de 2009 que:

"...A fin de solicitar la solución de una controversia con la E.T.B. relacionada con la remuneración pactada en el contrato de acceso, uso e interconexión, Telefónica Móviles Colombia S.A. acudió ante la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. Dada la actuación de Telefónica Móviles Colombia S.A., la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió las resoluciones 1269 y 1303 de 2005. " (citado de la sentencia)

En la resolución 1303 de 2005, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones resolvió que a la interconexión entre las redes de ETB y TELEFONICA

"...se le aplica el concepto de integralidad definido en la parte final del artículo 5 de la mencionada resolución, en consecuencia esta interconexión deberá remunerarse de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997" (del texto de la resolución según es citado de la sentencia)

Por ello Telefónica Móviles Colombia S.A. presentó demanda arbitral contra la E.T.B. ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, tribunal que declaró que ETB había incumplido los contratos de interconexión con COCELCO y Celumóvil (ambos hoy Telefónica Móviles Colombia S.A.) y ordenó el pago de más de doscientos mil millones de pesos.

ETB interpuso recurso de anulación contra el laudo, cuya ejecución fue suspendida en esa instancia, estando pendiente la decisión final para la época de la acción de tutela (...).

"...el 5 de marzo de 2008, la E.T.B. interpuso acción de tutela ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, contra el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo arbitral y la providencia que negó la solicitud de aclaraciones y complementaciones, dentro del trámite dado a la demanda arbitral promovida por Telefónica Móviles Colombia S.A. contra la E.T.B., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. " (Citado de la sentencia)

ETB consideró que podía interponer la acción de tutela, puesto que, si bien estaba en marcha el recurso de anulación, este no podía referirse a los puntos que la motivaban. ETB alegó también que el Tribunal de Arbitramento no podía operar sin haberse agotado las demás instancias previstas en el contrato, además que a causa del mismo no era posible acudir tanto ante la CRT como ante dicho tribunal, puesto que una vez pronunciada la CRT este no podía apartarse de lo previsto en las resoluciones que produjo. Sostuvo la ETB que:

"Sobre el particular, la Empresa expresó que la decisión de fondo tomada por el Tribunal desvirtúa lo dispuesto en los actos administrativos proferidos por la C.R.T., especialmente la Resolución 1303 de 2005, pues aunque en esa resolución se resolvió que la "E.T.B. no había escogido entre las opciones de la Resolución CRT 463 de 2001," el laudo arbitral condenó a la Empresa accionante a pagar a Telefónica la suma relativa al daño emergente causado a partir del 1 de abril de 2007 y hasta la fecha de ejecutoria de esa providencia, esto es, la diferencia entre el valor cancelado por la E.T.B. "por concepto de cargos de acceso y la tarifa fijada por la

Resolución CRT 463 de 2001, de conformidad con el tráfico cursado por minuto redondeado.”(citado de la sentencia sin negrillas)

En cuanto al Comité Mixto de Interconexión, la ETB sostuvo que la convocante, Telefónica Móviles Colombia S.A., debió demostrar, como requisito de competencia, que dicho comité se había realizado infructuosamente, pero ni lo probó ni tampoco el Tribunal de Arbitramento quiso ordenar la prueba, produciendo con ello la violación de derechos fundamentales.

El 28 de marzo de 2008, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca declaró la improcedencia de la acción de tutela, alegando que el recurso de anulación era apropiado para la discusión planteada. Apelada la sentencia, "Mediante sentencia del 5 de junio de 2008, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura confirmó la decisión adoptada el 28 de marzo de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, que declaró la improcedencia de la presente acción de tutela." (Citado de la sentencia sin las negrillas originales)

Remitida a la Corte Constitucional, dicha Corporación decidió revisar oficiosamente esta sentencia, momento procesal en el cual decidió pedir la intervención del Ministerio de Comunicaciones y de la CRT. El primero se pronunció, la segunda no.

Para resolver el asunto, primero se examina la justicia arbitral, de la cual se dice, entre otras cosas:

"4.2 Así, bajo el entendido de que la justicia arbitral amplía el ámbito orgánico y funcional de la administración de justicia en cabeza del Estado, en el sentido de revestir transitoriamente a terceros para cumplir esta función con fundamento en la voluntad de las partes , se puede concluir que la justicia arbitral tiene las siguientes características básicas de orden constitucional : (i) es el ejercicio de la función pública de administrar justicia en cabeza de particulares habilitados para el efecto; (ii) tiene origen en la voluntad de las partes que deciden libremente someter sus diferencias a la decisión directa de árbitros; (iii) en consecuencia, su naturaleza es temporal y transitoria, pues las actuaciones arbitrales terminan una vez se da por solucionada la

controversia; (iv) los fallos son en derecho o en equidad; y (v) el legislador tiene amplias facultades para definir los términos bajo los cuales se configura este tipo de justicia." (Citado de la sentencia)

Luego la sentencia desarrolla los diferentes aspectos constitucionales involucrados, con el fin de estudiar los alcances del recurso de anulación contra laudos arbitrales. Comienza indicando:

"5.1 En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha sostenido que los laudos arbitrales son equiparables a las sentencias judiciales, en la medida en que, como se dijo anteriormente, ponen fin a un proceso, deciden de manera definitiva la controversia planteada, tienen plenos efectos vinculantes para las partes y hacen tránsito a cosa juzgada." (Citado de la sentencia)

Así las cosas, advierte la Corte Constitucional que frente a los laudos arbitrales es preciso hacer un análisis de procedibilidad de la acción de tutela análogo al que se realiza para sentencias judiciales. Comenta:

"5.6 Así pues, a la luz de la jurisprudencia constitucional, de manera general, tales requisitos se circunscriben al cumplimiento de las siguientes condiciones esenciales: (i) el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, esto es, el agotamiento de todos los recursos previstos en la ley para atacar la decisión arbitral, y a pesar de ello, la persistencia de la vulneración directa de un derecho fundamental; y (ii) la configuración de una vía de hecho, en el sentido de la existencia de uno o varios de los defectos considerados por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales." (Citado de la sentencia)

Para la Corte Constitucional el recurso de anulación no equivale a la segunda instancia contra las sentencias de los jueces ordinarios, puesto que las causales son limitadas y además el estudio del juez está restringido a las alegadas por los interesados. Agrega:

"5.7.2 No obstante, como se señaló anteriormente, el ordenamiento jurídico prevé los mecanismos necesarios para controlar las decisiones de los árbitros. En efecto, contra los laudos arbitrales únicamente proceden los recursos de homologación -en materia laboral-, de anulación – en materia civil, comercial y contencioso administrativa- y, contra la providencia

que resuelve el recurso de anulación, el recurso extraordinario de revisión." (Citado de la sentencia)

Así, puede entonces delimitarse la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales:

"5.7.3 Con fundamento en lo anterior, en consideración del principio de subsidiariedad, la Corte ha señalado de manera reiterada dos reglas que permiten determinar la procedencia de la acción de tutela contra laudos arbitrales y las decisiones que los cuestionan como resultado de la interposición de los recursos respectivos: (i) Dado el carácter residual de la acción de tutela, ésta no es procedente contra laudos arbitrales cuando las partes no hayan hecho uso de los medios de defensa previstos durante el trámite arbitral ; y, (ii) la acción de tutela será improcedente si no se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que contempla la ley contra los laudos arbitrales , salvo que se acuda al amparo constitucional como mecanismo transitorio a fin de evitar un perjuicio irremediable." (Citado de la sentencia)

Luego, la sentencia examina la jurisprudencia vigente sobre tutela contra laudos arbitrales, tema que concluye de la siguiente manera (extracto del aparte pertinente):

136

"Así, a la luz de la jurisprudencia constitucional, para que la acción de tutela proceda contra un laudo arbitral, el actor debe acreditar que éste incurre, al menos, en uno de los siguientes defectos:

5.8.1 Defecto orgánico, el cual se presenta cuando el árbitro o tribunal que profirió la providencia cuestionada carece por completo de competencia para surtir dicha actuación.

(...)

5.8.2 Defecto procedimental, se presenta cuando se adelanta el proceso arbitral por fuera del procedimiento establecido en el acuerdo suscrito por las partes y las normas correspondientes, siempre y cuando dicha irregularidad tenga un efecto definitivo en la decisión.

(...)

5.8.3 Defecto fáctico, se origina cuando el supuesto legal del cual se deriva la decisión arbitral no tiene sustento en el material probatorio allegado al proceso; o de manera arbitraria se niega la práctica de las pruebas necesarias para llegar a una decisión en derecho.

(...)

5.8.4 Defecto sustantivo, surge cuando las normas acogidas para tomar la decisión no son aplicables al caso concreto, o la interpretación que de ellas se hace genera un perjuicio a los derechos fundamentales del actor.(...)"

Al analizar el caso concreto, lo primero que encuentra la Corte Constitucional es que se cumple el requisito de subsidiariedad:

"En efecto, como se señaló en las consideraciones generales de esta sentencia, los mecanismos de control del procedimiento arbitral no fueron diseñados por el legislador para revisar integralmente la controversia resuelta por los árbitros. En este sentido, es claro que las causales para acudir al recurso de anulación son limitadas y prevén la posibilidad de atacar un laudo arbitral por aspectos de naturaleza esencialmente formal." (Citado de la sentencia)

Más adelante aclara algo importante: que la tutela puede coexistir con otros mecanismos judiciales, los cuales automáticamente no la convierten en improcedente.

"En todo caso, es preciso anotar que en virtud de los artículos 8 y 9 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela puede ser presentada de manera simultánea con otras acciones administrativas o judiciales, pues la finalidad y alcance de estas acciones son diferentes, los fundamentos de las mismas no necesariamente guardan relación entre sí y los jueces de conocimiento tienen competencias y facultades precisas para decidir cada una de ellas. Así las cosas, se entiende que la interposición de la acción de tutela de manera simultánea con la presentación de una acción o recurso, por sí sola no hace improcedente la solicitud de amparo constitucional." (Citado de la sentencia)

A continuación, la Corte Constitucional se ocupa de la posibilidad de la vía de hecho. Observa la Corte Constitucional algo bien importante en relación con los contratos de interconexión:

"Con posterioridad a la celebración de dichos contratos, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones expidió la Resolución 463 del 27 de diciembre de 2001 mediante la cual se dispuso que a partir del 1° de enero de 2002 las empresas dueñas de las redes de telecomunicaciones -en este caso Telefónica-, estaban obligadas a ofrecer por lo menos dos opciones de cargos de acceso a los operadores que les demandaran interconexión -en este caso la E.T.B.-: (1) cargos de acceso máximo por minutos y (2) cargos de acceso máximo por capacidad.

Con base en ese marco normativo, Telefónica solicitó a la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones imponer a la E.T.B. la obligación de optar por la modalidad de remuneración relativa al cargo de acceso máximo por minuto. De esta manera, mediante la Resolución 1269 de 2005, la Comisión decidió que Telefónica carecía de legitimidad para ejercer el derecho sustancial consagrado en el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001, pues era la E.T.B. quien debía escoger una de las dos opciones y no necesariamente adoptar la señalada por el operador celular." (Citado de la sentencia)

La tesis de la CRT, cuando decidió el conflicto, es que la ETB debía aplicar a todas sus interconexiones el mismo esquema, esto es, el de la Resolución 463 de 2001.

"En este sentido, para el caso de la E.T.B., y dada la celebración del contrato de acceso, uso e interconexión suscrito en 1998, en dicha Resolución la Comisión aclaró que si los operadores habían pactado su relación de interconexión antes de la entrada en vigencia de la Resolución 463 de 2001, el operador que demandara interconexión podía decidir acogerse a esa Resolución, caso en el cual estaba en la libertad de optar por una de las dos opciones de cargos de acceso: (1) cargos de acceso máximo por minutos y (2) cargos de acceso máximo por capacidad."(Citado de la sentencia)

Ello obliga a la Corte Constitucional a analizar el papel de las comisiones de regulación, señalando

"...que el ejercicio de las competencias y funciones de las comisiones de regulación se hallan limitadas por las disposiciones contenidas en el Capítulo 5, Título XII de la Constitución

Política y en el Capítulo 3, Título V de la Ley 142 de 1994, en el sentido de que éstas sólo actúan por delegación del Presidente de la República para el ejercicio de sus funciones de administración y control de eficiencia de los servicios públicos, funciones que de conformidad con la jurisprudencia constitucional de ninguna manera pueden ser entendidas como la facultad para legislar sobre esa materia ."(Citado de la sentencia)

Y advierte poco más adelante que:

"...la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones desbordó las competencias anotadas y resolvió de manera indebida el caso puesto a su consideración.

Esto por cuanto, en primera instancia, de acuerdo con los hechos que fundamentan la presente acción, la Sala encuentra que las normas aplicadas por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones para resolver la controversia entre Telefónica y la E.T.B., es decir, el artículo 5 de la Resolución CRT 463 de 2001 y el artículo 4.2.2.19 de la Resolución CRT 087 de 1997, definen de manera general las condiciones con arreglo a las cuales las empresas de servicios públicos deben remunerar la utilización de las redes de interconexión.

En criterio de esta Sala, en virtud del principio democrático y en consideración de las limitaciones constitucionales y legales dispuestas para el ejercicio de las funciones de las comisiones de regulación anotadas anteriormente, dichas condiciones sólo pueden ser definidas válidamente por el legislador y no por una comisión de regulación -en este caso la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones-, pues no sólo afectan la ejecución de los contratos suscritos en esta materia, sino que también afectan los derechos e intereses de los ciudadanos y varían ostensiblemente la calidad de la prestación de un servicio público, razones suficientes para corroborar la competencia del legislador para expedir normas de intervención económica como las señaladas y desvirtuar la actividad de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones respecto de la definición de los parámetros a los que deben sujetarse las empresas del sector en este sentido.

Ahora bien, en segunda instancia, esta Sala encuentra que la Comisión de Regulación también actuó por fuera de su competencia constitucional y legal al alterar, mediante las resoluciones

1269 y 1303 de 2005, la voluntad de Telefónica y la E.T.B. expresada en los contratos suscritos entre estas empresas en 1998.” (Citado de la sentencia)

Remata más adelante la Corte Constitucional que:

“...es claro que la variación sobre los términos en que será ejecutado un contrato, sólo procede por el común acuerdo de las partes y con arreglo a las normas vigentes que regulan la materia” (citado de la sentencia)

Por ello, el invocado principio de integralidad no es aceptado en la sentencia, pues cada contrato sería una relación independiente.

Conforme lo anterior, predica vía de hecho en la actuación de la CRT; pero aunque la CRT no hubiera incurrido en vía de hecho, sí lo hizo el tribunal de arbitramento porque:

1. Incurrió en defecto orgánico,

1.1 al ignorar el agotamiento de las etapas de solución de conflictos previsto en el contrato.

“...esta Sala concluye que a diferencia de lo afirmado por el Tribunal de arbitramento, la falta de conformación del Comité Mixto de Interconexión, así como de las demás etapas previstas de manera previa a la conformación de dicho Tribunal, inhabilitaba la constitución de éste y lo hacía incompetente para decidir sobre el conflicto propuesto por Telefónica. Al respecto, es necesario reiterar que el fundamento constitucional y legal de las formas de arreglo directo previstas por las partes de un contrato para la solución de las controversias que surjan entre ellas, se encuentra en su voluntad de someter sus diferencias por fuera del ámbito de la justicia estatal y, en esa medida, no puede entenderse que esta decisión no sea tomada en cuenta a la hora de finiquitar el conflicto y verificar si se agotaron los medios no judiciales previstos para ello.” (Citado de la sentencia)

1.2 Al desconocer la existencia de las resoluciones de la CRT que habrían definido el conflicto, debiendo darse este por resuelto. No había por tanto que recurrir al Tribunal de Arbitramento.

"...Entonces, para esta Sala el Tribunal de Arbitramento Telefónica Móviles Colombia S.A. Vs. Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. incurrió en una vía de hecho por defecto orgánico al pronunciarse sobre un caso ya decidido mediante actos administrativos particulares expedidos por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones. En este sentido, para esta Sala, la conformación del Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia contractual entre la E.T.B. y Telefónica era incompatible con las decisiones de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, pues la confrontación de dichas decisiones con el ordenamiento constitucional y legal es competencia exclusiva de la jurisdicción permanente y no de personas investidas transitoriamente de funciones judiciales." (Citado de la sentencia)

2. Incurrió en defecto sustantivo,

2.1 por aplicar el principio de integralidad invocado por la CRT.

2.2 por aplicar la Resolución CRT 463 de 2001, norma expedida con posterioridad a la celebración de los contratos de interconexión. Sobre esto:

"...es necesario concluir que la E.T.B. no se encuentra obligada a acogerse a las mismas condiciones de remuneración en todos sus contratos, pues cada relación contractual es diferente y autónoma de las demás. El hecho de que haya optado por una remuneración en particular en algunos contratos de interconexión celebrados con otros operadores o con el mismo operador celular -en este caso Telefónica-, no es una razón suficiente para pretender obligar a la Empresa a aceptar ese tipo de remuneración en sus demás contratos. Esto es contrario a derecho y viola la autonomía y voluntad de la E.T.B. para contratar." (Citado de la sentencia)

2.3 por pretender aplicar una regulación que trata como minutos comunicaciones de menos de treinta segundos.

"En tercer lugar, aunque se aceptara la competencia de la Comisión de Regulación para expedir normas de intervención económica como la Resolución 463 de 2001, y la procedencia de

aplicar a los contratos en cuestión regulaciones posteriores a su celebración como lo hizo la misma Comisión y el Tribunal accionado, es inaceptable pretender ajustado a derecho que la remuneración de los contratos de interconexión se efectúe de conformidad con el cargo de acceso por minuto en los casos en que los usuarios del servicio emplean menos de treinta segundos en la comunicación. En efecto, para efectos del cobro, eventualmente la aproximación al minuto sólo tiene sentido si los usuarios utilizan por más de treinta segundos el servicio, de otra forma esta tarifa resulta desproporcionada y afecta seriamente los derechos de los consumidores." (Citado de la sentencia)

2.4 porque el cálculo de la condena económica, dado que no aplica el principio de integralidad, carece de sustento.

Finalmente, y vista la sentencia del Consejo de Estado sobre la Res. 489 CRT, se tiene que la condena se basó en normas declaradas nulas. Dice la sentencia como cierre:

"Así las cosas, en virtud de la nulidad de las disposiciones atacadas ante el Consejo de Estado y del decaimiento de los actos administrativos posteriores cuyo fundamento son esas disposiciones -entre ellos las resoluciones CRT 1269 y 1303 de 2005-, es razonable sostener que la E.T.B. podrá mantener las condiciones de remuneración pactadas en los contratos de Acceso, Uso e Interconexión de redes telefónicas celebrados el 11 y 18 de noviembre de 1998, frente a Telefónica Móviles Colombia S.A., pues como se señaló anteriormente, en criterio del alto Tribunal, "el párrafo del artículo 9º relativo a que 'los operadores de TMC y TPBCLD que así lo deseen, podrán mantener las condiciones y valores existentes antes de la fecha de publicación de la Resolución 463 de 2001', se entiende ajustado a la legalidad, pues el mismo se sustrae de los alcances de la citada Resolución 463, cuyos numerales adicionados, que fueron compilados por la Resolución 489 acusados, no podían producir efectos, por las razones antes anotadas."(Citado de la sentencia)

Después de esto, la Corte Constitucional reconoce que no hay duda de que existen perjuicios irremediabiles, por cuanto siguen corriendo intereses moratorios contra la ETB.

Por ello se declara la nulidad del laudo arbitral en la parte resolutive.²⁹⁰

La importancia del fallo de tutela antes analizado es enorme desde el punto de vista de los argumentos expuestos en esta investigación.

Lo primero que hay que decir es que la justicia arbitral de ninguna manera es una justicia accesoria, de poca trascendencia social y que resuelve conflictos jurídicos sin relevancia.²⁹¹ De hecho, como puede verse la Corte Constitucional reconoce que los árbitros verdaderamente administran justicia y sus laudos son decisiones equiparables en todo sentido a los fallos judiciales. El conflicto jurídico que aquí se estaba resolviendo ascendía a la cuantiosa suma de doscientos mil millones de pesos, nada despreciable frente montos de asuntos que se tramitan ante las jurisdicciones ordinarias.

La Corte Constitucional toca con la Sentencia T-058 de 2009 dos puntos trascendentales: El acceso a la administración de justicia es un derecho constitucional fundamental de primer orden que, además, debe cumplirse bajo los estrictos y rigurosos parámetros del debido proceso; sea donde sea que éste se lleve a cabo, es decir, ante un juez estatal o ante un árbitro habilitado por las partes.

Por otra parte, y para afirmar los argumentos de esta tesis, la decisión de la Corte Constitucional se sale del formato dogmático y formalista de las normas y su regulación específica (lo que se podría llamar como la ‘voz de la ley’), y para decidir se va al vasto y necesario campo de los principios constitucionales fundamentales, que terminan teniendo más peso que la ley –por lo menos en este caso en concreto-.

Comparable con el fallo judicial, el laudo arbitral –como lo expresa la Corte Constitucional- es revisable vía tutela si al administrar justicia con ellos se constituyen en vía de hecho.

²⁹⁰ Tomado de <http://www.arkhaios.com/?p=843>

²⁹¹ El autor Eduardo Zuleta indica sobre el particular que: ‘Y, en ese sentido, si a los particulares por la vía del arbitraje se les entrega la facultad de administrar justicia en causas que valen miles de millones de pesos, no entiendo la resistencia a que se les dé la posibilidad de ayudarle al Estado a descongestionar un sistema judicial colapsado. Esa sería una buena medida. Entiendo que la Rama Judicial tiene reparos, pero se necesitan soluciones urgentes.’ *Ámbito Jurídico*, Legis, año XV, No. 350. Colombia. 23 de julio al 5 de agosto de 2012, página 17.

Finalmente, la Sentencia T-058 de 2009 no es de ninguna manera un cuestionamiento a la justicia arbitral, ni a sus falencias y carencias, sino que más bien sienta una postura profunda y cercanamente acertada sobre lo que es el arbitramento, así como lo que se debe observar por cualquier adjudicador al administrar justicia, independientemente de que sea un juez estatal o un árbitro.

V. CONCLUSIONES

En la triple perspectiva de la teoría, las normas y la doctrina y la jurisprudencia se puede concluir respecto al planteamiento de que el arbitraje funcione opcionalmente como mecanismo administrador de justicia para resolver los conflictos jurídicos Estado-individuo, como una propuesta alternativa de igualdad y neutralidad judicial para asuntos contencioso administrativos que:

Desde los planteamientos de la Teoría Jurídica, concretamente los expresados por los CLS, el derecho, la política y los fallos judiciales (adjudicación) son campos de acción estrechamente ligados entre sí, por lo que no podría considerarse que las sentencias sean el resultado matemático de aplicar la ley frente a los hechos ocurridos; este entendido se debe a que nuestros fallos judiciales y nuestro ordenamiento jurídico interno aún se mueve en una corriente formalista del derecho, especialmente la JCA. Sin embargo, hay nuevos modelos normativos de referencia, que podrían dar otras soluciones, comprensiones y alcances a una figura como el arbitraje, fundados en la transformación no sólo del Estado de corte burgués capitalista sino de las sociedades políticas modernas, cuyas variaciones sociales y económicas son evidentes y ya no obtienen las respuestas necesarias de los paradigmas racionales de la fundamentación jurídica (jusnaturalismo y juspositivismo)

Al darse la transformación del Estado capitalista burgués y de las sociedades políticas modernas se establecen las condiciones para el surgimiento –desde el derecho- de teorías que superan el reduccionismo normativista (importancia sacramental del texto de la ley)

Para el caso específico de la administración de justicia, lo anterior tiene relevancia en la medida en que los jueces fallan –aunque lo nieguen- fundados en la corriente positivista dominante y con base en un ordenamiento jurídico altamente permeado por el discurso político, distorsionando la *neutralidad* de sus fallos. Y aunque la *neutralidad* es por principio esperada en las decisiones judiciales, al estar ésta encubierta se violaría en los procesos judiciales el principio y derecho al *debido proceso*.

La neutralidad de los fallos judiciales también está influenciada por el concepto de derecho como integridad, afirmado por la corriente positivista dominante y negado por los CLS, las corrientes antiformalistas y antidogmáticas, pues al no contener el ordenamiento jurídico positivo todas las normas con base en las cuales puede fallar el adjudicador, éste se enfrenta ante la libertad o restricción de crear derecho o de aplicar las normas vigentes y ello afecta la neutralidad de sus fallos.

La Teoría Jurídica es el sustrato de nuestra ‘cultura jurídica’, la cual tiene un origen eminentemente revolucionario francés consistente en tener a la ley como marco máximo de referencia y consulta. Sin embargo, debido a las corrientes teóricas jurídicas externas, la transformación del Estado y del derecho administrativo, la constitucionalización del derecho y la creciente preponderancia de los principios como elementos de referencia cada vez más consultados para la administración de justicia ya no es tan cierto el pedestal en el que se encuentra la regla de derecho (ley)

La propuesta investigativa está pensada en términos de la evolución del derecho y el impacto que estos cambios podrían tener en la administración de justicia estatal, con su dogmática forma de operar.

Actualmente, aunque hay cambios, la administración de justicia sigue operando mayormente en clave literalista; sin embargo, abrir la puerta para que tribunales arbitrales juzgaran todo tipo de conflicto Estado-individuo sería una variación que debería producirse desde la concepción misma de la Constitución y sus principios, pues ésta indica en su artículo 116 que la institución del arbitraje se da ‘en los términos que determine la ley’

La soberanía estatal se ha entendido como autoridad o poder supremo del Estado, y en principio, para lo que en la administración de justicia se refiere, lo ejerce de manera monopólica; salvo los casos autorizados del artículo 116 constitucional.

Las previsiones legales establecidas como mandato desde la misma Constitución para el ejercicio de la administración de justicia arbitral, así como el preponderante principio de

soberanía estatal, constituyen –entre otros- uno de los límites más fuertes de esta propuesta investigativa.

Pero, por otra parte, uno de los detonantes de darle la posibilidad a los tribunales arbitrales de juzgar todo tipo de conflictos Estado-individuo ante la JCA es considerar que dicho ejercicio es en últimas administración de justicia en sentido estricto y, en la medida en que se cumplan los requerimientos del principio del debido proceso, su actuación es totalmente equiparable a la de los jueces estatales.

La Constitución política, en su artículo 116, da un marco restringido para que sea únicamente la ley –a través del poder legislativo- quien determine el alcance y operatividad del arbitraje, así también lo hace la ley Estatutaria de Justicia con su reforma del año 2009. En este mismo sentido, toda la normativa de los MASC se da en desarrollo del mandato constitucional; pero debe recalarse que con el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional –que derogó en su integridad el Decreto 1818 de 1998 como código de procedimiento para la aplicación de la justicia arbitral- las posibilidades que se abren son mayores, pues ya establece de forma clara que al arbitraje se someten aquellas controversias relativas a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice –es decir, en la medida en que el legislador de competencias a los árbitros-.

Además, y a partir de la expedición del Nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, debe indicarse que hay una nueva concepción del Derecho administrativo, pues el cambio legislativo no sólo es una puesta a punto con las tendencias actuales antiformalistas del derecho y de los procesos judiciales sino que está a punto con las nuevas tendencias de los procesos jurisdiccionales a nivel mundial y –por supuesto- en la lógica de la justicia arbitral ahora reglada en la Ley 1563 de 2012.

Finalmente, debe señalarse que sectores mayoritarios de la doctrina y la jurisprudencia se oponen a la plena operatividad del arbitraje como figura administradora de justicia debido a la fuerte incidencia de la cultura legalista y monopólica que aún opera en nuestros conceptos más internos del derecho y del Estado; sin embargo, la Sentencia T-058 de 2009 es fundamental al

dar un paso más adelante y señalar que los árbitros son verdaderamente administradores de justicia y sus laudos son decisiones equiparables en todo sentido a los fallos judiciales. En apoyo de esta vanguardia está lo preceptuado por el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional cuyo éxito o fracaso dependerá de cómo sea interpretado.

VI. ANEXOS

NORMATIVA SOBRE ARBITRAJE EN COLOMBIA

1. DECRETO 2279 DE 1989

‘ARTÍCULO 1. Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir, o vinculadas con uno o varios fideicomisos mercantiles. El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico.

ARTÍCULO 2. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de árbitros, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

La cláusula compromisoria puede estipularse para someter a la decisión arbitral, todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato determinado; si éstas no se especificaran, se presumirá que la cláusula compromisoria se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual.

El compromiso puede pactarse una vez surgido el conflicto, antes o después de iniciado el proceso judicial; en este último caso mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia.

ARTÍCULO 3. Las partes deberán acordar el pacto arbitral en cualquier documento, con inclusión de telegramas, télex, fax u otro medio semejante en el que manifiesten expresamente su propósito de someterse a decisión arbitral.

El pacto arbitral deberá indicar el lugar exacto en que las partes recibirán notificaciones e impondrá a éstas el deber de comunicarse cualquier variación, so pena de que se surtan en el lugar inicialmente señalado.

ARTÍCULO 4. La cláusula compromisoria que se pacte en documentos separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.

ARTÍCULO 5. El compromiso no producirá efecto alguno si no reúne los siguientes requisitos:

1. Nombre, domicilio de las partes y lugar de notificaciones.
2. Diferencias o conflictos, objeto de arbitraje
3. Indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar.

En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél.

ARTÍCULO 6. Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en derecho, en conciencia o fundados en principios técnicos. Si nada se estipula, el fallo será en derecho.

Cuando el laudo deba proferirse en conciencia, los árbitros podrán conciliar pretensiones opuestas.

ARTÍCULO 7. Las partes determinarán el número de árbitros, el cual será siempre impar, a falta de acuerdo los árbitros serán tres.

Si el laudo debe proferirse en derecho, el o los árbitros deben ser abogados.

Si el laudo debe proferirse con fundamento en principios técnicos, el o los árbitros deben ser profesionales especializados en la respectiva materia.

ARTÍCULO 8. Cuando el arbitramento se refiera a litigios surgidos entre nacionales colombianos, en territorio colombiano y con respecto a relaciones jurídicas que deban cumplirse en Colombia, los árbitros deben ser ciudadanos colombianos en ejercicio de sus derechos.

En los demás casos los árbitros pueden ser extranjeros.

ARTÍCULO 9. Las partes deberán nombrar conjuntamente a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero. A falta de acuerdo o cuando el tercero delegado no lo haga, cualquiera de ellas podrá acudir al Juez Civil del Circuito con el fin de que requiera a la parte renuente o al tercero para que efectúe la designación.

Si la parte o el tercero requeridos no hicieren el nombramiento lo hará el juez a petición del interesado, quien deberá acompañar copia del pacto arbitral. El juez hará el nombramiento de la lista entre los abogados que litiguen en su despacho y reúnan los requisitos. Para este efecto, el juez señalará día y hora para que tenga lugar la audiencia respectiva.

ARTICULO 10.Los árbitros deberán informar a quien los designó, dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación si aceptan o no el cargo. Si guardan silencio se entenderá que no aceptan. El árbitro que no acepte, renuncie, fallezca o quede inhabilitado, será reemplazado en la forma señalada para su nombramiento.

ARTICULO 11.Las partes determinarán libremente el lugar donde debe funcionar el tribunal; a falta de acuerdo el mismo tribunal lo determinará.

ARTICULO 12.Los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se notifique la instalación del tribunal, de conformidad con el procedimiento señalado en el presente decreto.

ARTICULO 13.Siempre que exista o sobrevenga causal de impedimento, el árbitro deberá ponerla en conocimiento de los demás y se abstendrá, mientras tanto, de aceptar el nombramiento o de continuar conociendo del asunto.

La parte que tenga motivo para recusar a alguno de los árbitros por causales sobrevinientes a la instalaciones del tribunal, deberá manifestarlo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que tuvo conocimiento de la causal, por escrito presentado ante el secretario del tribunal. Del escrito se correrá traslado al árbitro recusado para que dentro de los cinco días siguientes manifieste su aceptación o rechazo.

ARTICULO 14.Si el árbitro rechaza expresamente la recusación, o si en tiempo hábil no hace uso del traslado, los demás la aceptarán o negarán por auto motivado que será notificado a las partes en la

audiencia que para el efecto se llevará a cabo dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del traslado para el árbitro recusado.

Aceptada la causal de impedimento o recusación, los demás árbitros lo declararán separado del conocimiento del negocio y comunicarán el hecho a quien hizo el nombramiento para que proceda a reemplazarlo. En caso de que éste no lo haga dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la aceptación de la causal, el juez civil del circuito del lugar decidirá a solicitud de los demás árbitros. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

ARTÍCULO 15. Si al decidirse sobre el impedimento o recusación de uno de los árbitros hay empate, o si el árbitro es único, las diligencias serán enviadas al juez civil del circuito del lugar donde funcione el tribunal de arbitramento para que decida de plano. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

ARTÍCULO 16. Cuando todos los árbitros o la mayoría de ellos se declaren impedidos o fueren recusados, el expediente se remitirá al juez civil del circuito para que decida de plano.

Si se aceptare el impedimento o prosperare la recusación, la correspondiente decisión se comunicará a quien hizo el nombramiento para que proceda al reemplazo en la forma prevista para la designación.

Si el impedimento o la recusación se declaran infundados, el juez devolverá el expediente al tribunal de arbitramento para que continúe su actuación.

ARTÍCULO 17. El proceso arbitral se suspenderá desde el momento en que el árbitro se declare impedido, acepte la recusación o se inicie el trámite de la misma, hasta cuando sea resuelta y sin que se afecte la validez de los actos surtidos con anterioridad.

Igualmente, se suspenderá el proceso arbitral por inhabilidad o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea su reemplazo.

El tiempo que demande el trámite de la recusación, la sustitución del árbitro impedido o recusado, la provisión del inhabilitado o fallecido, se descontará del término señalado a los árbitros para que pronuncien su laudo.

ARTÍCULO 18. El árbitro que deje de asistir por lo menos a dos audiencias incurrirá en la responsabilidad que su omisión acarree y estará obligado a devolver al consignante o consignantes, dentro de los cinco días siguientes, la totalidad de la suma recibida por concepto de honorarios, incrementando en un veinticinco por ciento. Los árbitros restantes darán aviso a quien designó al árbitro que incurra en la conducta mencionada para que de inmediato lo reemplace.

Para exonerarse de las sanciones establecidas, el árbitro deberá acreditar incapacidad física.

En caso de renuncia, el árbitro deberá devolver al consignante o consignantes, la totalidad de la suma recibida por concepto de honorarios.

ARTÍCULO 19. Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite.

El término podrá prorrogarse hasta seis (6) meses, a solicitud de las partes o sus apoderados con facultad expresa para ello. A este término se adicionarán los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.

ARTICULO 20. Aceptados los cargos por todos los árbitros, se instalará el tribunal en el lugar que adopte conforme al presente Decreto; acto seguido elegirá un presidente de su seno y un secretario distinto de ellos, quien tomará posesión ante el presidente.

ARTÍCULO 21. Ejecutoriada la providencia que define lo relativo a honorarios y gastos, se entregará el expediente al secretario del Tribunal de Arbitramento para que prosiga la actuación.

En el acto de instalación, el tribunal fijará los honorarios de sus miembros y los del secretario, así como la suma que estime necesaria para gastos de funcionamiento. Las partes podrán objetarlos dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia que los fijó, mediante escrito en que expresarán las sumas que consideren justas. Si los árbitros rechazan la objeción, enviarán lo actuado al juez civil del circuito para que de plano haga la regulación, que no podrá ser inferior a la suma estimada por las partes. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

ARTICULO 22. En firme la regulación de gastos y honorarios, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del tribunal, quien abrirá una cuenta especial.

Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por ésta dentro de los cinco días siguientes, pudiendo solicitar su reembolso inmediato. Si éste no se produce podrá el acreedor obtener el recaudo por la vía ejecutiva ante las autoridades jurisdiccionales comunes, en trámite independiente al del arbitramento. Para tal efecto bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal, con la firma del secretario, y en la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago.

De no mediar ejecución, las expensa por gastos y honorarios pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para liquidar costas.

Vencidos los términos previstos para efectuar la consignación total, si ésta no se realizare, el tribunal declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral, quedando las partes en libertad de acudir a los jueces de la República.

ARTICULO 23. Efectuada la consignación, se entregará a cada uno de los árbitros y al secretario la mitad de los honorarios y el resto quedará depositado en la cuenta abierta para el efecto. El Presidente distribuirá el saldo una vez terminado el arbitraje por voluntad de las partes, o por ejecutoria del laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complementa.

ARTICULO 24. Si del asunto objeto, de arbitraje, estuviera conociendo la justicia ordinaria, el tribunal solicitará al respectivo despacho judicial, copia de expediente.

Al aceptar su propia competencia, el tribunal informará, enviando las copias correspondientes y, en cuanto lo exija el alcance del pacto arbitral de que se trate, el juez procederá a disponer la suspensión.

El proceso judicial se reanudará si la actuación de la justicia arbitral no incluye con laudo ejecutoriado. Para este efecto, el presidente del tribunal, comunicará al despacho respectivo el resultado de la actuación

ARTÍCULO 25. Cumplidas las actuaciones anteriores, el tribunal citará a las partes para la primera audiencia de trámite, con diez (10) días de anticipación, expresando fecha, hora y lugar en que debe

celebrarse. La providencia será notificada personalmente a las partes por el secretario; no pudiendo hacerse por este medio, se hará por correo certificado en la dirección anotada en el contrato.

ARTICULO 26. Cuando se trate de arbitramento en derecho, las partes deberán comparecer al proceso arbitral por medio de abogado titulado, a menos que se trate de asuntos exceptuados por la ley. La constitución de apoderado implica la facultad para notificarse de todas las providencias.

ARTICULO 27. En la primera audiencia se leerán el documento que contengan el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral, y se expresarán las prestaciones de las partes, estimando razonablemente su cuantía.

ARTICULO 28. Cuando por iniciativa de las partes, nuevas cuestiones aumentaren en forma apreciable el objeto del litigio, el tribunal podrá adicionar proporcionalmente la suma decretada para gastos y honorarios, y aplicará lo dispuesto para la fijación inicial. Efectuada la nueva consignación, el tribunal señalará fecha y hora para continuar la audiencia, si fuere el caso.

ARTÍCULO 29. Cumplida la actuación indicada en el artículo anterior, el tribunal pasará a examinar su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible del recurso de reposición.

Si el tribunal aceptare que es competente, en el mismo auto decretará las pruebas solicitadas y señalará la fecha y hora para nueva audiencia. En caso contrario, se extinguirán definitivamente los efectos del pacto arbitral, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizados por el tribunal, como los honorarios recibidos, con reducción del veinticinco por ciento (25%)

ARTICULO 30. Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al arbitramento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición.

Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario, se declararán extinguidos los efectos del pacto arbitral y los árbitros, reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del tribunal.

Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los terceros.

ARTICULO 31. El tribunal de arbitramento realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes; en pleno decretará y practicará las pruebas solicitadas y las que oficiosamente considere pertinentes.

El tribunal tendrá respecto de las pruebas, las mismas facultades y obligaciones que se señalan al juez en el Código de Procedimiento Civil. Las providencias que decreten pruebas no admiten recurso alguno; la que las nieguen son susceptibles del recurso de reposición.

ARTICULO 32. En el proceso arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrán decretarse medidas cautelares con sujeción a las reglas que a continuación se indican:

Al asumir el tribunal su propia competencia, o en el curso del proceso, cuando la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho, real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como

consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes, podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

A. La inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos al registro, para lo cual se librárá oficio al registrador en que conste el objeto del proceso, el nombre de las partes y las circunstancias que sirvan para identificar los inmuebles y demás bienes. Este registro no excluye los bienes del comercio, pero quienes los adquieran con posterioridad estarán sujetos a los efectos del laudo arbitral.

Si el laudo fuere favorable a quien solicitó la medida, en él se ordenará la cancelación de los actos de disposición y administración efectuados después de la inscripción del proceso, siempre que se demuestre que la propiedad subsiste en cabeza de la parte contra quien se decretó la medida, o de un causahabiente suyo.

En caso de que el laudo le fuere desfavorable, se ordenará la cancelación de la inscripción.

A. Si el tribunal omitiere las comunicaciones anteriores, la medida caducará automáticamente transcurrido un año desde su registro, para lo cual el registrador, de oficio o a solicitud de parte, procederá a cancelarla.

B. El secuestro de los bienes muebles. La diligencia podrá practicarse en el curso del proceso a petición de una de las partes; para este fin, el interesado deberá prestar caución para que garantice los perjuicios que puedan causarse.

Podrán servir como secuestros los almacenes generales de depósito, las entidades fiduciarias, y las partes con las debidas garantías.

PARAGRAFO. El tribunal podrá durante el proceso, a solicitud de terceros afectados, levantar de plano las anteriores medidas, previo traslado por tres (3) días a las partes. Si hubiere hecho qué probar, con la petición o dentro del traslado, se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos.

ARTICULO 33. Concluida la instrucción del proceso, el tribunal oirá las alegaciones de las partes, que no podrán exceder de una (1) hora para cada una; señalará fecha y hora para audiencia de fallo, en la cual el secretario leerá en voz alta las consideraciones más relevantes del laudo y su parte resolutive. A cada parte se entregará copia auténtica del mismo.

En el mismo laudo se hará la liquidación de costas y de cualquier otra condena.

ARTICULO 34. El laudo se acordará, por mayoría de votos y será firmado por todos los árbitros, aun por quienes hayan salvado el voto y por el secretario; si alguno se negare, perderá el saldo de honorarios que le corresponda el cual se devolverá a las partes.

El árbitro disidente consignará en escrito separado los motivos de su discrepancia.

ARTICULO 35. En el laudo se ordenará que previa su inscripción en lo que respecta a los bienes sujetos a registro, se protocolice el expediente por el presidente en una notaría del círculo que corresponda al lugar en donde funcionó el tribunal.

Interpuesto recurso de anulación cuando el laudo, el expediente será remitido al tribunal superior del distrito judicial que corresponda a la sede del tribunal de arbitramento y el expediente se protocolizará tan solo cuando quede en firme el fallo del Tribunal superior.

El recurso de anulación no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral.

ARTICULO 36. El laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el tribunal de arbitramento de oficio o a solicitud presentada por una de las partes dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del mismo, en los casos y con las condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

ARTICULO 37. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el presidente del tribunal de arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante el tribunal superior del distrito judicial que corresponda a la sede del tribunal de arbitramento, para lo cual el secretario enviará el escrito junto con el expediente.

ARTICULO 38. Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.
2. No haberse constituido el tribunal de arbitramento en forma legal siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.
3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este Decreto, salvo que de la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.
4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.
5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.
6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.
8. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido, y
9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

ARTÍCULO 39. Las partes deberán nombrar conjuntamente a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero. A falta de acuerdo o cuando el tercero delegado no lo haga, cualquiera de ellas podrá acudir al Juez Civil del Circuito con el fin de que requiera a la parte renuente o al tercero para que efectúe la designación.

Si la parte o el tercero requeridos no hicieren el nombramiento lo hará el juez a petición del interesado, quien deberá acompañar copia del pacto arbitral. El juez hará el nombramiento de la lista entre los abogados que litiguen en su despacho y reúnan los requisitos. Para este efecto, el juez señalará día y hora para que tenga lugar la audiencia respectiva.

ARTICULO 40. Vencido el término de los traslados el tribunal dictará sentencia. En la misma se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes, con arreglo a lo previsto para los procesos civiles.

Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6°, del artículo 38 de este decreto, declarará la nulidad del laudo.

Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenarán en costas al recurrente.

Si el recurso de nulidad prospera con fundamento en las causales 2º, 4º, 5º, o 6º, del artículo 38, los árbitros no tendrán derecho a la segunda mitad de los honorarios.

PARAGRAFO. De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria, conforme a las reglas generales.

ARTICULO 41. El laudo arbitral y la sentencia del tribunal superior en su caso, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por los motivos y trámites señalados en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, no podrá alegarse indebida representación o falta de notificación por quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación.

Son competentes para conocer del recurso de revisión contra el laudo arbitral, el tribunal superior del distrito judicial del lugar correspondiente a la sede del tribunal de arbitramento; y contra la sentencia del tribunal superior que decide el recurso de anulación, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

ARTÍCULO 42. En el proceso arbitral no se admitirán incidentes. Los árbitros deberán resolver de plano, antes del traslado para alegar de conclusión, sobre impedimentos y recusaciones, tacha de testigos y objeciones a dictámenes periciales, y cualquier otra cuestión de naturaleza semejante que pueda llegar a presentarse.

ARTICULO 43. El tribunal cesará en sus funciones:

1. Cuando no se haga oportunamente la consignación de gastos y honorarios prevista en el presente Decreto.
2. Por voluntad de las partes.
3. Por la ejecutoria del laudo, o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente.
4. Por la interposición del recurso de anulación.
5. Por la expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga.

ARTICULO 44. Terminado el proceso, el presidente del tribunal deberá hacer la liquidación final de los gastos; entregará a los árbitros y al secretario la segunda mitad de sus honorarios, cubrirá los gastos pendientes y, previa cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes.

Los árbitros y el secretario no tendrán derecho a la segunda mitad de sus honorarios cuando el tribunal cese en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga, sin haberse expedido el laudo.

ARTÍCULO 45. Los árbitros responderán civil, penal y disciplinariamente en los términos que la ley establece para los jueces civiles del circuito, a quienes se asimilan para determinar la competencia y el procedimiento.

Los árbitros tendrán los mismos deberes, poderes y facultades que para los jueces consagran el Código de Procedimiento Civil, y responderán civil, penal y disciplinariamente en los términos que la ley establece para los jueces civiles del circuito, a quienes se asimilan.

La Procuraduría General de la Nación ejercerá el control y vigilancia sobre los árbitros y el correcto funcionamiento de los tribunales de arbitramento.

ARTICULO 46. Habrá lugar a arbitramento técnico cuando las partes convengan someter a la decisión de expertos en una ciencia o arte las controversias susceptibles de transacción que entre ellas se susciten.

Las materias respectivas y el alcance de las facultades de los árbitros se expresaran en el pacto arbitral.

ARTICULO 47. El arbitramento técnico se registrá por los procedimientos establecidos en este Decreto, en cuanto fueren pertinentes.

ARTÍCULO 48. El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia, respecto de los cuales se haya cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para su vigencia.

ARTÍCULO 49. Las controversias susceptibles de transacción, que surjan entre personas capaces de transigir, podrán ser sometidas a conciliación o amigable composición.

ARTÍCULO 50. La iniciativa de la conciliación o de la amigable composición podrá provenir de ambas partes o de una de ellas.

Si las partes estuvieren de acuerdo, designarán los conciliadores o los amigables componedores, o definirán su nombramiento a un tercero.

ARTÍCULO 51. Por la amigable composición se otorga a los componedores la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las partes, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción.

ARTÍCULO 52. La expresión de la voluntad de someterse a la amigable composición se consignará por escrito que deberá contener:

1. El nombre, domicilio y dirección de las partes.
2. Las cuestiones objeto de la amigable composición.
3. El nombre o nombres de los amigables componedores cuando las partes no hayan deferido su designación a un tercero.
4. El término para cumplir el encargo, que no podrá exceder de treinta (30) días.

ARTÍCULO 53. El documento que contenga la correspondiente transacción, cuando éste sea el resultado deberá ser reconocido ante el notario.

ARTÍCULO 54. En los pactos arbitrales celebrados con anterioridad a la vigencia de este Decreto, la notificación que deba hacerse personalmente a una de las partes se efectuará de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

ARTICULO 55. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Título XXXIII del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil y el Título III del Libro Sexto del Código de Comercio.’

2. LEY 23 DE 1991

‘Artículo 90. El arbitramento será institucional o independiente. Es institucional el que se realiza a través de los centros de arbitramento que se organicen con sujeción a las normas de esta ley, e independiente el que se realiza conforme a las normas del Decreto 2279 de 1989, con las modificaciones que aquí se introducen.

Artículo 91. Las asociaciones, fundaciones, agremiaciones, corporaciones y cámaras de comercio que tengan un mínimo de cien miembros y dos años de experiencia, previa autorización del Ministerio de Justicia de conformidad con los requisitos de esta Ley, podrán organizar sus propios Centros de Arbitraje, los cuales quedarán sometidos a la vigilancia del Ministerio de Justicia. Los Centros de Arbitraje de las cámaras de comercio establecidos antes de la vigencia de la presente Ley, podrán continuar funcionando en los términos aquí establecidos y deberán ajustar sus reglamentos a los requerimientos de la misma.

Artículo 92. Cuando el arbitraje sea institucional se someterá a las reglas procesales establecidas para el arbitraje independiente, en cuanto no sean incompatibles.

Artículo 93. Todo Centro de Arbitraje tendrá su propio reglamento, que deberá contener:

- a) Manera de hacer las listas de árbitros con vigencia no superior a dos años, requisitos que deben reunir, causas de exclusión de ellas, trámites de inscripción y forma de hacer su designación.
- b) Listas de secretarios con vigencia no superior a dos (2) años, y forma de hacer su designación.
- c) Tarifas de honorarios para árbitros y secretarios, aprobadas por el Ministerio de Justicia, de obligatoria aplicación para el arbitraje institucional.
- d) Tarifas para gastos administrativos.
- e) Normas administrativas aplicables al Centro.
- f) Funciones del secretario.
- g) Forma de designar al Director del Centro, sus funciones y facultades.

Artículo 94. Los Centros de Arbitraje y Conciliación deberán reunir los siguientes requisitos fundamentales:

- a) Contar con una sede permanente, dotada de los elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los tribunales de arbitramento.
- b) Disponer de una lista de árbitros, cuyo número no podrá ser inferior a veinte (20).

Artículo 95. El nombramiento de los árbitros y el del Secretario se hará de las listas del Centro de Arbitraje. Los árbitros y el Secretario deberán aceptar la designación, so pena de ser excluidos de la lista del Centro.

Artículo 96. El artículo 1o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Artículo 1o. Podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. El arbitramento puede ser en derecho, en conciencia o técnico.

Los conflictos surgidos entre las partes por razón de la existencia, interpretación, desarrollo o terminación de contratos de arrendamiento, podrán solucionarse a través de la justicia arbitral, pero los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos deberán tramitarse ante la jurisdicción ordinaria.

Artículo 97. Derogase el inciso 2 del artículo 3o. del Decreto 2279 de 1989.

Artículo 98. El artículo 5o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Artículo 5o. El compromiso no producirá efecto alguno si no reúne los siguientes requisitos:

- a) Nombre y domicilio de las partes.
- b) Diferencias o conflictos, objeto de arbitraje.
- c) El nombre del árbitro o árbitros designados o la indicación precisa de la fórmula convenida para su nombramiento, la que deberá, en todo caso, observar las reglas al efecto establecidas por la ley.
- d) Indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas de aquél.

Artículo 99. El inciso 1 del artículo 7o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Las partes determinarán el número de árbitros, el cual será siempre impar. Si no lo hacen los árbitros serán tres, salvo en las cuestiones de menor o mínima cuantía en cuyo caso el árbitro será uno solo.

Artículo 100. El artículo 8o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Artículo 8o. Los árbitros serán ciudadanos colombianos, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados vigentes respecto del arbitraje internacional.

Artículo 101. El artículo 9o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Artículo 9o. Las partes podrán nombrar los árbitros directamente y de común acuerdo, o delegar en un tercero total o parcialmente la designación. A falta de acuerdo o cuando el tercero delegado no efectúe la designación, cualquiera de las partes podrá acudir al juez civil del circuito para que se requiera a la parte renuente a lograr el acuerdo, o al tercero para que lleve a cabo la designación.

El requerimiento lo hará el juez en audiencia que para el efecto deberá citar, con la comparecencia de las partes y el tercero que debe hacer el nombramiento. Si alguno de ellos no asiste o no se logra el acuerdo o la designación, el juez procederá, en la misma audiencia, a nombrar el árbitro o árbitros correspondientes, de la lista de la cámara de comercio del lugar, y a falta de ella, la de jurisdicción más próxima.

Artículo 102. El artículo 18 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Artículo 18. El árbitro que deje de asistir por dos veces sin causa justificada, quedará relevado de su cargo, y estará obligado a devolver al presidente del tribunal, dentro de los cinco (5) días siguientes, la totalidad de la suma recibida incrementada en un veinticinco por ciento (25 %) que quedará a su disposición para cancelar los honorarios del árbitro sustituto y para devolver a las partes de conformidad con las cuentas finales. Los árbitros restantes darán aviso a quien designó al árbitro que incurra en la conducta mencionada para que de inmediato lo reemplace.

En todo caso, si faltare tres (3) veces en forma justificada, quedará automáticamente relevado de su cargo.

En caso de renuncia, o remoción por ausencia justificada, se procederá a su reemplazo en la forma indicada, y el árbitro deberá devolver al presidente del tribunal la totalidad de la suma recibida por concepto de honorarios.

Artículo 103. El artículo 19 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Artículo 19. Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite.

El término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

En todo caso se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.

Artículo 104. El inciso 1o. del artículo 21 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

En el acto de instalación, el tribunal fijará los honorarios de sus miembros y los del secretario, así como la suma que estime necesaria para gastos de funcionamiento. Dicho auto deberá notificarse personalmente. Las partes podrán objetarlos dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la providencia que los fijó, mediante escrito en que expresarán las sumas que consideren justas. Si los árbitros rechazan la objeción, enviarán lo actuado al juez civil del circuito para que de plano haga la regulación, que no podrá ser inferior a la suma estimada por las partes. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Artículo 105. Los incisos 3o. y 4o. del artículo 22 del Decreto 2279 de 1989, quedarán así:

De no mediar ejecución, las expensas por gastos y honorarios pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para liquidar costas. A cargo de la parte incumplida se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancela la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo. El tribunal podrá en el laudo ordenar compensaciones.

Vencidos los términos previstos para efectuar la consignación total, si ésta no se realizare, el tribunal declarará mediante auto concluidas sus funciones y se extinguirán los efectos del compromiso, o los de la cláusula compromisoria para este caso, quedando las partes en libertad de acudir a la justicia ordinaria.

Artículo 106. El artículo 25 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Artículo 25. Cumplidas las actuaciones anteriores, el tribunal citará a las partes para la primera audiencia de trámite, con diez (10) días de anticipación, expresando fecha, hora y lugar en que debe celebrarse. La providencia será notificada personalmente a las partes o a sus apoderados. No pudiendo hacerse por este medio, se hará por correo certificado.

Artículo 107. El artículo 27 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Artículo 27. En la primera audiencia se leerán el documento que contenga el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral, y se expresarán las pretensiones de las partes, estimando razonablemente su cuantía.

Artículo 108. El inciso 2 del artículo 29 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Si el tribunal aceptare que es competente, en el mismo auto decretará las pruebas que en la misma audiencia deberán presentar y pedir las partes, y señalará fecha y hora para nueva audiencia.

En caso contrario se extinguirán definitivamente los efectos del pacto arbitral para dicho caso y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizados por el tribunal, como los honorarios recibidos, con deducción del veinticinco por ciento (25%).

Artículo 109. El inciso 2 del artículo 30 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula

compromisoria para dicho caso, y los árbitros reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del tribunal.

Artículo 110. El inciso 4 del literal 32 de del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Si el tribunal omitiere las comunicaciones anteriores, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia del tribunal superior que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador a solicitud de parte procederá a cancelarla.

Artículo 111. El inciso 3 del artículo 35 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

El recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo arbitral, salvo que el recurrente ofrezca caución para responder por los per-juicios que la suspensión cause a la parte contraria.

El monto y la naturaleza de la caución serán fijados por el tribunal superior en el auto que aboque el conocimiento, y ésta deberá constituirse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de aquél, so pena de que se declare desierto el recurso.

Artículo 112. El artículo 39 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Artículo 39. El tribunal superior rechazará de plano el recurso de anulación cuando aparezca manifiesto que su interposición, es ex-temporánea o cuando las causales no correspondan a ninguna de las señaladas en el artículo anterior.

En el auto por medio del cual el tribunal superior aboque el conocimiento ordenará el traslado sucesivo por cinco (5) días al recurrente para que lo sustente y, a la parte contraria para que presente su alegato. Los traslados se surtirán en la secretaría. Si no sustenta el recurso el tribunal lo declarará desierto.

Artículo 113. El artículo 42 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Artículo 42. En el proceso arbitral no se admitirán incidentes. Los árbitros deberán resolver de plano, antes del traslado para alegar de conclusión, sobre tachas a los peritos, y cualquier otra cuestión de naturaleza semejante que pueda llegar a presentarse. Las objeciones a los dictámenes periciales y las tachas a los testigos se resolverán en el laudo.

Artículo 114. El inciso 1 del artículo 45 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Los árbitros tendrán los mismos deberes, poderes y facultades que para los jueces se consagran en el Código de Procedimiento Civil, y responderán civil, penal y disciplinariamente en los términos que la ley establece para los jueces civiles del circuito, a quienes se asimilan.

Artículo 115. El artículo 47 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

Artículo 47. El arbitraje técnico continuará funcionando de acuerdo a los usos y costumbres que en la materia se han venido imponiendo.

Artículo 116. El artículo 51 del Decreto 2279 de 1989, tendrá un inciso 2 que quedará así:

Si las partes estuvieren de acuerdo, designarán los amigables componedores, o deferirán su nombramiento a un tercero.

Artículo 117. Los artículos 48, 49, 50, 53 y 54 del Decreto 2279 de 1989, quedan derogados.

3. DECRETO 2651 DE 1991

‘ARTICULO 11. En razón del pacto arbitral los árbitros quedan investidos transitoriamente de la función de administrar justicia y por ello las normas del presente Decreto se aplicarán en todos los

procesos arbitrales incluso surgidos de contrato administrativo, tanto institucionales como independientes.

ARTICULO 12. Los procesos arbitrales son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales y de menor cuantía los demás; en estos últimos no se requiere de abogado y salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro será único. Los que no versen sobre derechos patrimoniales, se asimilan a los de mayor cuantía.

ARTICULO 13. La solicitud de convocatoria deberá reunir todos los requisitos exigidos por la ley para la demanda y se dirigirá al centro de arbitraje indicado en el numeral 1º, del artículo 15 de este Decreto.

ARTICULO 14. Si el asunto es de menor cuantía o no versa sobre derechos patrimoniales, habrá lugar al amparo de pobreza en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil, y podrá ser total o parcial; si hay lugar a la designación de apoderado, ésta se hará a la suerte entre los abogados incluidos en la lista de árbitros del respectivo centro de conciliación.

ARTICULO 15. Para la integración del Tribunal de Arbitramento se procederá así:

1. La solicitud de convocatoria se dirigirá por cualquiera de las partes o por ambas al centro de arbitraje acordado y a falta de éste a uno del lugar de domicilio de la otra parte, y si fuere ésta plural o tuviere varios domicilios al de cualquiera de ellos a elección de quien convoca el tribunal. Si el centro de conciliación rechaza la solicitud, el Ministerio de Justicia indicará a qué centro le corresponde.
2. Si las partes han acordado quiénes serán los árbitros pero no consta su aceptación, el director del centro los citará personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncien; el silencio se entenderá como rechazo.
3. Si se ha delegado la designación, el director requerirá personalmente o por telegrama al delegado para que en el término de cinco días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si hace la designación, se procederá como se indica en el punto 2º anterior.
4. En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el director telegráficamente las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. El director hará las designaciones que no hagan las partes.
5. Antes de la instalación del tribunal las partes de común acuerdo pueden reemplazar total o parcialmente a los árbitros.
6. De la misma forma prevista en este artículo se procederá siempre que sea necesario asignar un reemplazo.

ARTICULO 16. En cuanto al trámite inicial se procederá así:

1. Si el asunto es de menor cuantía se aplicarán los artículos 436 a 438 <437>y los párrafos 1o., 2o. y 3o., del artículo 439 del Código de Procedimiento Civil y la demanda puede presentarse verbalmente.
2. Si el asunto es de mayor cuantía se aplicarán los artículos 428 a 430 <429>y los párrafos 1o., 2o. y 3o., del artículo 432 del mismo Código y cabe reconvencción.
3. Salvo que con anterioridad se hubiere intentado, habrá lugar a una audiencia de conciliación, la cual se cumplirá ante el director del centro como conciliador, y se efectuará una vez que se hayan cumplido todos los trámites previos a la instalación del tribunal. El director del centro fijará lugar, día y hora para dicha audiencia que no podrá efectuarse antes de cinco días ni después de diez, contados a partir de la fecha de la convocatoria, la cual se comunicará telegráficamente a las partes.
4. Si se propusieren excepciones previas, éstas serán resueltas por el tribunal en la primera audiencia del trámite.
5. El director del centro adelantará todos los trámites.

ARTICULO 17. Para la instalación del tribunal se procederá así:

1. Una vez cumplidos todos los trámites para la instalación del tribunal e integrado éste, y fracasada la conciliación o si ésta fuere parcial, o no tuviere lugar por haberse surtido con anterioridad, el director del centro de arbitraje fijará fecha y hora para la instalación del tribunal, que se comunicará telegráficamente a los árbitros y a las partes, salvo que éstos hubieren sido notificados en estrados.
2. Si alguno de los árbitros no concurre, allí mismo se procederá a su reemplazo en la forma prevista en el numeral 6o., del artículo 15 de este Decreto.
3. El director del centro entregará a los árbitros la actuación surtida hasta ese momento.
4. Cuando el asunto sea de menor cuantía los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas del respectivo centro.
5. La objeción a la fijación de honorarios y gastos deberá formularse mediante recurso de reposición, que se resolverá allí mismo.
6. Se determinará la dirección del lugar de funcionamiento del tribunal y de la secretaría.

ARTICULO 18. La primera audiencia de trámite se desarrollará así:

1. En primer lugar el tribunal resolverá sobre su propia competencia.
2. Si la acepta total o parcialmente, resolverá sobre las excepciones previas de conformidad con el artículo 99 del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente, así:
 - a) Si se trata de las excepciones contempladas en los numerales 4o., 5o., 6o. y 7o., del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, y el tribunal lo considera pertinente, ordenará que dentro de los cinco días siguientes se subsanen los defectos o se presenten los documentos omitidos y procederá como se indica en el numeral 5o., del artículo 99 del Código de Procedimiento Civil;
 - b) En la misma audiencia resolverá sobre aquellas que no requieren práctica de pruebas; si la requieren, procederá como se indica en el inciso 1o., del artículo 99 del mismo Código y resolverá en audiencia;
 - c) Dará aplicación al número 7o., del artículo 99. En este caso se procederá como se indica en el inciso 2o., del artículo 29 del Decreto 2279 de 1989;
 - d) En el caso del número 8o., del artículo 99, dará por terminado el proceso;
 - e) En el caso del número 10 del artículo 99, dará aplicación al artículo 30 del Decreto 2279 de 1989;
 - f) Dará aplicación al número 12 del artículo 99;
 - g) Cuando como consecuencia de la prosperidad de una excepción previa termine el proceso, el tribunal devolverá a las partes tanto la porción de gastos no utilizados como los honorarios recibidos, con deducción de un veinticinco por ciento.
3. Resueltas las excepciones previas, si las hubo, resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estimen necesarias.
4. Si del asunto estuviere conociendo la justicia ordinaria el tribunal recibirá la actuación en el estado en que se encuentre en materia probatoria y practicará las pruebas que falten, salvo acuerdo de las partes en contrario.
5. Se fijará fecha y hora para la siguiente audiencia.

ARTICULO 19. Los impedimentos y recusaciones serán resueltos por el director del centro de arbitraje.

ARTICULO 20. En el laudo se dará aplicación al inciso 3o., del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

4. LEY 446 DE 1998

ARTICULO 111. El artículo 1o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

"Artículo 1o. El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda

transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el Árbitro deberá ser Abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico.

PARAGRAFO. En la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje. Si nada se estipula, el fallo será en derecho."

ARTICULO 112. El artículo 90 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

"Artículo 90. El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el centro de arbitraje; y, legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes."

ARTICULO 113. El artículo 91 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

"Artículo 91. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro podrán crear Centros de Arbitraje, previa autorización de la Dirección de Conciliación y Prevención del Ministerio de Justicia y del Derecho. Para que dicha autorización sea otorgada se requiere:

1. La presentación de un estudio de factibilidad desarrollado de acuerdo con la metodología que para el efecto determine el Ministerio de Justicia y del Derecho.
2. La demostración de recursos logísticos, administrativos y financieros suficientes para que cumpla eficazmente con la función para la cual van a ser autorizados.

PARAGRAFO. Los Centros de Arbitraje que se encuentren funcionando con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, tendrán un plazo de seis meses para adecuarse a los requerimientos de la misma."

ARTICULO 114. Las controversias surgidas entre las partes por la razón de la existencia, interpretación, desarrollo o terminación de contratos de arrendamiento podrán solucionarse a través de la justicia arbitral, pero los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos deberán tramitarse ante la jurisdicción ordinaria.

ARTICULO 115. El artículo 2o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

"Artículo 2o. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces."

ARTICULO 116. El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

"Artículo 2A. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

PARAGRAFO. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán cometerse <sic> al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente."

ARTICULO 117. El artículo 3o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

"Artículo 3o. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante.

El documento en donde conste el compromiso deberá contener:

- a) El nombre y domicilio de las partes;
- b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje;
- c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél."

ARTICULO 118. El artículo 7o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

"Artículo 7o. Las partes conjuntamente nombrarán y determinarán el número de árbitros, o delegarán tal labor en un tercero, total o parcialmente. En todo caso el número de árbitros será siempre impar. Si nada se dice a este respecto los árbitros serán tres (3), salvo en las cuestiones de menor cuantía en cuyo caso el árbitro será uno solo.

Cuando se trate de arbitraje en derecho, las partes deberán comparecer al proceso arbitral por medio de abogado inscrito, a menos que se trate de asuntos exceptuados por la ley."

ARTICULO 119. Los numerales 3 y 4 del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, quedarán así:

"3. Si se ha delegado la designación, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco (5) días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación se procederá como se indica en el numeral anterior, en caso contrario el Centro designará los árbitros.

4. En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el Centro las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. El Centro hará las designaciones que no hagan las partes".

ARTICULO 120. El inciso 2o. del artículo 12 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

"Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco (5) días siguientes a la designación del árbitro".

ARTICULO 121. Previo a la instalación del tribunal de arbitramento, se procederá así:

1. Se surtirá el trámite previsto en los artículos 428 y 430 del Código de Procedimiento Civil.
2. Una vez señalada fecha para la audiencia de conciliación de que trata el numeral anterior, ésta se celebrará de conformidad con lo previsto en el parágrafo primero del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil.

En este proceso cabe la reconvención y no proceden las excepciones previas.

PARAGRAFO. Estos trámites deberán surtirse ante el Director del Centro de Arbitraje, sin perjuicio de que pueda delegar estas funciones.

ARTICULO 122. Para la instalación del tribunal se procederá así:

1. Una vez cumplidos todos los trámites para la instalación del Tribunal e integrado éste y fracasada la conciliación a que se refiere el artículo anterior de la presente ley, o si ésta fuere parcial, el Centro de Arbitraje fijará fecha y hora para su instalación, que se notificará a los árbitros y a las partes, salvo que éstos hubieren sido notificados por estrados.

2. Si alguno de los Árbitros no concurre, allí mismo se procederá a su reemplazo en la forma prevista en el numeral 6 del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991.
3. El Director del Centro entregará a los árbitros la actuación surtida hasta ese momento.
4. La objeción a la fijación de honorarios y gastos deberá formularse mediante recurso de reposición, que se resolverá allí mismo.

ARTICULO 123. El artículo 23 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

"Artículo 23. Una vez el Tribunal se declare competente y efectuada la consignación a que se refiere el artículo anterior se entregará a cada uno de los árbitros y al Secretario la mitad de los honorarios y el resto quedará depositado en la cuenta abierta para el efecto. El Presidente distribuirá el saldo una vez terminado el arbitraje por voluntad de las partes, o por ejecutoria del laudo o de la providencia que lo declare, corrija o complemente.

ARTICULO 124. La primera audiencia de trámite se desarrollará así:

1. Se leerá el documento que contenga el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresarán las pretensiones de las partes estimando razonablemente su cuantía.
2. El tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición.
3. El tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.
4. Si del asunto estuviere conociendo la justicia ordinaria recibirá la actuación en el estado que se encuentre en materia probatoria y practicará las pruebas que falten, salvo acuerdo de las partes en contrario.
5. Fijará fecha y hora para la siguiente audiencia.

PARAGRAFO. Si el Tribunal decide que no es competente, se extinguirán definitivamente los efectos del pacto arbitral.

ARTICULO 125. Para la práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil, se dará aplicación a las reglas contenidas en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la presente ley, y 21 y 23 del Decreto 2651 de 1991.

ARTICULO 126. El inciso tercero del artículo 30 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:
"Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados."

ARTICULO 127. El Decreto 2279 de 1989 tendrá un artículo nuevo del siguiente tenor:

"Artículo 30A. La intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá a lo previsto a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente el proceso continuará y se decidirá sin su intervención."

ARTICULO 128. El artículo 39 del Decreto 2279 de 1989 quedará así:

"Artículo 39. El Tribunal Superior rechazará de plano el recurso de anulación cuando aparezca manifiesto que su interposición es extemporánea o cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en el artículo anterior.

En el auto por medio del cual el Tribunal Superior avoque el conocimiento ordenará el traslado sucesivo por cinco (5) días al recurrente para que lo sustente, y a la parte contraria para que presente su alegato. Los traslados se surtirán en la Secretaría.

PARAGRAFO. Si no sustenta el recurso el Tribunal lo declarará desierto."

ARTICULO 129. El artículo 40 del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

"Artículo 40. Vencido el término de los traslados, el Secretario, al día siguiente, pasará el expediente al despacho para que se dicte sentencia, la cual deberá proferirse en el término de tres (3) meses. En la misma se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes, con arreglo a lo previsto para los procesos civiles.

Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 4, 5 y 6 del artículo 38 del presente Decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará.

Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente.

Si el recurso de nulidad prospera con fundamento en las causales 2, 4, 5 o 6 del citado artículo 38, los árbitros no tendrán derecho a la segunda mitad de los honorarios.

PARAGRAFO 1o. La inobservancia o el vencimiento de los términos para ingresar el expediente al despacho o para proferir sentencia constituirá falta disciplinaria.

PARAGRAFO 2o. De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria, conforme a las reglas generales."

5. DECRETO 1818 DE 1998

PARTE SEGUNDA

ARBITRAMENTO

TITULO I

NORMAS GENERALES

CAPITULO I

Principios generales

Artículo 115. Definición y modalidades. El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente.

En este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico.

Parágrafo. En la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje. Si nada se estipula, el fallo será en derecho. (Artículo 111 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 1º del Decreto 2279 de 1989).

Artículo 116. Clases. El arbitraje podrá ser independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes. (Artículo 112 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 90 de la Ley 23 de 1991).

Artículo 117. Pacto arbitral. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. (Artículo 115 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 2° del Decreto 2279 de 1989).

Artículo 118. Cláusula compromisoria. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

Parágrafo. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente. (Artículo 116 de la Ley 446 de 1998 que crea el artículo 2A del Decreto 2279 de 1989).

Artículo 119. Compromiso. El compromiso es un negocio jurídico, por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar contenido en cualquier documento como telegramas, télex, fax u otro medio semejante.

El documento en donde conste el compromiso deberá contener:

- a) El nombre y domicilio de las partes;
- b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje;
- c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél.

(Artículo 117 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 3° del Decreto 2279 de 1989).

Artículo 120. La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere. (Artículo 4° del Decreto 2279 de 1989).

Artículo 121. Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en derecho, en conciencia o fundados en principios técnicos. Si nada se estipula, el fallo será en derecho.

Cuando el laudo deba proferirse en conciencia, los árbitros podrán conciliar pretensiones opuestas. (Artículo 6° Decreto 2279 de 1989).

Artículo 122. Árbitros. Las partes conjuntamente nombrarán y determinarán el número de árbitros, o delegarán tal labor en un tercero, total o parcialmente. En todo caso el número de árbitros será siempre impar. Si nada se dice a este respecto los árbitros serán tres (3), salvo en las cuestiones de menor cuantía en cuyo caso el árbitro será uno solo.

Cuando se trate de arbitraje en derecho, las partes deberán comparecer al proceso arbitral por medio de abogado inscrito, a menos que se trate de asuntos exceptuados por la ley. (Artículo 118 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 7° del Decreto 2279 de 1989).

Artículo 123. Los procesos arbitrales son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales y de menor cuantía los demás; en estos últimos no se requiere de abogado y salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro será único. Los que no versen sobre derechos patrimoniales, se asimilan a los de mayor cuantía. (Artículo 12 Decreto 2651 de 1991).

Artículo 124. Creación. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro podrán crear centros de arbitraje, previa autorización de la Dirección de Conciliación y Prevención del Ministerio de Justicia y del Derecho. Para que dicha autorización sea otorgada se requiere:

1. La presentación de un estudio de factibilidad desarrollado de acuerdo con la metodología que para el efecto determine el Ministerio de Justicia y del Derecho.
2. La demostración de recursos logísticos, administrativos y financieros suficientes para que cumpla eficazmente con la función para la cual van a ser autorizados.

Parágrafo. Los Centros de Arbitraje que se encuentren funcionando con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, tendrán un plazo de seis meses para adecuarse a los requerimientos de la misma. (Artículo 113 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 91 de la Ley 23 de 1991).

Artículo 125. Todo Centro de Arbitraje tendrá su propio reglamento, que deberá contener:

- a) Manera de hacer las listas de árbitros con vigencia no superior a dos años, requisitos que deben reunir, causas de exclusión de ellas, trámites de inscripción y forma de hacer su designación;
- b) Listas de secretarios con vigencia no superior a dos (2) años, y forma de hacer su designación;
- c) Tarifas de honorarios para árbitros y secretarios, aprobadas por el Ministerio de Justicia, de obligatoria aplicación para el arbitraje institucional; d) Tarifas para gastos administrativos;
- e) Normas administrativas aplicables al Centro;
- f) Funciones del Secretario;
- g) Forma de designar al Director del Centro, sus funciones y facultades. (Artículo 93 Ley 23 de 1991).

Artículo 126. Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite.

El término podrá prorrogarse hasta seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. A este término se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso. (Artículo 19 Decreto 2279 de 1989).

CAPITULO II

Trámite prearbitral

Artículo 127. La solicitud de convocatoria deberá reunir todos los requisitos exigidos por la ley para la demanda y se dirigirá al Centro de Arbitraje indicado en el numeral 1º del artículo 15 de este Decreto. (Artículo 13 Decreto 2651 de 1991).

Artículo 128. Si el asunto es de menor cuantía o no versa sobre derechos patrimoniales, habrá lugar al amparo de pobreza en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil, y podrá ser total o parcial; si hay lugar a la designación de apoderado, ésta se hará a la suerte entre los abogados incluidos en la lista de árbitros del respectivo centro de conciliación. (Artículo 14 Decreto 2651 de 1991).

Artículo 129. Para la integración del Tribunal de Arbitramento se procederá así:

1. La solicitud de convocatoria se dirigirá por cualquiera de las partes o por ambas al Centro de Arbitraje acordado y a falta de éste a uno del lugar del domicilio de la otra parte, y su fuere ésta plural o tuviere varios domicilios al de cualquiera de ellos a elección de quien convoca al tribunal. Si el centro de conciliación rechaza la solicitud, el Ministerio de Justicia indicará a qué centro le corresponde.
2. Si las partes han acordado quiénes serán los árbitros pero no consta su aceptación, el Director del Centro los citará personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncien; el silencio se entenderá como rechazo.
3. Si se ha delegado la designación, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco (5) días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación se procederá como se indica en el numeral anterior, en caso contrario el Centro designará los árbitros.
4. En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el Centro las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. El Centro hará las designaciones que no hagan las partes.
5. Antes de la instalación del tribunal las partes de común acuerdo pueden reemplazar total o parcialmente a los árbitros.
6. De la misma forma prevista en este artículo se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo. (Artículo 15 Decreto 2651 de 1991 modificado en los numerales 3 y 4 por el artículo 119 de la Ley 446 de 1998).

Artículo 130. Impedimentos y recusaciones. Los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces. Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco (5) días siguientes a la designación del árbitro. (Artículo 12 Decreto 2279 de 1989 modificado en el inciso 2º por el artículo 120 de la Ley 446 de 1998).

Artículo 131. El nombramiento de los árbitros y el del Secretario se hará de las listas del Centro de Arbitraje. Los árbitros y el Secretario deberán aceptar la designación, so pena de ser excluidos de la lista del Centro. (Artículo 95 Ley 23 de 1991).

Artículo 132. Las partes determinarán libremente el lugar donde debe funcionar el tribunal; a falta de acuerdo el mismo tribunal lo determinará. (Artículo 11 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 133. Siempre que exista o sobrevenga causal de impedimento, el árbitro deberá ponerla en conocimiento de los demás y se abstendrá, mientras tanto, de aceptar el nombramiento o de continuar conociendo del asunto.

La parte que tenga motivo para recusar a alguno de los árbitros por causales sobrevinientes a la instalación del tribunal, deberá manifestarlo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que tuvo conocimiento de la causal, por escrito presentado ante el Secretario del Tribunal. Del escrito se correrá traslado al árbitro recusado para que dentro de los cinco días siguientes manifieste su aceptación o rechazo. (Artículo 13 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 134. Si el árbitro rechaza expresamente la recusación, o si en tiempo hábil no hace uso del traslado, los demás la aceptarán o negarán por auto motivado que será notificado a las partes en la audiencia que para el efecto se llevará a cabo dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del traslado para el árbitro recusado.

Aceptada la causal de impedimento o recusación, los demás árbitros lo declararán separado del conocimiento del negocio y comunicarán el hecho a quien hizo el nombramiento para que proceda a

reemplazarlo. En caso de que éste no lo haga dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la aceptación de la causal, el juez civil del circuito del lugar decidirá a solicitud de los demás árbitros. Contra esta providencia no procede recurso alguno. (Artículo 14 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 135. Si al decidirse sobre el impedimento o recusación de uno de los árbitros haya empate, o si el árbitro es único, las diligencias serán enviadas al juez civil del circuito del lugar donde funcione el tribunal de arbitramento para que decida de plano.

Contra esta providencia no procede recurso alguno. (Artículo 15 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 136. Cuando todos los árbitros o la mayoría de ellos se declaren impedidos o fueren recusados, el expediente se remitirá al juez civil del circuito para que decida de plano.

Si se aceptare el impedimento o prosperare la recusación, la correspondiente decisión se comunicará a quien hizo el nombramiento para que proceda al reemplazo en la forma prevista para la designación.

Si el impedimento o la recusación se declaran infundados, el juez devolverá el expediente al tribunal de arbitramento para que continúe su actuación. (Artículo 16 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 137. El proceso arbitral se suspenderá desde el momento en que el árbitro se declare impedido, acepte la recusación o se inicie el trámite de la misma, hasta cuando sea resuelta y sin que se afecte la validez de los actos surtidos con anterioridad.

Igualmente, se suspenderá el proceso arbitral por inhabilidad o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea su reemplazo.

El tiempo que demande el trámite de la recusación, la sustitución del árbitro impedido o recusado, la provisión del inhabilitado o fallecido, se descontará del término señalado a los árbitros para que pronuncien su laudo. (Artículo 17 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 138. Cuando se trate del arbitramento en derecho, las partes deberán comparecer al proceso arbitral por medio de abogado titulado, a menos que se trate de asuntos exceptuados por la ley. La constitución de apoderado implica la facultad para notificarse de todas las providencias. (Artículo 26 Decreto 2279 de 1989).

TITULO II

PROCEDIMIENTO

CAPITULO I

Iniciación del trámite arbitral

Artículo 139. Los árbitros deberán informar a quien los designó, dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación si aceptan o no el cargo. Si guardan silencio se entenderá que no aceptan.

El árbitro que no acepte, renuncie, fallezca o quede inhabilitado, será reemplazado en la forma señalada para su nombramiento. (Artículo 10 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 140. Aceptados los cargos por todos los árbitros, se instalará el Tribunal en el lugar que adopte conforme al presente Decreto; acto seguido elegirá un presidente de su seno y un secretario distinto de ellos, quien tomará posesión ante el presidente. (Artículo 20 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 141. Trámite inicial. Previo a la instalación del Tribunal de Arbitramento, se procederá así:

1. Se surtirá el trámite previsto en los artículos 428 y 430 del Código de Procedimiento Civil.
2. Una vez señalada fecha para la audiencia de conciliación de que trata el numeral anterior, esta se celebrará de conformidad con lo previsto en el párrafo primero del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil.

En este proceso cabe la reconvencción y no proceden las excepciones previas.

Parágrafo. Estos trámites deberán surtirse ante el Director del Centro de Arbitraje, sin perjuicio de que pueda delegar estas funciones. (Artículo 121 Ley 446 de 1998).

Artículo 142. Instalación del Tribunal. Para la instalación del Tribunal se procederá así:

1. Una vez cumplidos todos los trámites para la instalación del Tribunal e integrado este y fracasada la conciliación a que se refiere el artículo anterior de la presente ley, o si esta fuere parcial, el Centro de Arbitraje fijará fecha y hora para su instalación, que se notificará a los árbitros y a las partes, salvo que estos hubieren sido notificados por estrados.
2. Si alguno de los árbitros no concurre, allí mismo se procederá a su reemplazo en la forma prevista en el numeral 6° del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991.
3. El Director del Centro entregará a los árbitros la actuación surtida hasta ese momento.
4. La objeción a la fijación de honorarios y gastos deberá formularse mediante recurso de reposición, que se resolverá allí mismo. (Artículo 122 Ley 446 de 1998).

Artículo 143. Ejecutoriada la providencia que define lo relativo a honorarios y gastos, se entregará el expediente al secretario del Tribunal de Arbitramento para que prosiga la actuación. (Artículo 21 Decreto 2279 de 1989).

172

Artículo 144. En firme la regulación de gastos y honorarios, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del Tribunal, quien abrirá una cuenta especial.

Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquélla podrá hacerlo por esta dentro de los cinco días siguientes, pudiendo solicitar su reembolso inmediato. Si este no se produce podrá el acreedor obtener el recaudo por la vía ejecutiva ante las autoridades jurisdiccionales comunes, en trámite independiente al del arbitramento. Para tal efecto bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del Tribunal, con la firma del secretario, y en la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago.

De no mediar ejecución, las expensas por gastos y honorarios pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para liquidar costas. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancela la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo. El Tribunal podrá en el laudo ordenar compensaciones. Vencidos los términos previstos para efectuar la consignación total, si esta no se realizare, el Tribunal declarará mediante auto concluidas sus funciones y se extinguirán los efectos del compromiso, o los de la cláusula compromisoria para este caso, quedando las partes en libertad de acudir a la justicia ordinaria. (Artículo 22 Decreto 2279 de 1989, modificado en sus incisos 3 y 4 por el artículo 105 de la Ley 23 de 1991).

Artículo 145. Oportunidad para la consignación de gastos y honorarios. Una vez el Tribunal se declare competente y efectuada la consignación a que se refiere el artículo anterior se entregará a cada uno de

los árbitros y al secretario la mitad de los honorarios y el resto quedará depositado en la cuenta abierta para el efecto. El Presidente distribuirá el saldo una vez terminado el arbitraje por voluntad de las partes, o por ejecutoria del laudo o de la providencia que lo declare, corrija o complemente. (Artículo 123 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 23 del Decreto 2279 de 1989).

Artículo 146. Si del asunto objeto de arbitraje, estuviere conociendo la justicia ordinaria, el Tribunal solicitará al respectivo despacho judicial, copia del expediente. Al aceptar su propia competencia, el Tribunal informará, enviando las copias correspondientes y, en cuanto lo exija el alcance del pacto arbitral de que se trate, el juez procederá a disponer la suspensión.

El proceso judicial se reanudará si la actuación de la justicia arbitral no concluye con laudo ejecutoriado. Para este efecto, el Presidente del Tribunal comunicará al despacho respectivo el resultado de la actuación. (Artículo 24 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 147. Primera audiencia de trámite. La primera audiencia de trámite se desarrollará así:

1. Se leerá el documento que contenga el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresarán las pretensiones de las partes estimando razonablemente su cuantía.
2. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición.
3. El Tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.
4. Si del asunto estuviere conociendo la justicia ordinaria recibirá la actuación en el estado que se encuentre en materia probatoria y practicará las pruebas que falten, salvo acuerdo de las partes en contrario.
5. Fijará fecha y hora para la siguiente audiencia.

Parágrafo. Si el Tribunal decide que no es competente, se extinguirán definitivamente los efectos del pacto arbitral. (Artículo 124 Ley 446 de 1998).

Artículo 148. Cuando por iniciativa de las partes, nuevas cuestiones aumentaren en forma apreciable el objeto del litigio, el Tribunal podrá adicionar proporcionalmente la suma decretada para gastos y honorarios, y aplicará lo dispuesto para la fijación inicial. Efectuada la nueva consignación, el Tribunal señalará fecha y hora para continuar la audiencia, si fuere el caso. (Artículo 28 Decreto 2279 de 1989).

CAPITULO II

Intervención de terceros

Artículo 149. Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el Tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al arbitramento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición.

Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para dicho caso, y los árbitros reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del Tribunal.

Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. Si los citados adhieren al pacto arbitral, el Tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos

generales. (Artículo 30 Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 2 por el artículo 109 de la Ley 23 de 1991, y modificado en el inciso 3 por el artículo 126 de la Ley 446 de 1998).

Artículo 150. Intervención de terceros. La intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá a lo previsto a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente el proceso continuará y se decidirá sin su intervención. (Artículo 127 de la Ley 446 de 1998 que crea el artículo 30A del Decreto 2279 de 1989).

CAPITULO III

Audiencias, pruebas y medidas cautelares

Artículo 151. El Tribunal de Arbitramento realizará las audiencias que consideren necesarias, con o sin participación de las partes; en pleno decretará y practicará las pruebas solicitadas y las que oficiosamente considere pertinentes. El Tribunal tendrá respecto de las pruebas, las mismas facultades y obligaciones que se señalan al juez en el Código de Procedimiento Civil. Las providencias que decreten pruebas no admiten recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles del recurso de reposición. (Artículo 31 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 152. En el proceso arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrán decretarse medidas cautelares con sujeción a las reglas que a continuación se indican. Al asumir el Tribunal su propia competencia, o en el curso del proceso, cuando la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes, podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

A. La inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro, para lo cual se libraré oficio al registrador en que conste el objeto del proceso, el nombre de las partes y las circunstancias que sirvan para identificar los inmuebles y demás bienes. Este registro no excluye los bienes del comercio, pero quienes los adquieran con posterioridad estarán sujetos a los efectos del laudo arbitral.

Si el laudo fuere favorable a quien solicitó la medida, en él se ordenará la cancelación de los actos de disposición y administración efectuados después de la inscripción del proceso, siempre que se demuestre que la propiedad subsiste en cabeza de la parte contra quien se decretó la medida, o de un causahabiente suyo.

En caso de que el laudo le fuere desfavorable, se ordenará la cancelación de la inscripción. Si el Tribunal omitiere las comunicaciones anteriores, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia del Tribunal Superior que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador, a solicitud de parte, procederá a cancelarla.

B. El secuestro de los bienes muebles. La diligencia podrá practicarse en el curso del proceso a petición de una de las partes; para este fin, el interesado deberá prestar caución que garantice los perjuicios que puedan causarse. Podrán servir como secuestros los almacenes generales de depósito, las entidades fiduciarias, y las partes con las debidas garantías.

Parágrafo. El Tribunal podrá durante el proceso, a solicitud de terceros afectados, levantar de plano las anteriores medidas, previo traslado por tres (3) días a las partes. Si hubiere hechos que probar, con la petición o dentro del traslado, se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos. (Artículo 32 Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 4 del literal a) por el artículo 110 de la Ley 23 de 1991).

Artículo 153. Práctica de pruebas en el arbitraje. Para la práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil, se dará aplicación a las reglas contenidas en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la presente ley, y 21 y 23 del Decreto 2651 de 1991. (Artículo 125 Ley 446 de 1998).

Artículo 154. Concluida la instrucción del proceso, el Tribunal oirá las alegaciones de las partes, que no podrán exceder de una (1) hora cada una; señalará fecha y hora para audiencia de fallo, en la cual el secretario leerá en voz alta las consideraciones más relevantes del laudo y su parte resolutive. A cada parte se entregará copia auténtica del mismo. En el mismo laudo se hará la liquidación de costas y de cualquier otra condena. (Artículo 33 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 155. En todo proceso las partes de común acuerdo pueden, antes de que se dicte sentencia de primera o única instancia o laudo arbitral, realizar los siguientes actos probatorios:

1. Presentar informes científicos, técnicos o artísticos, emitidos por cualquier persona natural o jurídica, sobre la totalidad o parte de los puntos objeto de dictamen pericial; en este caso, el Juez ordenará agregarlo al expediente y se prescindirá total o parcialmente del dictamen pericial en la forma que soliciten las partes al presentarlo. Estos informes deberán presentarse autenticados como se dispone para la demanda.
2. Si se trata de documento que deba ser reconocido, pueden presentar documento auténtico proveniente de quien deba reconocerlo, en el cual conste su reconocimiento en los términos del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil. La declaración se entenderá prestada bajo juramento por la autenticación del documento en la forma prevista para la demanda. Este escrito suplirá la diligencia de reconocimiento.
3. Presentar la versión que de hechos que interesen al proceso, haya efectuado ante ellas un testigo. Este documento deberá ser autenticado por las partes y el testigo en la forma como se dispone para la demanda, se incorporará al expediente y suplirá la recepción de dicho testimonio. La declaración será bajo juramento que se entenderá prestado por la autenticación del documento.
4. Presentar documento en el cual conste los puntos y hechos objeto de una inspección judicial. En este caso se incorporará al expediente, y suplirá esta prueba. El escrito deberá autenticarse como se dispone para la presentación de la demanda.
5. Solicitar, salvo que alguna de las partes esté representada por curador ad litem, que la inspección judicial se practique por la persona que ellas determinen.
6. Presentar documentos objeto de exhibición.

Si se trata de documentos que estén en poder de un tercero o provenientes de este, estos deberán presentarse autenticados y acompañados de un escrito, autenticado en la forma como se dispone para la demanda, en el cual conste expresamente la aquiescencia del tercero para su aportación. En estos casos el Juez ordenará agregar los documentos al expediente y se prescindirá de la exhibición, total o parcialmente, en la forma como lo soliciten las partes.

7. Presentar la declaración de parte que ante ellas haya expuesto el absolvente. Este documento deberá ser firmado por los apoderados y el interrogado, se incorporará al expediente y suplirá el interrogatorio respectivo. La declaración será bajo juramento que se entenderá prestado por la firma del mismo.

Las pruebas aportadas en la forma mencionada en este artículo, serán apreciadas por el juez en la respectiva decisión tal como lo dispone el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil y en todo caso el juez podrá dar aplicación al artículo 179 del Código de Procedimiento Civil. (Artículo 21 Decreto 2651 de 1991).

Artículo 156. Cuando en interrogatorio de parte el absolvente o en declaración de tercero el declarante manifieste que el conocimiento de los hechos lo tiene otra persona, deberá indicar el nombre de esta y explicar la razón de su conocimiento. En este caso el juez, si lo considera conveniente, citará de oficio a esa persona aun cuando se haya vencido el término probatorio. (Artículo 23 Decreto 2651 de 1991).

Artículo 157. La parte o el testigo al rendir su declaración, podrá hacer dibujos, gráficas o representaciones con el fin de ilustrar su testimonio; estos serán agregados al expediente y serán apreciados como parte integrante del testimonio y no como documentos. Así mismo el testigo podrá reconocer documentos durante la declaración.(Artículo 24 Decreto 2651 de 1991).

CAPITULO IV

Laudo arbitral y recursos

Artículo 158. El laudo se acordará por mayoría de votos y será firmado por todos los árbitros, aun por quienes hayan salvado el voto y por el secretario; si alguno se negare, perderá el saldo de honorarios que le corresponda, el cual se devolverá a las partes. El árbitro disidente consignará en escrito separado los motivos de su discrepancia.(Artículo 34 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 159. En el laudo se ordenará que previa su inscripción en lo que respecta a bienes sujetos a registro, se protocolice el expediente por el presidente en una notaría del círculo que corresponda al lugar en donde funcionó el Tribunal.

Interpuesto recurso de anulación contra el laudo, el expediente será remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda a la sede del Tribunal de Arbitramento y el expediente se protocolizará tan sólo cuando quede en firme el fallo del Tribunal Superior. (Artículo 35 Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso tercero por el artículo 111 de la Ley 23 de 1991, a su vez derogado por el artículo 167 de la Ley 446 de 1998).

Artículo 160. El laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el Tribunal de Arbitramento de oficio o a solicitud presentada por una de las partes dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del mismo, en los casos y con las condiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil. (Artículo 36 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 161. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Presidente del Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial que corresponda a la sede del Tribunal de Arbitramento, para lo cual el secretario enviará el escrito junto con el expediente. (Artículo 37 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 162. Competencia del Consejo de Estado en Única Instancia. El Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión.(Artículo 36 -inciso 5- de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo).

Artículo 163. Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.
2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.
3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.
4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.
5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.
6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.
8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y,
9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. (Artículo 38 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 164. Rechazo. El Tribunal Superior rechazará de plano el recurso de anulación cuando aparezca manifiesto que su interposición es extemporánea o cuando las causales no corresponden a ninguna de las señaladas en el artículo anterior.

En el auto por medio del cual el Tribunal Superior avoque el conocimiento ordenará el traslado sucesivo por cinco (5) días al recurrente para que lo sustente, y a la parte contraria para que presente su alegato. Los traslados se surtirán en la Secretaría.

Parágrafo. Si no sustenta el recurso el Tribunal lo declarará desierto. (Artículo 128 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 39 del Decreto 2279 de 1989).

Artículo 165. Recurso de anulación. Vencido el término de los traslados, el Secretario, al día siguiente, pasará el expediente al despacho para que se dicte sentencia, la cual deberá proferirse en el término de tres (3) meses. En la misma se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes, con arreglo a lo previsto para los procesos civiles. Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1, 2, 4, 5 y 6 del artículo 38 del presente decreto, declarará la nulidad del laudo. En los demás casos se corregirá o adicionará.

Cuando ninguna de las causales invocadas prospere, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente.

Si el recurso de nulidad prospera con fundamento en las causales 2, 4, 5 ó 6 del citado artículo 38, los árbitros no tendrán derecho a la segunda mitad de los honorarios.

Parágrafo 1°. La inobservancia o el vencimiento de los términos para ingresar el expediente al despacho o para proferir sentencia constituirá falta disciplinaria.

Parágrafo 2°. De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria, conforme a las reglas generales. (Artículo 129 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 40 del Decreto 2279 de 1989).

Artículo 166. El laudo arbitral y la sentencia del Tribunal Superior en su caso, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por los motivos y trámites señalados en el Código de Procedimiento

Civil. Sin embargo, no podrá alegarse indebida representación o falta de notificación por quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación. Son competentes para conocer del recurso de revisión contra el laudo arbitral, el Tribunal Superior del Distrito Judicial del lugar correspondiente a la sede del Tribunal de Arbitramento; y contra la sentencia del Tribunal Superior que decide el recurso de anulación, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. (Artículo 41 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 167. El Tribunal cesará en sus funciones:

1. Cuando no se haga oportunamente la consignación de gastos y honorarios prevista en el presente decreto.
2. Por voluntad de las partes.
3. Por la ejecutoria del laudo, o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente.
4. Por la interposición del recurso de anulación.
5. Por la expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga. (Artículo 43 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 168. Terminado el proceso, el presidente del tribunal deberá hacer la liquidación final de los gastos; entregará a los árbitros y al secretario la segunda mitad de sus honorarios, cubrirá los gastos pendientes, y previa cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes. Los árbitros y el secretario no tendrán derecho a la segunda mitad de sus honorarios cuando el tribunal cese en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga, sin haberse expedido al laudo. (Artículo 44 Decreto 2279 de 1989).

Artículo 169. El árbitro que deje de asistir por dos veces sin causa justificada, quedará relevado de su cargo, y estará obligado a devolver al Presidente del Tribunal, dentro de los cinco (5) días siguientes, la totalidad de la suma recibida incrementada en un veinticinco por ciento (25%) que quedará a su disposición para cancelar los honorarios del árbitro sustituto y para devolver a las partes de conformidad con las cuentas finales. Los árbitros restantes darán aviso a quien designó al árbitro que incurra en la conducta mencionada para que de inmediato lo reemplace. En todo caso, si faltare tres (3) veces en forma justificada, quedará automáticamente relevado de su cargo. En caso de renuncia, o remoción por ausencia justificada, se procederá a su reemplazo en forma indicada, y el árbitro deberá devolver al Presidente del Tribunal la totalidad de la suma recibida por concepto de honorarios. (Artículo 18 Decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 102 de la Ley 23 de 1991).

178

TITULO III

NORMAS ESPECIALES

CAPITULO I

Arbitramento técnico

Artículo 170. Habrá lugar a arbitramento técnico cuando las partes convengan someter a la decisión de expertos en una ciencia o arte las controversias susceptibles de transacción que entre ellas se susciten.

Las materias respectivas y el alcance de las facultades de los árbitros se expresarán en el pacto arbitral. (Artículo 46 Decreto 2279 de 1989).

CAPITULO II

Arbitramento en materia de contratos de concesión para la prestación del servicio público de electricidad.

Artículo 171. A la terminación de la concesión, deben revertir a la entidad concedente todos los bienes señalados en el contrato para tal fin, mediante el reconocimiento y pago al concesionario del valor de

salvamento de las instalaciones para los casos contemplados en los contratos respectivos, determinados por peritos designados, uno por cada una de las partes, y un tercero de común acuerdo entre los dos anteriores.

Si una de las partes no acepta el dictamen pericial, la situación se resolverá mediante un Tribunal de Arbitramento que emita el fallo en derecho. Su integración y funcionamiento se hará conforme a las normas vigentes en la Ley de Contratación Pública. (Artículo 65 de la Ley 143 de 1994).

CAPITULO III

Arbitramento en materia laboral

Artículo 172. Arbitramento voluntario. Los patrones y los trabajadores podrán estipular que las controversias que surjan entre ellos por razón de sus relaciones de trabajo sean dirimidas por arbitradores. (Artículo 130 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 173. Cláusula compromisoria. La cláusula compromisoria deberá hacerse constar siempre por escrito, bien en el contrato individual, en el contrato sindical, en la convención colectiva, o en cualquier otro documento otorgado posteriormente. (Artículo 131 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 174. Designación de árbitros. Las partes podrán designar uno o varios árbitros, como a bien lo tengan, y comprometer en corporaciones nacionales de cualquier clase. Si las partes no hubieren acordado la manera de hacer la designación, cada una de ellas nombrará un árbitro, y estos, como primera providencia, designarán un tercero que con ellos integre el tribunal. Si los dos arbitradores escogidos por las partes no se pusieren de acuerdo en el término de veinticuatro horas, será tercero el respectivo inspector seccional del trabajo, y en su defecto el alcalde del lugar.

Si la parte obligada a nombrar árbitro no lo hiciere o se mostrare renuente, el juez del lugar, previo requerimiento de tres días, procederá a designarlo. (Artículo 132 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 175. Reemplazo de árbitros. En caso de falta o impedimento de alguno de los árbitros, se procederá a reemplazarlo en la misma forma en que se hizo la designación. Si una de las partes se mostrare renuente a reemplazar el árbitro que le corresponde, los dos restantes, previo requerimiento a la parte renuente con un término de tres días, procederán a hacer tal designación. (Artículo 133 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 176. Audiencia. El árbitro o los árbitros señalarán día y hora para oír a las partes, examinar los testigos que presenten, enterarse de los documentos que exhiban y de las razones que aleguen. (Artículo 134 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 177. Término para fallar. Los árbitros proferirán el fallo dentro del término de diez (10) días, contados desde la integración del tribunal. Las partes podrán ampliar este plazo. (Artículo 135 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 178. Forma del fallo. El laudo se extenderá a continuación de lo actuado y deberá acomodarse en lo posible a las sentencias que dictan los jueces en los juicios del trabajo. (Artículo 136 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 179. Existencia del litigio. Cuando fuere el caso, se aplicará el artículo 1219 del Código Judicial. (Artículo 137 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 180. Honorarios y gastos. Los honorarios del tribunal se pagarán por partes iguales, salvo que los interesados acuerden otra forma de pago. (Artículo 138 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 181. Procedencia del arbitramento.

1. Serán sometidos a arbitramento obligatorio: a) Los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos y que no hubiere podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación;
 - b) Los conflictos colectivos del trabajo en que los trabajadores optaren por el arbitramento, conforme a lo establecido en el artículo 31 de este decreto.
2. Los conflictos colectivos en otras empresas podrán ser sometidos a arbitramento voluntario por acuerdo de las partes. (Artículo 452 Código Sustantivo del Trabajo).

Artículo 182. Constitución de los tribunales de arbitramento. El Tribunal de Arbitramento obligatorio se compondrá de tres miembros, designados así: uno por la empresa, otro por el sindicato o sindicatos a que están afiliados más la mitad de los trabajadores, o en defecto de estos por los trabajadores, en asamblea general, y el tercero de común acuerdo por dichos dos árbitros. En caso de que los dos árbitros no se pongan de acuerdo para elegir el tercero, dentro de las 48 horas siguientes a su posesión, dicho árbitro será designado por el Ministerio de Trabajo de lista integrada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia integrará dicha lista para períodos de dos años con doscientos ciudadanos colombianos, residentes en los distintos departamentos del país, que sean abogados titulados especialistas en derecho laboral o expertos en la situación económica y social del país y de conocida honorabilidad. (Artículo 453 Código Sustantivo del Trabajo).

Artículo 183. Personas que no pueden ser árbitros.

1. No pueden ser miembros de tribunales de arbitramento las personas que directa o indirectamente hubieren intervenido en representación de las partes en los períodos o etapas de arreglo directo o de conciliación.
2. Esta prohibición se hace extensiva a los empleados, representantes, apoderados o abogados permanentes de las partes, y en general a toda persona ligada a ellas por cualquier vínculo de dependencia. (Artículo 454 Código Sustantivo del Trabajo).

Artículo 184. Tribunales voluntarios.

1. El arbitramento voluntario se regula por lo dispuesto en los capítulos VI, VII y VIII del presente título, pero el árbitro tercero será designado por los de las partes, y a falta de acuerdo, por el Ministerio del Trabajo.
2. Cuando una diferencia se someta a la decisión de un Tribunal de Arbitramento voluntario, no puede haber suspensión colectiva del trabajo. (Artículo 455 Código Sustantivo del Trabajo).

Artículo 185. Quórum. Los tribunales de arbitramento de que trata este capítulo no pueden deliberar sino con la asistencia plena de sus miembros. (Artículo 456 Código Sustantivo del Trabajo).

Artículo 186. Facultades del tribunal. Los tribunales de arbitramento de que trata este capítulo pueden solicitar de las partes o de sus representantes, todas las informaciones y datos que estimen necesarios para ilustrar su juicio, ordenar inspecciones oculares, interrogar a las partes y recibir declaraciones. (Artículo 457 Código Sustantivo del Trabajo).

Artículo 187. Decisión. Los árbitros deben decidir sobre los puntos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, y su fallo no puede

afectar derechos o facultades de las partes reconocidas por la Constitución Nacional, por las leyes o por normas convencionales vigentes. (Artículo 458 Código Sustantivo del Trabajo).

Artículo 188. Término para fallar. Los árbitros proferirán el fallo dentro del término de diez (10) días, contados desde la integración del tribunal. Las partes podrán ampliar este plazo. (Artículo 459 Código Sustantivo del Trabajo).

Artículo 189. Notificación. El fallo arbitral se notificará a las partes personalmente o por medio de comunicación escrita. (Artículo 460 Código Sustantivo del Trabajo).

Artículo 190. Efecto jurídico y vigencia de los fallos.

1. El fallo arbitral pone fin al conflicto y tiene el carácter de convención colectiva en cuanto a las condiciones de trabajo.
2. La vigencia del fallo arbitral no puede exceder de dos (2) años.
3. No puede haber suspensión colectiva del trabajo durante el tiempo en que rija el fallo arbitral. (Artículo 461 Código Sustantivo del Trabajo).

Artículo 191. Procedimiento establecido en convenciones colectivas. Cuando en una convención colectiva las partes estipulen el establecimiento de tribunales o comisiones de arbitraje de carácter permanente, se estará a los términos de la convención, en todo lo relacionado con su constitución, competencia y procedimiento para la decisión de las controversias correspondientes y solo a falta de disposición especial se aplicarán las normas del presente capítulo. (Artículo 139 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 192. Mérito del laudo. El fallo arbitral se notificará personalmente a las partes, hará tránsito a cosa juzgada y solo será susceptible del recurso de homologación de que trata el artículo siguiente. (Artículo 140 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 193. Recurso de homologación. Establécese un recurso extraordinario de homologación para ante el respectivo tribunal seccional del trabajo, contra los laudos arbitrales de que tratan los artículos anteriores. Este recurso deberá interponerse por cualquiera de las partes dentro de los tres días siguientes a la notificación del laudo, y si así sucede, el proceso se enviará original al tribunal seccional respectivo, dentro de los dos que siguen. (Artículo 141 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 194. Trámite. Recibido el expediente en el tribunal y efectuado el reparto, el magistrado sustanciador presentará proyecto de sentencia dentro de diez días y el tribunal resolverá dentro de los diez días siguientes. Si el laudo se ajustare a los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria y no afectare derechos o facultades reconocidos por la Constitución, por las leyes o por normas convencionales a cualquiera de las partes, el tribunal lo homologará. En caso contrario, lo anulará y dictará la providencia que lo reemplace. Contra estas decisiones del tribunal seccional no habrá recurso alguno. (Artículo 142 Código de Procedimiento Laboral).

Artículo 195. Homologación de laudos de tribunales especiales. El laudo que profiera un tribunal especial de arbitramento, cuando el arbitraje fuere de carácter obligatorio, será remitido, con todos sus antecedentes al Tribunal Supremo del Trabajo, para su homologación, a solicitud de una de las partes o de ambas, presentada dentro de los tres días siguientes al de su notificación. El Tribunal, dentro del término de cinco días, verificará la regularidad del laudo y lo declarará exequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si el tribunal de arbitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en caso contrario. Si el Tribunal hallare que no se decidieron algunas de las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, devolverá el expediente a los árbitros, con el fin de que se

pronuncien sobre ellas, señalándoles plazo al efecto, sin perjuicio de que ordene, si lo estima conveniente, la homologación de lo ya decidido. (Artículo 143 Código de Procedimiento Laboral).

CAPITULO IV

Arbitraje internacional

Artículo 196. Criterios determinantes. Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.
2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculadas con el objeto del litigio, se encuentre situada fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.
3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.
4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral, vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente.
5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

Parágrafo. En el evento de que aun existiendo pacto arbitral alguna de las partes decida demandar su pretensión ante la justicia ordinaria, la parte demandada podrá proponer la excepción de falta de jurisdicción con sólo acreditar la existencia del pacto arbitral. (Artículo 1º. Ley 315 de 1996).

Artículo 197. Normatividad aplicable al arbitramento internacional. El arbitraje internacional se regirá en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los tratados, convenciones, protocolo y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular se establecen en el Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio.

También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero. (Artículo 2º Ley 315 de 1996, artículo 1º Ley 39 de 1990, aprobatoria de la "Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras", adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitramento Comercial el 10 de junio de 1958).

Artículo 198. Laudo arbitral extranjero. Concepto. Es extranjero todo laudo arbitral que se profiera por un tribunal cuya sede se encuentra fuera del territorio nacional. (Artículo 3º Ley 315 de 1996).

Artículo 199. 1. La jurisdicción del centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

2. Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

a) Toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del

artículo 28 o en el apartado (3) del artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

b) Toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

3. El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

4. Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado 1 anterior. (Artículo 25 Ley 267 de 1996).

Artículo 200. Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio. (Artículo 26 Ley 267 de 1996).

Artículo 201. 1. Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o haya sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

2. A los efectos de este artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia. (Artículo 27 Ley 267 de 1996).

Artículo 202. 1. Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

2. La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.

3. El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación. (Artículo 36 Ley 267 de 1996).

Artículo 203. 1. Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el artículo 36, se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje, (en lo sucesivo llamado el Tribunal). 2. a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes. b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo. (Artículo 37 Ley 267 de 1996).

Artículo 204. Si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, hecho por el Secretario General conforme al apartado 3 del artículo 36, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de éstas y, en lo posible previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el árbitro o los árbitros que aún no hubieren sido designados. Los árbitros nombrados por el Presidente conforme a este artículo no podrán ser nacionales del Estado Contratante parte en la diferencia, o del Estado Contratante cuyo nacional sea parte en la diferencia. (Artículo 38 Ley 267 de 1996).

Artículo 205. La mayoría de los árbitros no podrán tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante. La limitación anterior no será aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designen el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal. (Artículo 39 Ley 267 de 1996).

Artículo 206. 1. Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Árbitros, salvo en el caso de que los nombre el Presidente conforme al artículo 38.

2. Todo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado 1 del artículo 14. (Artículo 40 Ley 267 de 1996).

Artículo 207. 1. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.

2. Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión. (Artículo 41 Ley 267 de 1996).

Artículo 208. 1. El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

2. El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

3. Las disposiciones de los precedentes apartados de este artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono. (Artículo 42 Ley 267 de 1996).

Artículo 209. Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal, en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario: a) Solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba; b) Trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes. (Artículo 43 Ley 267 de 1996).

Artículo 210. Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las reglas de arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal. (Artículo 44 Ley 267 de 1996).

Artículo 211. 1. El que una parte no comparezca en el procedimiento o no haga uso de su derecho, no supondrá la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni allanamiento a sus pretensiones.

2. Si una parte dejare de comparecer o no hiciere uso de su derecho, podrá la otra parte, en cualquier estado del procedimiento, instar del Tribunal que resuelva los puntos controvertidos y dicte el laudo. Antes de dictar laudo el Tribunal, previa notificación, concederá un período de gracia a la parte que no haya comparecido o no haya hecho uso de sus derechos, salvo que esté convencido que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo. (Artículo 45 Ley 267 de 1996).

Artículo 212. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales adicionales o reconconvencionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro. (Artículo 46 Ley 267 de 1996).

Artículo 213. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes. (Artículo 47 Ley 267 de 1996).

Artículo 214. 1. El Tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros.
2. El laudo deberá dictarse por escrito y llevará la firma de los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor.
3. El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado.
4. Los árbitros podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de ella.
5. El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes. (Artículo 48 Ley 267 de 1996).

Artículo 215. 1. El Secretario General procederá a la inmediata remisión a cada parte de una copia certificada del laudo. Este se entenderá dictado en la fecha en que tenga lugar dicha remisión.
2. A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que éste. Los plazos establecidos en el apartado 2 del artículo 51 y apartado 2 del artículo 52 se computarán desde la fecha en que se dicte la decisión. (Artículo 49 Ley 267 de 1996).

Artículo 216. 1. Si surgiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al Secretario General.
2. De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo. Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración. (Artículo 50 Ley 267 de 1996).

Artículo 217. 1. Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia.
2. La petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que fue descubierto el hecho y, en todo caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.
3. De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la sección 2 de este capítulo.
4. Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la revisión. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en la solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que el Tribunal decida sobre dicha petición (artículo 51 Ley 267 de 1996).

Artículo 218. 1. Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) Que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) Que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) Que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) Que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento;
- (e) Que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

2. Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

3. Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la lista de árbitros. Ninguno de los miembros de la comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la lista de árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).

4. Las disposiciones de los artículos 41, 45, 48, 49, 53 y 54 y de los Capítulos VI y VII se aplicará, mutatis mutandis, al procedimiento que se tramite ante la Comisión.

5. Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la comisión dé su decisión respecto a tal petición.

6. Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la sección 2 de este capítulo (artículo 52 Ley 267 de 1996).

Artículo 219. 1. El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este convenio. 2. A los fines previstos en esta sección, el término "laudo" incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los artículos 50, 51 o 52 (artículo 53 Ley 267 de 1996).

Artículo 220. 1. Todo Estado contratante reconocerá el laudo dictado conforme a este convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

2. La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados contratantes a este efecto una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados contratantes al Secretario General.

3. El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda (artículo 54 Ley 267 de 1996).

Artículo 221. Nada de lo dispuesto en el artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero (artículo 55 Ley 267 de 1996).

CAPITULO V

Arbitraje en contratos de arrendamiento

Artículo 222. Contratos de arrendamiento. Las controversias surgidas entre las partes por la razón de la existencia, interpretación, desarrollo o terminación de contratos de arrendamiento podrán solucionarse a través de la justicia arbitral, pero los aspectos de ejecución que demanden las condenas en los laudos deberán tramitarse ante la jurisdicción ordinaria (artículo 114 Ley 446 de 1998).²⁹²

6. LEY 640 DE 2001

ARTICULO 17. INHABILIDAD ESPECIAL. El conciliador no podrá actuar como árbitro, asesor o apoderado de una de las partes intervinientes en la conciliación en cualquier proceso judicial o arbitral durante un (1) año a partir de la expiración del término previsto para la misma. Esta prohibición será permanente en la causa en que haya intervenido como conciliador.

ARTICULO 18. CONTROL, INSPECCION Y VIGILANCIA. El Ministerio de Justicia y del Derecho tendrá funciones de *control*, inspección y vigilancia sobre los conciliadores, con excepción de los jueces, y sobre los centros de conciliación y/o arbitraje. Para ello podrá instruir sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulen su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación. Adicionalmente, el Ministerio de Justicia y del Derecho podrá imponer las sanciones a que se refiere el artículo 94 de la Ley 446 de 1998.²⁹²

Artículo 30. *Del mecanismo conciliatorio especial para resolver controversias laborales.* Cuando una convención colectiva de trabajo o un laudo arbitral beneficie a más de trescientos (300) trabajadores, deberá incorporarse en ellos un mecanismo para escoger uno o varios conciliadores a los cuales se podrá acudir para resolver los conflictos de los trabajadores beneficiarios, de acuerdo con las normas legales que rigen la conciliación. Los costos del servicio serán compartidos entre la empresa, el sindicato y el trabajador. A cada uno de estos dos últimos no se le podrá asignar en caso alguno porcentaje superior al diez por ciento (10%) de ese valor.

De no insertarse este mecanismo, se entiende incorporado en ellos el modelo oficial que expida el Gobierno Nacional, siguiendo los mismos criterios.²⁹³

Artículo 46. *Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia.* Créase el Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia como un organismo asesor del Gobierno Nacional en materias de acceso a la justicia y fortalecimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, el cual estará adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho.

El Consejo Nacional de Conciliación y Acceso a la Justicia comenzará a operar dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, en los términos que señale el reglamento expedido por el Gobierno Nacional, y estará integrado por:
(...)

²⁹² Los apartes subrayados fueron declarados inexecutable mediante Sentencia C-917 de 2002.

²⁹³ Artículo declarado inexecutable mediante Sentencia C-893 de 2001.

9. Dos (2) representantes de los centros de conciliación y/o arbitraje.

7. LEY 1437 DE 2011. NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Las normas que se relacionan directamente con el arbitraje son las que a continuación se transcriben:

‘Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.

(...)

Artículo 130. Causales. Los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y, además, en los siguientes eventos:

(...)

2. Cuando el juez, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, hubieren intervenido en condición de árbitro, de parte, de tercero interesado, de apoderado, de testigo, de perito o de agente del Ministerio Público, en el proceso arbitral respecto de cuyo laudo se esté surtiendo el correspondiente recurso de anulación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

(...)

Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia.

El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

(...)

7. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra la sentencia que resuelva este recurso sólo procederá el recurso de revisión.

(...)

Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

k) Cuando se pretenda la ejecución con títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales estatales, el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida;'

8. LEY 1563 DE 2012. ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL.

Al articulado de la Ley, tal cual como fue aprobado por el Congreso, es el siguiente:

‘Artículo 1. Definición, modalidades y principios. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

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

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico. En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

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

Los procesos arbitrales son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (400 smlmv) y de menor cuantía, los demás.

Cuando por razón de la cuantía o de la naturaleza del asunto no se requiera de abogado ante los jueces ordinarios, las partes podrán intervenir directamente en el arbitraje.

Artículo 3. Pacto arbitral. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

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.

En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.

Parágrafo. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.

Artículo 4. Cláusula compromisoria. La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él.

La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.

Artículo 5. Autonomía de la cláusula compromisoria. La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido.

La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria.

Artículo 6. Compromiso. El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga:

1. Los nombres de las partes.
2. La indicación de las controversias que se someten al arbitraje.
3. La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél.

Artículo 7. Árbitros. Las partes determinarán conjuntamente el número de árbitros, que siempre será impar. Si nada se dice al respecto, los árbitros serán tres (3), salvo en los procesos de menor cuantía, caso en el cual el árbitro será único.

El árbitro debe ser colombiano y ciudadano en ejercicio; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o haber sido sancionado con destitución.

En los arbitrajes en derecho, los árbitros deberán cumplir, como mínimo, los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial, sin perjuicio de las calidades adicionales exigidas por los reglamentos de los centros de arbitraje o por las partes en el pacto arbitral.

Artículo 8. Designación de los árbitros. Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista.

Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a éstas.

Artículo 9. Secretarios. Los árbitros designarán un secretario quien deberá ser abogado y no podrá ser cónyuge o compañero permanente, ni tener relación contractual, de subordinación o dependencia, de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad, con ninguno de los árbitros. El secretario deberá ser escogido de la lista del centro en la que se adelante el procedimiento arbitral.

Artículo 10. Término. Si en el pacto arbitral no se señalare término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Dentro del término de duración del proceso, deberá proferirse y notificarse, incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

Dicho término podrá prorrogarse una o varias veces, sin que el total de las prórrogas exceda de seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello.

Al comenzar cada audiencia el secretario informará el término transcurrido del proceso.

Artículo 11. Suspensión. El proceso se suspenderá por solicitud de ambas partes con la limitación temporal prevista en esta ley y, además, desde el momento en que un árbitro se declare impedido o sea recusado, y se reanudará cuando se resuelva al respecto.

Igualmente, se suspenderá por inhabilidad, renuncia, relevo o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea a su reemplazo.

Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales. En todo caso, las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días.

No habrá suspensión por prejudicialidad.

CAPÍTULO II TRÁMITE

Artículo 12. Iniciación del proceso arbitral. El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañada del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes. En su defecto, a uno del lugar del domicilio de la demandada, y si esta fuere plural, en el de cualquiera de sus integrantes. El centro de arbitraje que no fuere competente, remitirá la demanda al que lo fuere. Los conflictos de competencia que se susciten entre centros de arbitraje serán resueltos por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Si no hubiere centro de arbitraje en el domicilio acordado o en el del domicilio del demandado, la solicitud de convocatoria se presentará en el centro de arbitraje más cercano.

Tratándose de procesos en los que es demandada una entidad pública, el centro de arbitraje correspondiente deberá remitir comunicación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, informando de la presentación de la demanda. La remisión de la comunicación a que se refiere este inciso, es requisito indispensable para la continuación del proceso arbitral.

Artículo 13. Amparo de pobreza. El amparo de pobreza se concederá, total o parcialmente, en los términos del Código de Procedimiento Civil. Si hubiere lugar a la designación del apoderado, esta se hará a la suerte entre los abogados incluidos en la lista de árbitros del respectivo centro de arbitraje, salvo que el interesado lo designe.

Sin perjuicio de lo que resuelva el laudo sobre costas, el amparado quedará exonerado del pago de los honorarios y gastos del tribunal arbitral, sin que le corresponda a su contraparte sufragar lo que al amparado le hubiese correspondido pagar.

Artículo 14. Integración del tribunal arbitral. Para la integración del tribunal se procederá así:

1. Si las partes han designado los árbitros, pero no consta su aceptación, el director del centro de arbitraje los citará por el medio que considere más expedito y eficaz, para que se pronuncien en el término de cinco (5) días. El silencio se entenderá como declinación.

Este mismo término y el efecto concedido al silencio, se aplicará para todos los eventos en que haya designación de árbitro y éste deba manifestar su aceptación.

2. Si las partes no han designado los árbitros debiendo hacerlo, o delegaron la designación, el director del centro de arbitraje requerirá por el medio que considere más expedito y eficaz a las partes o al delegado, según el caso, para que en el término de cinco (5) días hagan la designación.

3. Si las partes delegaron al centro de arbitraje la designación de todos o alguno o varios de los árbitros, aquella se hará por sorteo dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud de cualquiera de ellas.

4. En defecto de la designación por las partes o por el delegado, el juez civil del circuito, a solicitud de cualquiera de las partes, designará de plano, por sorteo, principales y suplentes, de la lista de árbitros del centro en donde se haya radicado la demanda, al cual informará de su actuación.

5. De la misma forma se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo.

6. Las partes, de común acuerdo, podrán reemplazar, total o parcialmente, a los árbitros con anterioridad a la instalación del tribunal.

Artículo 15. Deber de información. La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años. Igualmente deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados.

Si dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la comunicación de aceptación, alguna de las partes manifestare por escrito dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro y

su deseo de relevar al árbitro con fundamento en la información suministrada por éste, se procederá a su reemplazo en la forma prevista para tal efecto, siempre y cuando los demás árbitros consideren justificada las razones para su reemplazo o el árbitro acepte expresamente ser relevado. Cuando se tratare de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje. Cuando se trate de secretario, decidirán los árbitros.

Si durante el curso del proceso se llegare a establecer que el árbitro o el secretario no revelaron información que debieron suministrar al momento de aceptar el nombramiento, por ese solo hecho quedarán impedidos, y así deberán declararlo, so pena de ser recusados.

En todo caso, a lo largo del proceso, los árbitros y los secretarios deberán revelar sin demora cualquiera circunstancia sobrevenida, que pudiere generar en las partes dudas sobre su imparcialidad e independencia. Si cualquiera de estas considera que tal circunstancia afecta la imparcialidad o independencia del árbitro, los demás árbitros decidirán sobre su separación o continuidad, y si no hubiere acuerdo entre aquellos, o se tratare de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje.

Artículo 16. Impedimentos y recusaciones. Los árbitros y los secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas para los jueces en el Código de Procedimiento Civil, por las inhabilidades, prohibiciones y conflictos de intereses señalados en el Código Disciplinario Único, y por el incumplimiento del deber de información indicado en el artículo anterior.

En los arbitrajes en que sea parte el Estado o alguna de sus entidades, se aplicarán además de lo previsto en el inciso anterior las causales de impedimento y recusación previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Los árbitros nombrados por el juez o por un tercero serán recusables dentro de los cinco (5) días siguientes a la comunicación de su aceptación a las partes o de la fecha en que la parte tuvo o debió tener conocimiento de los hechos, cuando se trate de circunstancias sobrevinientes.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por motivos sobrevenidos con posterioridad a su designación, y dentro de los cinco (5) días siguientes a aquel en que la parte tuvo conocimiento de los hechos.

Artículo 17. Trámite de los impedimentos y las recusaciones. El árbitro que se declare impedido cesará inmediatamente en sus funciones y lo comunicará a quien o quienes lo designaron, para que procedan a reemplazarlo.

El árbitro o árbitros que fueren recusados se pronunciarán dentro de los cinco (5) días siguientes. Si el recusado o recusados aceptan la recusación o guardan silencio, cesarán inmediatamente en sus funciones, hecho que se comunicará a quien hizo la designación para que proceda a su reemplazo. Si el árbitro rechaza la recusación, los demás árbitros decidirán de plano. Si fueren recusados todos los árbitros o varios, o se tratare de árbitro único, decidirá en la misma forma el juez civil del circuito del lugar donde funcione el tribunal de arbitraje, para lo cual se remitirá la actuación que deberá ser sometida a reparto en el término de cinco (5) días.

La providencia que decide la recusación no será susceptible de ningún recurso.

Si el árbitro hubiese sido designado por el juez civil del circuito, en caso de impedimento o aceptación de la recusación, se remitirán a éste, sin necesidad de reparto, las piezas procesales pertinentes con el fin de que proceda a la designación del árbitro que haya de reemplazar al impedido.

Artículo 18. Impedimentos y recusaciones de magistrados. Los magistrados que conozcan de los recursos extraordinarios de anulación o revisión estarán impedidos y serán recusables conforme a las reglas generales del Código de Procedimiento Civil y, además, cuando respecto de ellos se configure alguna causal frente a quienes hubieran intervenido como árbitros, secretario o auxiliares de la justicia en el proceso arbitral.

Artículo 19. Control disciplinario. En los términos de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el control disciplinario de los árbitros, los secretarios y los auxiliares de los tribunales arbitrales, se regirá por las normas disciplinarias de los servidores judiciales y auxiliares de la justicia.

Artículo 20. Instalación del tribunal. Aceptada su designación por todos los árbitros y, en su caso, cumplidos los trámites de recusación y reemplazo, el tribunal arbitral procederá a su instalación, en audiencia para la cual el centro de arbitraje fijará día y hora.

Si alguno de los árbitros no concurriere, podrá presentar excusa justificada de su inasistencia dentro de los tres (3) días siguientes. Si no presentare dicha excusa o, si presentada, no concurriere en la nueva fecha, se procederá a su reemplazo en la forma prevista en la presente ley.

En la audiencia de instalación el centro de arbitraje entregará a los árbitros el expediente.

El tribunal elegirá un presidente y designará un secretario, quien deberá manifestar por escrito su aceptación dentro de los cinco (5) días siguientes, y será posesionado una vez agotado el trámite de información o de reemplazo.

Sin perjuicio de lo que luego haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el parágrafo del artículo 3. En caso de rechazo, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje.

El poder para representar a una cualquiera de las partes en la audiencia de instalación incluye además de las facultades legales que se le otorgan, la facultad para notificarse de todas las determinaciones que adopte el tribunal en la misma, sin que se pueda pactar lo contrario.

Artículo 21. Traslado y contestación de la demanda. De la demanda se correrá traslado por el término de veinte (20) días. Vencido éste, se correrá traslado al demandante por el término de cinco (5) días, dentro de los cuales podrá solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se funden las excepciones de mérito.

Es procedente la demanda de reconvencción pero no las excepciones previas ni los incidentes. Salvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso.

Parágrafo. La no interposición de la excepción de compromiso o cláusula compromisoria ante el juez implica la renuncia al pacto arbitral para el caso concreto.

Artículo 22. Reforma de la demanda. Notificado el demandado del auto admisorio de la demanda, esta podrá reformarse por una sola vez antes de la iniciación de la audiencia de conciliación prevista en esta ley.

Artículo 23. Utilización de medios electrónicos. En el proceso arbitral podrán utilizarse medios electrónicos en todas las actuaciones y, en particular, para llevar a cabo todas las comunicaciones, tanto del tribunal con las partes como con terceros, para la notificación de las providencias, la presentación de memoriales y la realización de audiencias, así como para la guarda de la versión de las mismas y su posterior consulta.

La notificación transmitida por medios electrónicos se considerará recibida el día en que se envió, salvo que se trate de la notificación del auto admisorio de la demanda, caso en cual se considerará hecha el día que se reciba en la dirección electrónica del destinatario.

Los árbitros, las partes y los demás intervinientes podrán participar en las audiencias a través de videoconferencia, teleconferencia o por cualquier otro medio técnico, bajo la dirección del tribunal arbitral.

La formación y guarda del expediente podrá llevarse íntegramente a través de medios electrónicos o magnéticos.

Los centros de arbitraje prestarán la debida colaboración a los árbitros y a las partes, y con tal fin pondrán a disposición de sus usuarios recursos tecnológicos idóneos, confiables y seguros.

Artículo 24. Audiencia de conciliación. Vencido el término de traslado de las excepciones de mérito propuestas contra la demanda inicial o la de reconvenición, o contestadas sin que se hubieren propuesto excepciones, o vencido sin contestación el término de traslado de la demanda, el tribunal señalará día y hora para celebrar la audiencia de conciliación, a la que deberán concurrir tanto las partes como sus apoderados.

En la audiencia de conciliación el tribunal arbitral instará a las partes a que resuelvan sus diferencias mediante conciliación, para lo cual podrá proponerles fórmulas, sin que ello implique prejuzgamiento. Si las partes llegaren a una conciliación, el tribunal la aprobará mediante auto que hace tránsito a cosa juzgada y que, en caso de contener una obligación expresa, clara y exigible, prestará mérito ejecutivo.

El Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado podrán intervenir activamente en la audiencia con el fin de lograr que las partes concilien sus diferencias y expresar sus puntos de vista sobre las fórmulas que se propongan.

Artículo 25. Fijación de honorarios y gastos. Fracasada en todo o en parte la conciliación, en la misma audiencia el tribunal fijará los honorarios y gastos mediante auto susceptible de recurso de reposición, que será resuelto inmediatamente. Para la fijación, tomará en cuenta la cuantía de las pretensiones de la demanda, determinada de conformidad con el Código de Procedimiento Civil. Si hubiere demanda de reconvenición, tomará como base la de la cuantía mayor.

Lo anterior, sin perjuicio de que las partes, antes del nombramiento de los árbitros, acuerden los honorarios y así se lo comuniquen junto con su designación.

Artículo 26. Límite de los honorarios y partida de gastos. Los árbitros tendrán como suma límite para fijar los honorarios de cada uno, la cantidad de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000 smlmv). El Gobierno Nacional reglamentará las tarifas de honorarios y gastos.

En caso de árbitro único, los honorarios podrán incrementarse hasta en un cincuenta por ciento. Los honorarios del secretario no podrán exceder de la mitad de los de un árbitro.

Cuando no fuere posible determinar la cuantía de las pretensiones, los árbitros tendrán como suma límite para fijar los honorarios de cada uno, la cantidad de quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (500 smlmv).

Artículo 27. Oportunidad para la consignación. En firme la regulación de honorarios y gastos, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes, lo que a ella corresponda. El depósito se hará a nombre del presidente del tribunal, quien abrirá para su manejo una cuenta especial en una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Dicha cuenta deberá contener la indicación del tribunal arbitral y en ella solo podrán administrarse los recursos de éste.

Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella podrá hacerlo por esta dentro de los cinco (5) días siguientes. Si no se produjere el reembolso, la acreedora podrá demandar su pago por la vía ejecutiva ante la justicia ordinaria. Para tal efecto le bastará presentar la correspondiente certificación expedida por el presidente del tribunal con la firma del secretario. En la ejecución no se podrá alegar excepción diferente a la de pago. La certificación solamente podrá ser expedida cuando haya cobrado firmeza la providencia mediante la cual el tribunal se declare competente.

De no mediar ejecución, las expensas pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para lo que hubiere lugar. A cargo de la parte incumplida, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que cancele la totalidad de las sumas debidas.

Vencidos los términos previstos para realizar las consignaciones sin que estas se hubieren efectuado, el tribunal mediante auto declarará concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral para el caso.

Parágrafo. Cuando una parte se encuentre integrada por varios sujetos, no se podrá fraccionar el pago de los honorarios y gastos del tribunal y habrá solidaridad entre sus integrantes respecto de la totalidad del pago que a dicha parte corresponda.

Artículo 28. Distribución de honorarios. Una vez el tribunal se declare competente, el presidente entregará a cada uno de los árbitros y al secretario la mitad de los honorarios, y al centro de arbitraje la totalidad de lo correspondiente a él; el resto quedará depositado en la cuenta destinada exclusivamente para el efecto. El presidente distribuirá el saldo de honorarios una vez terminado el arbitraje por voluntad de las partes o por ejecutoria del laudo o de la providencia que decida sobre su aclaración, corrección o complementación.

Terminado el proceso o decidido el recurso de anulación, el presidente hará la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes.

Artículo 29. Procesos sometidos a la justicia ordinaria o contencioso administrativa. 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. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación.

Si del asunto objeto de arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, y no se hubiere proferido sentencia de única o primera instancia o terminado por desistimiento, transacción o conciliación, el tribunal arbitral solicitará al respectivo despacho judicial la remisión del expediente y éste deberá proceder en consecuencia.

Si dicho arbitraje no concluyere con laudo, el proceso judicial continuará ante el juez que lo venía conociendo, para lo cual el presidente del tribunal devolverá el expediente. Las pruebas practicadas y las actuaciones surtidas en el trámite arbitral conservarán su validez.

Artículo 30. Primera audiencia de trámite. Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvenición, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente.

En caso de que el tribunal se declare competente por mayoría de votos, el árbitro que haya salvado voto, cesará inmediatamente en sus funciones y será reemplazado en la forma prevista en esta ley. Nombrado el reemplazo, se reanudará y terminará la primera audiencia de trámite.

Por último, el tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.

Concluida la audiencia, comenzará a contarse el término de duración del proceso.

Artículo 31. Audiencias y pruebas. El tribunal en pleno realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes. Las audiencias podrán realizarse por cualquier sistema que permita la comunicación de los participantes entre sí.

El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen. Las providencias que decreten pruebas no admiten recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles de reposición. Cuando la prueba haya de practicarse en el exterior, se aplicarán los tratados vigentes sobre la materia y, en subsidio, las normas del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente. En este caso, cuando en el proceso se hayan practicado todas las pruebas y sólo faltare la prueba en el exterior, los árbitros podrán suspender de oficio el proceso arbitral, mientras se practicare la misma.

En la audiencia de posesión del perito, el tribunal fijará prudencialmente las sumas que deberán consignar a buena cuenta de los honorarios de aquél, tanto la parte que solicitó la prueba, como la que formuló preguntas adicionales, dentro del término que al efecto le señale el tribunal, so pena de que se entienda desistida la prueba respecto de la parte que no hizo la consignación. El tribunal fijará en su oportunidad los honorarios del perito e indicará qué parte o partes deberán cancelarlos y en qué proporción, y dispondrá el reembolso a que hubiere lugar.

El perito rendirá la experticia en el término que prudencialmente le señale el tribunal. Presentado el dictamen, de él se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días, dentro del cual aquéllas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, que si el tribunal estimare procedentes, habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término.

En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes.

Los honorarios definitivos del perito se fijarán luego de concluida esta audiencia si a ella se hubiere convocado; en caso contrario, una vez surtido el traslado del dictamen pericial, sus aclaraciones o complementaciones.

Artículo 32. Medidas cautelares. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decreto, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente.

Adicionalmente, el tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar, el tribunal apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Asimismo, el tribunal tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El tribunal establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares innominadas, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20 %) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el

tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida.

Si el tribunal omitiere el levantamiento de las medidas cautelares, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador o a quien le corresponda, a solicitud de parte, procederá a cancelarla.

Parágrafo. Las medidas cautelares también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia.

Quien ejerza funciones jurisdiccionales, podrá decretar medidas cautelares para este propósito en los procesos sometidos a su conocimiento, sean o no procesos arbitrales.

Artículo 33. Audiencias de alegatos y de laudo. Concluida la instrucción del proceso, el tribunal oírán en audiencia las alegaciones de las partes por un espacio máximo de una hora cada cual, sin que interese el número de sus integrantes. En el curso de la audiencia, las partes podrán entregar sus alegaciones por escrito. A continuación el tribunal señalará día y hora para audiencia de laudo, en la que se dará lectura a la parte resolutive de éste.

Artículo 34. Inasistencia de los árbitros. El árbitro que deje de asistir por dos (2) veces a las audiencias sin justificación, o en tres (3) ocasiones con excusa justificada, quedará, sin más, relevado del cargo. Los árbitros restantes darán aviso a quien lo designó para que proceda a su reemplazo.

Artículo 35. Cesación de funciones del tribunal. El tribunal cesará en sus funciones:

1. Cuando no se haga oportunamente la consignación de gastos y honorarios prevista en la presente ley.
2. Por voluntad de las partes.
3. Cuando el litisconsorte necesario que no suscribió el pacto arbitral no sea notificado o no adhiera oportunamente al pacto arbitral.
4. Por la expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga.
5. Por la ejecutoria del laudo o, en su caso, de la providencia que resuelva sobre la aclaración, corrección o adición.
6. Por la interposición del recurso de anulación, sin menoscabo de la competencia del tribunal arbitral para la sustentación del recurso.

CAPÍTULO III

INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO, OTRAS PARTES Y TERCEROS

Artículo 36. Integración del contradictorio. Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su decreto.

Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto

arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso.

Si todos los citados adhieren al pacto arbitral, el tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales.

Cuando se trate de integración del contradictorio con quien haya suscrito el pacto arbitral, se ordenará su notificación personal, surtida la cual, el citado tendrá veinte (20) días para pronunciarse, según corresponda a su condición de parte activa o pasiva. Vencido este término, el proceso continuará su trámite.

Artículo 37. Intervención de otras partes y terceros. La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes.

Tratándose de interviniente excluyente que no haya suscrito el pacto arbitral, su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. En caso de que el interviniente excluyente que haya suscrito pacto arbitral o que haya adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

Cuando el llamado en garantía o denunciado en el pleito, que ha suscrito el pacto arbitral o ha adherido a él, no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

En los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo tercero.

Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de terceros. En este caso, el tribunal le dará aplicación al inciso primero de esta norma y el no pago hará improcedente su intervención.

Parágrafo primero. Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquélla quedará vinculada a los efectos del mismo.

Parágrafo segundo. En ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de otras partes o de terceros.

CAPÍTULO IV LAUDO ARBITRAL Y RECURSOS

Artículo 38. Adopción del laudo arbitral. El laudo se acordará por mayoría de votos y será firmado por todos los árbitros, incluso por quien hubiere salvado el voto.

La falta de firma de alguno de los árbitros no afecta la validez del laudo.

El árbitro disidente expresará por escrito los motivos de su discrepancia, el mismo día en que se profiera el laudo. Lo anterior también se aplica a quien pretenda aclarar el voto.

Artículo 39. Aclaración, corrección y adición del laudo. Dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, el laudo podrá ser aclarado, corregido y complementado de oficio; asimismo, podrá serlo a solicitud de parte, formulada dentro del mismo término.

Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquél, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso.

Artículo 41. Causales del recurso de anulación. Son causales del recurso de anulación:

1. La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral.
2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia.
3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.
4. Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación, o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no se hubiere saneado la nulidad.
5. Haberse negado el decreto de una prueba pedida oportunamente o haberse dejado de practicar una prueba decretada, sin fundamento legal, siempre y cuando se hubiere alegado la omisión oportunamente mediante el recurso de reposición y aquélla pudiera tener incidencia en la decisión.
6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.
7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia parezca manifiesta en el laudo.
8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.
9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.

Artículo 42. Trámite del recurso de anulación. La autoridad judicial competente rechazará de plano el recurso de anulación cuando su interposición fuere extemporánea, no se hubiere sustentando o las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en esta ley.

Admitido el recurso, el expediente pasará al despacho para sentencia, que deberá proferirse dentro de los tres (3) meses siguientes. En ella se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar.

La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión.

La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo.

Artículo 43. Efectos de la sentencia de anulación. Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará.

Cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas. La prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.

Cuando se anule el laudo por las causales 3 a 7, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral, en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas, y en lo posible las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación.

La sentencia que anule el laudo total o parcialmente cumplido, ordenará las restituciones a que hubiere lugar.

De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, según el caso.

Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público.

Artículo 44. Prescripción y caducidad. Se considerará interrumpida la prescripción y no operará la caducidad, cuando se anule el laudo por cualquiera de las causales 3 a 7, siempre que la parte interesada presente la solicitud de convocatoria de tribunal arbitral dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Artículo 45. Recurso de revisión. Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda.

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

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

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

Artículo 47. Registro y archivo. El laudo ordenará su inscripción en el correspondiente registro, cuando a ello hubiere lugar, y el archivo del expediente en el centro en el que se hubiese adelantado el proceso, respecto del cual este podrá expedir copias y autorizar desgloses. Transcurridos tres (3) años, el centro podrá disponer que el expediente se conserve por cualquier medio técnico que garantice su reproducción.

Del mismo modo se procederá cuando el proceso termine por cualquiera otra causa.

Cuando el expediente sea digital, se procederá a su registro y conservación en este mismo formato.

CAPÍTULO V PÉRDIDA Y REEMBOLSO DE HONORARIOS

Artículo 48. Pérdida y reembolso de honorarios. Los árbitros perderán la totalidad de los honorarios y quedarán obligados a reembolsar al presidente los ya recibidos, en los casos de renuncia, remoción por inasistencia, prosperidad de la recusación y falta a los deberes de información.

La muerte, inhabilidad o incapacidad del árbitro no genera obligación de reembolsar los honorarios recibidos.

El árbitro que se negare a firmar el laudo arbitral, perderá el derecho a recibir la segunda parte de los honorarios. Cuando el tribunal cese en sus funciones por expiración del término fijado para el proceso o su prórroga sin haber expedido el laudo, los árbitros y el secretario perderán el derecho a recibir sus honorarios, quedando incluso obligados a restituir a las partes lo que ya se les hubiere pagado o consignado.

Si el recurso de anulación prospera con fundamento en las causales 3 a 5 y 7 previstas en esta ley, los árbitros reembolsarán a las partes la segunda mitad de los honorarios recibidos.

Artículo 49. Intervención del Ministerio Público. El Ministerio Público está facultado para actuar en los procesos arbitrales y en los trámites de amigable composición en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales. A dicho propósito, el centro de arbitraje o los amigables componedores informarán a la Procuraduría General de la Nación sobre la fecha en la que se realizará la instalación del respectivo tribunal de arbitraje o la diligencia de apertura, según corresponda.

Igual información deberá darse a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

CAPÍTULO VI CENTROS DE ARBITRAJE

Artículo 50. Creación. Las entidades públicas y las personas jurídicas sin ánimo de lucro podrán crear centros de arbitraje con autorización del Ministerio de Justicia y del Derecho, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Estudio de factibilidad desarrollado de acuerdo con la metodología que para el efecto determine el Ministerio.
2. Acreditar suficiencia de recursos administrativos y financieros.

Artículo 51. Reglamentos de los centros de arbitraje. Cada centro de arbitraje expedirá su reglamento, sujeto a la aprobación del Ministerio de Justicia y del Derecho, que deberá contener:

1. El procedimiento para la conformación de las listas de árbitros, amigables componedores y secretarios, los requisitos que ellos deben reunir, las causas de su exclusión, los trámites de inscripción, y la forma de hacer su designación.
2. Las tarifas de honorarios de árbitros y secretarios.
3. Las tarifas de gastos administrativos.
4. Los mecanismos de información al público en general relativa a los procesos arbitrales y las amigables composiciones.
5. Las funciones del director.
6. La estructura administrativa.
7. Las reglas de los procedimientos arbitrales y de amigable composición, con el fin de que éstos garanticen el debido proceso.

Artículo 52. Control, inspección y vigilancia. El Ministerio de Justicia y del Derecho ejercerá el control, inspección y vigilancia de los centros de arbitraje.

CAPÍTULO VII ARBITRAJE AD HOC

Artículo 53. Designación de árbitros en el arbitraje ad hoc. Las partes designarán el o los árbitros, según lo previsto en el pacto arbitral. Si formulada solicitud por una de las partes a la otra para la designación del o los árbitros, ésta no colabora o guarda silencio, la peticionaria podrá acudir al juez civil del circuito competente, acompañando prueba sumaria de haber agotado el trámite anterior, para que este proceda al nombramiento del árbitro ad hoc, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la solicitud, mediante auto que no es susceptible de recurso alguno.

Artículo 54. Aceptación de los árbitros. Ambas partes o una de ellas, o el juez, según el caso, comunicarán a los árbitros la designación por el medio que consideren más expedito y eficaz, para que en el término de cinco (5) días se pronuncien. Si alguno de los árbitros no acepta o guarda silencio, se procederá a su reemplazo por quien lo hubiese designado.

Artículo 55. Deber de información e impedimentos y recusaciones. Las reglas sobre el deber de información, impedimentos y recusaciones previstas para el arbitraje institucional son aplicables a los árbitros y secretarios de tribunales ad hoc.

Artículo 56. Instalación del tribunal. Los árbitros, una vez aceptado su nombramiento, convocarán a la audiencia de instalación del tribunal, en la que designarán presidente y señalarán el lugar en el que deberá presentarse la demanda, dentro de los quince (15) días siguientes. De no presentarse la demanda oportunamente, se extinguirá el pacto arbitral, y las partes quedarán en libertad de acudir a la justicia ordinaria.

El lugar indicado para presentar y contestar la demanda, será también el de funcionamiento del tribunal, a menos que posteriormente las partes dispongan lo contrario.

Salvo que lo decidan los árbitros, en el tribunal ad hoc no será necesario designar secretario.

Artículo 57. Trámite. A la demanda, su notificación, traslado, contestación, oportunidad para pedir pruebas, fijación y consignación de honorarios y gastos, recursos y, en general, al trámite del proceso del arbitraje ad hoc, le serán aplicables las reglas previstas en esta ley para el arbitraje institucional.

CAPÍTULO VIII REGLAS DE PROCEDIMIENTO

Artículo 58. Reglas de procedimiento. En los arbitrajes en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. En el evento en que las partes no establecieren reglas o el centro seleccionado para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimientos debidamente aprobado, se aplicarán las reglas establecidas para cada caso en la presente ley.

SECCIÓN SEGUNDA AMIGABLE COMPOSICIÓN

Artículo 59. Definición. La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

El amigable componedor podrá ser singular o plural.

La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente.

Artículo 60. Efectos. El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones.

La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción. Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente.

Artículo 61. Designación y Procedimiento. Salvo convención en contrario, el amigable componedor no tendrá que ser abogado.

Las partes podrán determinar libremente el número de amigables componedores. A falta de tal acuerdo, el amigable componedor será único.

Las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero su designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica. A falta de acuerdo previo entre las partes, se entenderá que se ha delegado la designación a un centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada escogido a prevención por la parte convocante.

El procedimiento de la amigable composición podrá ser fijado por las partes directamente, o por referencia a un reglamento de amigable composición de un centro de arbitraje, siempre que se respeten los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas.

A falta de acuerdo entre las partes, se entenderán acordadas las reglas de procedimiento del centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por la parte convocante.

De no existir un centro de arbitraje en el domicilio de la parte convocada, la parte convocante podrá escoger cualquier centro de arbitraje del país para la designación y el procedimiento a seguir a falta de acuerdo expreso.

SECCIÓN TERCERA

ARBITRAJE INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 62. Ámbito de aplicación. Las normas contenidas en la presente sección se aplicarán al arbitraje internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Colombia.

Las disposiciones de la presente sección, con excepción de los artículos 70, 71, 88, 89, 90 y 111 a 116 se aplicarán únicamente si la sede del arbitraje se encuentra en territorio colombiano.

La presente sección no afectará ninguna otra ley colombiana en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.

Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o
- b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o
- c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

Para los efectos de este artículo:

1. Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
2. Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual.

Ningún Estado, ni empresa propiedad de un Estado, ni organización controlada por un Estado, que sea parte de un acuerdo de arbitraje, podrá invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje.

Artículo 63. Definiciones. Para los efectos regulados en la presente sección:

1. “arbitraje” significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de administrarlo;
2. “tribunal arbitral” significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros;
3. “autoridad judicial” significa la autoridad judicial en particular que debe conocer determinados asuntos en los términos de la presente ley.

Artículo 64. Carácter internacional y reglas de interpretación. En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Las cuestiones reguladas en materia de arbitraje internacional que no estén expresamente resueltas en ella se resolverán de conformidad con los principios generales que la inspiran.

Cuando una disposición de la presente sección, excepto el artículo 101, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, para que adopte esa decisión.

Cuando una disposición de la presente sección, se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado.

Cuando una disposición de la presente sección, excepto el numeral 1 del artículo 98 y el literal a) del numeral 2 del artículo 105, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvencción, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación de esa reconvencción.

Artículo 65. Recepción de comunicaciones escritas. Salvo acuerdo en contrario de las partes:

a) Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en la dirección señalada en el contrato o, en su defecto, en la dirección o residencia habitual o lugar de actividades principales de aquel. Si, tras una indagación razonable, no pudiere determinarse ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada, o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega en la última dirección o residencia habitual o lugar de actividades principales conocidos del destinatario.

b) La comunicación por medios electrónicos podrá dirigirse a una dirección que haya sido designada o autorizada para tal efecto.

La notificación transmitida por medios electrónicos se considerará recibida el día en que se envió, salvo que se trate de la notificación de arbitraje, caso en cual se considerara hecha el día que se reciba en la dirección electrónica del destinatario.

Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones surtidas en un procedimiento ante una autoridad judicial.

Artículo 66. Renuncia al derecho a objetar. La parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente sección de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento tan pronto sea posible o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de este, no podrá formular objeción alguna posteriormente.

Artículo 67. Alcance de la intervención de la autoridad judicial. En los asuntos que se rijan por la presente sección, no podrá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos en que esta sección expresamente así lo disponga.

Artículo 68. Autoridad judicial competente. La autoridad judicial competente para ejercer las funciones a que se refieren los artículos 71, 73 numerales 5 y 6, 76 numeral 2, 77 numeral 1, 88 inciso 1

y 3, 89, 90, 100, 111 y 116 será el juez civil del circuito. No obstante, cuando se trate de tribunales arbitrales en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, lo será el juez administrativo.

La anulación a que se refiere el artículo 108 y el reconocimiento y ejecución previstos en el artículo 113, serán de competencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Cuando se trate de anulación de laudos proferidos por tribunales arbitrales con sede en Colombia en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, la competencia para conocer del recurso de anulación previsto en el artículo 108, corresponderá a la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

En el evento de reconocimiento y ejecución de laudos proferidos por tribunales arbitrales con sede por fuera de Colombia en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, la competencia para conocer del reconocimiento y ejecución previstos en el artículo 113, corresponderá a la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

CAPÍTULO II ACUERDO DE ARBITRAJE

Artículo 69. Definición y forma del acuerdo de arbitraje. El “acuerdo de arbitraje” es aquel por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria o la de un acuerdo independiente.

208

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito:

- a) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquiera forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, o mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
- b) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se entenderá cumplido con una comunicación electrónica si la información contenida en ella es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
- c) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté contenido en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.
- d) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Artículo 70. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante una autoridad judicial. La autoridad judicial a la que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en la oportunidad para la contestación de la demanda.

No obstante haberse entablado ante la autoridad judicial la acción a que se refiere el inciso anterior, se podrán iniciar o proseguir la actuación arbitral y dictar un laudo aunque la cuestión esté pendiente ante la autoridad judicial.

Artículo 71. Acuerdo de arbitraje y decreto de medidas cautelares por una autoridad judicial. Cualquiera de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante el transcurso de las mismas, podrá solicitar de una autoridad judicial la adopción de medidas cautelares y esta podrá decretarlas, sin que por ello se entienda que ha renunciado al acuerdo de arbitraje.

CAPÍTULO III COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 72. Número de árbitros. Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros, que, en todo caso, será impar. A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

Artículo 73. Nombramiento de los árbitros. En el nombramiento de árbitros en el arbitraje internacional:

1. La nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.
2. Los árbitros podrán ser o no abogados, a elección de las partes.
3. Para representar a las partes ante el tribunal arbitral no es necesaria la habilitación como abogado en el lugar de la sede del arbitraje, ni tener dicha nacionalidad.
4. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación del árbitro o los árbitros.
5. A falta de acuerdo:
 - a) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro dentro de los treinta (30) días contados a partir de la solicitud de una de ellas, la autoridad judicial procederá al nombramiento a instancia de cualquiera de las partes.
 - b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercero dentro de los treinta (30) días contados desde la comunicación de su nombramiento, la designación será hecha por la autoridad judicial, a petición de cualquiera de ellas.
6. Cuando en un trámite de nombramiento convenido por las partes:
 - a) Una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho trámite; o
 - b) Las partes, o los árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado trámite; o c) Un tercero, incluida una institución, no cumpla la función correspondiente, cualquiera de las partes podrá solicitar a la autoridad judicial que nombre el árbitro o adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el trámite de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.
7. Al nombrar un árbitro, la autoridad judicial tendrá en cuenta las condiciones de este requeridas por las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de persona independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, apreciará la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.
8. Ninguna decisión sobre las cuestiones encomendadas en los numerales 5, 6 o 7 del presente artículo a la autoridad judicial tendrá recurso alguno.

Artículo 74. Arbitraje entre partes con varios sujetos o entre más de dos partes.

Cuando haya de nombrarse tres árbitros y exista pluralidad de demandantes o de demandados, los integrantes de cada parte actuarán conjuntamente, en su condición de demandantes o demandados, para el nombramiento de su respectivo árbitro, a menos que hayan convenido valerse de otro método para el nombramiento de los árbitros.

De no ser posible la integración del tribunal de acuerdo con el inciso anterior, cualquiera de las partes podrá solicitar a la autoridad judicial que nombre el árbitro o adopte la medida necesaria.

Artículo 75. Motivos de recusación. La persona a quien se comuniquen su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará oportunamente tales circunstancias a las partes.

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calidades convenidas por las partes.

Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de hecha la designación.

Artículo 76. Procedimiento de recusación. En el procedimiento de recusación del arbitraje internacional:

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.
2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se seguirán las siguientes reglas:
 - a) La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, con indicación de las razones en que se basa y aporte de los documentos correspondientes.
 - b) El árbitro recusado, como la otra u otras partes, podrán manifestarse dentro de los diez (10) días siguientes de la notificación de la recusación.
 - c) Si la otra la parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que se hubiera nombrado un árbitro suplente.
 - d) Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:
 - i. Tratándose de árbitro único, la recusación será resuelta por la institución arbitral que lo hubiere nombrado o, a falta de ella, por la autoridad judicial.
 - ii. Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, los árbitros restantes decidirán por mayoría absoluta. En caso de empate, decidirá el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, caso en el cual resolverá la institución arbitral que hubiere efectuado su nombramiento o, a falta de esta, la autoridad judicial.
 - iii. Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resolverá la institución arbitral que hubiere participado en su nombramiento o ante la cual o bajo cuyas reglas se adelanta el trámite arbitral, o a falta de esta la autoridad judicial.
3. Mientras se tramite la recusación el tribunal arbitral, incluyendo el árbitro recusado, podrá proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.
4. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese no se considerarán como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados.
5. La decisión que resuelve la recusación es definitiva y contra ella no procederá recurso alguno. En caso de no prosperar la recusación formulada, la parte que la propuso solo podrá impugnar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

Artículo 77. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones. A falta de acuerdo de las partes:

1. Cuando un árbitro se vea impedido de jure o de facto para el ejercicio de sus funciones o no las ejerza dentro de un plazo razonable por el motivo que sea, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a alguno de esos motivos,

cualquiera de las partes podrá solicitar de la autoridad judicial que declare la cesación del encargo, decisión que no tendrá recurso alguno.

2. La renuncia de un árbitro o el acuerdo de las partes para la cesación de sus funciones, no se considerará como aceptación de la procedencia de alguno de los motivos mencionados en el presente artículo o, si fuere el caso, de los motivos mencionados en el inciso segundo del artículo 75.

Artículo 78. Nombramiento de árbitro sustituto. A falta de acuerdo de las partes, cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 76 o 77, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su encargo por cualquier otra causa, el árbitro sustituto será designado siguiendo el procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir.

CAPÍTULO IV COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 79. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquiera otra que tenga por objeto impedir la continuación de la actuación arbitral.

El acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un acuerdo de arbitraje, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene el acuerdo de arbitraje.

Las excepciones u objeciones deberán proponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia, deberá oponerse tan pronto como sea planteada, durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral solo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada.

El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones de incompetencia o de que el tribunal arbitral ha excedido su competencia, como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo.

Si el tribunal arbitral desestima cualquiera de las citadas excepciones como cuestión previa, la decisión correspondiente solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra el laudo que ponga fin al arbitraje, en los términos del artículo 109.

Si el tribunal arbitral se declara incompetente o admite la excepción de haber excedido su mandato, cualquiera de las partes, dentro del mes siguiente al recibo de la notificación de dicha decisión, podrá impugnarla mediante recurso de anulación en los términos del artículo 109 y contra esta resolución no cabrá ningún recurso o acción.

Si el tribunal arbitral se declara incompetente o admite la excepción de haber excedido su mandato como cuestión previa, pero solo respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión que admitió la incompetencia o el exceso en el encargo solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

CAPÍTULO V MEDIDAS CAUTELARES Y ÓRDENES PRELIMINARES

Artículo 80. Facultad del tribunal arbitral para decretar medidas cautelares. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquiera de ellas, decretar medidas cautelares.

Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, decretada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

- a) Mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;
- b) Adopte medidas para impedir algún daño presente o inminente, o el entorpecimiento del procedimiento arbitral, o que se abstenga de realizar actos que probablemente ocasionarían dicho daño o entorpecimiento al procedimiento arbitral;
- c) Proporcione algún medio para preservar bienes cuya conservación permita ejecutar el o los laudos; o
- d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser pertinentes y relevantes para resolver la controversia.

Artículo 81. Condiciones para el decreto de medidas cautelares. El solicitante de alguna medida cautelar prevista en el inciso segundo del artículo 80 deberá mostrar al tribunal arbitral la conducencia, pertinencia, razonabilidad y oportunidad de la medida cautelar.

La determinación del tribunal arbitral al respecto de dicha posibilidad no implica prejuzgamiento en cuanto a cualquier determinación posterior que pueda adoptar.

Artículo 82. Petición de una orden preliminar y condiciones para su decreto. Salvo acuerdo en contrario, cualquiera de las partes, sin dar aviso a ninguna otra, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.

El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entrañaría el riesgo de que se frustre la medida solicitada.

Las condiciones establecidas en el artículo 81 serán aplicables a toda orden preliminar, teniendo en cuenta las características y efectos de esta última.

Artículo 83. Régimen específico de las órdenes preliminares. Las órdenes preliminares tendrán un régimen específico, así:

1. Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse decretado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello.

2. Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará a la parte contra la que haya proferido la orden preliminar la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.
3. El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre cualquiera objeción que se presente contra la orden preliminar.
4. Toda orden preliminar caducará a los treinta (30) días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal podrá decretar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar, una vez que la parte contra la que se emitió la orden preliminar haya sido notificada y tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.
5. La orden preliminar no constituye laudo ni es ejecutable judicialmente.

Artículo 84. Modificación, suspensión y revocación de medidas cautelares y órdenes preliminares. El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya decretado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación de ello a las partes.

Artículo 85. Exigencia de caución por el tribunal arbitral. El tribunal arbitral exigirá al peticionario de una orden preliminar que preste caución respecto de la orden, salvo que lo considere inapropiado o innecesario.

El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida cautelar que preste caución adecuada respecto de la medida.

Artículo 86. Deber de información. El peticionario de una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser relevante para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden, y seguirá estando obligado a hacerlo en tanto que la parte contra la que la orden haya sido pedida no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. A partir de dicho momento, será aplicable el inciso segundo del presente artículo.

Las partes deberán dar a conocer al tribunal arbitral sin tardanza todo cambio importante que se produzca en relación con las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o decretara.

Artículo 87. Costas y daños y perjuicios. El tribunal arbitral podrá condenar en cualquier momento al peticionario de una medida cautelar o de una orden preliminar a pagar las costas e indemnizar los daños y perjuicios que por su culpa hubiere sufrido cualquier otra parte.

Artículo 88. Ejecución de medidas cautelares. Toda medida cautelar decretada por un tribunal arbitral será vinculante sin necesidad de procedimiento alguno de reconocimiento y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, su ejecución podrá ser solicitada ante la autoridad judicial, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido decretada. Para este efecto, la autoridad judicial procederá a la ejecución en la misma forma prevista por la ley para la ejecución de providencias ejecutoriadas proferidas por autoridades judiciales colombianas y dentro de dicho proceso solo podrán invocarse como excepciones las previstas en el artículo 89 de esta sección.

La parte que solicite o haya obtenido de la autoridad judicial la ejecución de una medida cautelar deberá informarle a la autoridad judicial toda revocación, suspensión o modificación que de aquella disponga el tribunal arbitral.

La autoridad judicial solo podrá pronunciarse sobre cauciones cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado sobre el particular, o cuando la caución sea necesaria para proteger los derechos de terceros respecto de los cuales el tribunal arbitral no hubiere tomado alguna decisión.

Artículo 89. Motivos para denegar la ejecución de medidas cautelares decretadas por el tribunal arbitral. Para la denegación de la ejecución de medidas cautelares decretadas por el tribunal, se aplicarán las siguientes reglas:

1. La autoridad judicial solo podrá denegar la ejecución de una medida cautelar en los siguientes casos y por las siguientes causales:

a) A solicitud de la parte afectada por la medida cautelar, cuando:

i. Para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por incapacidad, o dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya decretado la medida; o

ii. No fue debidamente notificada de la iniciación de la actuación arbitral; o

iii. La decisión se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones de la providencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá decretar la ejecución de las primeras; o

iv. La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, no se ajustaron a la ley del país donde se tramita el arbitraje, siempre que por ello se haya privado a dicha parte de su derecho de defensa en relación con lo dispuesto en la medida cautelar; o

v. No se haya cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la caución que corresponda a la medida cautelar decretada; o,

vi. La medida cautelar haya sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por una autoridad judicial del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho se decretó dicha medida.

En todo caso, no podrá invocar los motivos contemplados en el literal a) numerales (i), (ii), (iii) y (iv), la parte que haya podido invocar dichas circunstancias oportunamente ante el tribunal arbitral y no lo haya hecho.

b) De oficio, cuando:

i. Según la ley colombiana el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii. La ejecución de la medida sería contraria al orden público internacional colombiano.

2. La determinación a la que llegue la autoridad judicial respecto de cualquier motivo enunciado en el presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de ejecución de la medida cautelar. La autoridad judicial a la que se solicite la ejecución solo podrá pronunciarse sobre la existencia de las causales a las que se refiere este artículo y no sobre el contenido de la medida cautelar.

Artículo 90. Medidas cautelares decretadas por la autoridad judicial. Con anterioridad a la iniciación del trámite arbitral o en el curso del mismo, e independientemente que el proceso se adelante en Colombia o en el exterior, cualquiera de las partes podrá acudir a la autoridad judicial para que decrete medidas cautelares. La autoridad judicial ejercerá dicha competencia de conformidad con su propia ley procesal y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

CAPÍTULO VI SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

Artículo 91. Trato equitativo de las partes. El tribunal arbitral tratará a las partes con igualdad y dará a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Artículo 92. Determinación del procedimiento. Las partes, con sujeción a las disposiciones de la presente sección, podrán convenir el procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento arbitral.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, con sujeción a lo dispuesto en la presente sección y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje. Esta facultad incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

Artículo 93. Sede del arbitraje. Las partes podrán determinar libremente la sede del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral la determinará, atendidas las circunstancias del caso, y las conveniencias de aquellas.

El tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes, podrá reunirse donde lo estime apropiado para practicar pruebas; asimismo, podrá deliberar donde lo estime conveniente, sin que nada de ello implique cambio de la sede del arbitraje.

Artículo 94. Iniciación de la actuación arbitral. Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la actuación arbitral se entenderá iniciada en la fecha en que el demandado reciba la solicitud de someter la controversia a arbitraje.

Artículo 95. Idioma. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales, en los escritos de las partes, en las audiencias y en cualquier laudo, decisión o comunicación que emita el tribunal arbitral. De lo contrario, el tribunal arbitral hará la determinación que corresponda.

El tribunal arbitral podrá ordenar que una prueba documental vaya acompañada de su correspondiente traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por él.

Artículo 96. Demanda y contestación. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá presentar su demanda, indicando los hechos en que se funda, los puntos controvertidos y el objeto de ella. El demandado, al responderla, deberá referirse a los distintos elementos de aquella, a menos que las partes hayan acordado otra cosa.

El demandante en su demanda y el demandado en su contestación podrán aportar los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a documentos u otras pruebas que pretendan hacer valer.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la tardanza con que se haya hecho.

Artículo 97. Audiencias y actuaciones por escrito. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación o práctica de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. Salvo que las partes hubiesen convenido que no se lleven a cabo audiencias, el tribunal arbitral las celebrará a petición de cualquiera de ellas.

El tribunal arbitral notificará a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y su objeto.

El tribunal arbitral dará traslado a la otra u otras partes de las declaraciones, documentos e información que cualquiera de ellas le suministre y pondrá a disposición de estas los peritajes y los documentos probatorios en los que pueda basar su decisión.

Artículo 98. Rebeldía de una de las partes. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando:

1. El demandante, sin invocar causa suficiente, no presente su demanda con arreglo al inciso primero del artículo 96 el tribunal arbitral dará por terminada la actuación.
2. El demandado no conteste la demanda con arreglo al inciso primero del artículo 96, el tribunal arbitral continuará la actuación, sin que aquella omisión se considere por sí misma como aceptación de las manifestaciones del demandante.
3. Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones e incluso proferir laudo con base en las pruebas de que disponga.

Artículo 99. Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral. Salvo acuerdo en contrario de las partes:

1. El tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos, caso en el cual podrá disponer que una de las partes o ambas suministren al perito la información pertinente o le presenten para su inspección documentos, mercancías u otros bienes, o le proporcionen acceso a ellos.
2. Cuando una de ellas lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito o los peritos, después de la presentación de sus dictámenes escritos u orales, deberán participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de interrogarlos y de presentar peritos para que opinen sobre los puntos controvertidos.

Artículo 100. Colaboración de las autoridades judiciales para la práctica de pruebas. Tanto el tribunal arbitral como cualquiera de las partes con la aprobación de aquél, podrán pedir la colaboración de la autoridad judicial de cualquier país para la práctica de pruebas. La autoridad judicial atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia territorial y con arreglo al régimen del respectivo medio probatorio. La autoridad judicial colombiana procederá al efecto de la misma forma que si se tratara de una comisión judicial.

CAPÍTULO VII

PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES

Artículo 101. Normas aplicables al fondo del litigio. El tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. La indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se entenderá referida, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indican la norma, el tribunal arbitral aplicará aquellas normas de derecho que estime pertinentes.

El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* solo si las partes lo hubieren autorizado. En todo caso, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Artículo 102. Adopción de decisiones cuando haya más de un árbitro. En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo

en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. A falta de mayoría decidirá el árbitro presidente.

El árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal.

Artículo 103. Transacción. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a una transacción o a una conciliación o mediación que resuelva el litigio, el tribunal dará por terminadas las actuaciones. Caso de que lo pidan ambas partes y el tribunal no se oponga, éste verterá en un laudo los términos convenidos por aquellas.

Dicho laudo tendrá los mismos efectos que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Artículo 104. Forma y contenido del laudo. El laudo arbitral consultará la siguiente forma y contenido:

1. El laudo se proferirá por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastará la firma de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral o la del árbitro presidente en su caso y se dejará constancia del motivo de la ausencia de una o más firmas. La falta de una o más firmas no afectará la validez del laudo arbitral.
2. El tribunal arbitral deberá motivar el laudo, a menos que las partes hayan convenido otra cosa, y en este caso, siempre y cuando ninguna de ellas tenga su domicilio o residencia en Colombia, o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 103.
3. El laudo indicará su fecha y la sede del arbitraje en la que se considerará proferido.
4. Una vez dictado el laudo, el tribunal lo notificará a las partes mediante la entrega de sendas copias firmadas por quienes lo suscribieron.

Artículo 105. Terminación de las actuaciones. La terminación de las actuaciones se regirá por las siguientes reglas:

1. La actuación arbitral terminará con el laudo definitivo o al resolver sobre las solicitudes de corrección o aclaración del laudo o, en su caso, cuando se profiera un laudo adicional.
2. El tribunal arbitral ordenará la terminación de la actuación arbitral cuando:
 - a) El demandante retire su demanda, a menos que el demandado se opusiere a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio;
 - b) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones;
 - c) El tribunal arbitral compruebe que la prosecución de la actuación resultaría innecesaria o imposible.
3. El tribunal arbitral cesará en sus funciones a la expiración del término que tienen las partes para solicitar corrección, aclaración o laudo adicional o, en su caso, cuando decida la solicitud o profiera el laudo adicional.

Artículo 106. Corrección y aclaración del laudo y laudo adicional. Dentro del mes siguiente a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:

- a) Cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija cualquier error de cálculo, de transcripción o tipográfico, o que aclare un punto determinado del laudo. Si el tribunal arbitral acoge la petición hará la corrección o la aclaración dentro del mes siguiente a la recepción de la solicitud en decisión que formará parte del laudo.
- b) El tribunal arbitral podrá, de oficio, corregir cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o gramatical.
- c) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas, dándole aviso a la otra u otras, podrá pedir al tribunal arbitral que profiera un laudo adicional sobre pretensiones hechas en el curso del

trámite arbitral pero omitidas en el laudo. Si el tribunal arbitral acoge la solicitud, proferirá el correspondiente laudo adicional en el término de sesenta (60) días.

De ser ello necesario, el tribunal arbitral prorrogará el término para la corrección, aclaración o adición del laudo.

Lo dispuesto en el artículo 104 se aplicará a las correcciones o aclaraciones del laudo o a los laudos adicionales.

CAPÍTULO VIII IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

Artículo 107. La anulación como único recurso judicial contra un laudo arbitral. Contra el laudo arbitral solamente procederá el recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en esta sección. En consecuencia, la autoridad judicial no se pronunciará sobre el fondo de la controversia ni calificará los criterios, valoraciones probatorias, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, las partes podrán, mediante declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo posterior por escrito, excluir completamente el recurso de anulación, o limitarlo a una o varias de las causales contempladas taxativamente en la presente sección.

Artículo 108. Causales de anulación. La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio:

1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe:

- a) Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley colombiana; o
- b) Que no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o
- c) Que el laudo versa sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
- d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley.

2. De oficio, cuando:

- a) Según la ley colombiana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o,
- b) El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia.

Artículo 109. Procedimiento para el recurso de anulación. El recurso de anulación se tramitará mediante el siguiente procedimiento:

1. El recurso de anulación deberá proponerse y sustentarse, con indicación de las causales invocadas, ante la autoridad judicial competente de acuerdo con la presente sección, dentro del mes siguiente a la notificación del laudo o, en su caso, a la notificación del laudo adicional o de la providencia que

resuelva sobre la corrección o aclaración del laudo o de la providencia que rechace la solicitud de laudo adicional.

2. El recurso será rechazado de plano cuando aparezca de manifiesto que su interposición fue extemporánea o no fue oportunamente sustentado, o que las causales alegadas no corresponden a las establecidas en la presente sección.

3. Al admitir el recurso se correrá traslado común por el término de un (1) mes a la parte o partes opositoras para que presenten sus alegaciones. El traslado se surtirá en la secretaría de la autoridad competente.

4. Al día siguiente del vencimiento del traslado, el secretario de la autoridad judicial pasará el expediente al despacho para sentencia, que deberá proferirse dentro de los dos (2) meses siguientes. En ella se liquidarán las costas y condenas a cargo de las partes, con arreglo a lo convenido por ellas o, de haberse adoptado un reglamento de procedimiento en particular, con arreglo a lo que en dicho reglamento se establezca a propósito, o en su defecto, con arreglo a lo previsto para los procesos civiles. Igualmente se ordenarán las restituciones a que haya lugar cuando el laudo anulado haya sido ejecutado en todo o en parte.

5. Si no prospera ninguna de las causales invocadas, se declarará infundado el recurso y se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público.

6. Contra la decisión del recurso de anulación no procederá recurso o acción alguna.

La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo.

Artículo 110. Efectos del recurso de anulación. Cuando prospere alguna de las causales señaladas en el numeral 1 literal a), del artículo 108 se declarará la nulidad del laudo y las partes podrán acudir ante la autoridad judicial competente.

Cuando prospere alguna de las causales señaladas en el numeral 1 literal b), c) y d), del artículo 108 se declarará la nulidad del laudo, sin que ello perjudique el acuerdo de arbitraje.

Cuando prospere alguna de las causales señaladas en el numeral 2 del artículo 108 se declarará la nulidad del laudo.

En caso de anulación del laudo, las pruebas practicadas en el curso del trámite arbitral podrán ser apreciadas bien por tribunal arbitral o bien por la autoridad judicial.

CAPÍTULO IX RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

Artículo 111. Reconocimiento y ejecución. Los laudos arbitrales se reconocerán y ejecutarán así:

1. Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya proferido, será ejecutable ante la autoridad judicial competente, a solicitud de parte interesada.

2. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia de él. Si el laudo no estuviere redactado en idioma español, la autoridad judicial competente podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a este idioma.

3. Los laudos dictados en arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia se considerarán laudos nacionales y, por ende, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados directamente sin necesidad de este, salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación, caso en el cual será necesario su reconocimiento.

4. Para la ejecución de laudos extranjeros, esto es de aquellos proferidos por un tribunal arbitral cuya sede se encuentre fuera de Colombia, será necesario su reconocimiento previo por la autoridad judicial competente.

Artículo 112. Motivos para denegar el reconocimiento. Solo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, en los casos y por las causales que taxativamente se indican a continuación:

a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando ella pruebe ante la autoridad judicial competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

i. Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o

ii. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii. Que el laudo versa sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

iv. Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, a la ley del país donde se adelantó o tramitó el arbitraje; o

v. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o fue anulado o suspendido por una autoridad judicial del país sede del arbitraje; o

b) Cuando la autoridad judicial competente compruebe:

i. Que, según la ley colombiana, el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje; o

ii. Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público internacional de Colombia.

Si se hubiere pedido la anulación o la suspensión del laudo ante una autoridad judicial del país sede del arbitraje, la autoridad judicial colombiana, si lo considera procedente, podrá aplazar su decisión sobre el reconocimiento del laudo y, a instancia de la parte que pida aquello, ésta podrá también ordenar a la otra parte que otorgue caución apropiada.

Artículo 113. Competencia funcional. La decisión adoptada por la autoridad judicial competente en el trámite de reconocimiento de los laudos que conforme a la presente sección demanden del mismo se tramitará en única instancia y contra ella no procederá recurso o acción alguna.

Artículo 114. Normatividad aplicable al reconocimiento. Al reconocimiento del laudo arbitral se aplicarán exclusivamente las disposiciones de la presente sección y las contenidas en los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia. En consecuencia, no serán aplicables las disposiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil sobre motivos, requisitos y trámites para denegar dicho reconocimiento, disposiciones que se aplicarán únicamente a las sentencias judiciales proferidas en el exterior.

Artículo 115. Trámite del reconocimiento. La parte que pida el reconocimiento presentará la solicitud ante la autoridad judicial competente acompañada de los documentos a que se refiere el artículo 111.

En caso de encontrar completa la documentación, la autoridad judicial competente admitirá la solicitud y dará traslado por diez días (10) a la otra u otras partes.

Vencido el término del traslado y sin trámite adicional, la autoridad judicial competente decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes.

Artículo 116. Ejecución. Reconocido el laudo en todo o en parte, de su ejecución conocerá la autoridad judicial competente.

SECCIÓN CUARTA ARBITRAJE SOCIAL

Artículo 117. Arbitraje social. Los centros de arbitraje deberán promover jornadas de arbitraje social para la prestación gratuita de servicios en resolución de controversias de hasta cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv), sin perjuicio de que cada centro pueda prestar el servicio por cuantías superiores. Éste arbitraje podrá prestarse a través de procedimientos especiales, autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho, breves y sumarios.

En estos procesos las partes no requieren de apoderado, se llevarán por un solo árbitro y el centro de arbitraje cumplirá las funciones secretariales. Los centros tendrán lista de árbitros voluntarios y será escogido por las partes de dicha lista. Cuando el arbitraje no pueda adelantarse por los árbitros de la referida lista, el centro sorteará de la lista general de árbitros del centro. El árbitro sorteado que se abstenga de aceptar el nombramiento, sin justa causa, será excluido de la lista de árbitros del respectivo centro.

Parágrafo. El Ministerio de Justicia y del Derecho expedirá la reglamentación a que haya lugar, en donde establezca el número mínimo de arbitrajes sociales gratuitos que cada centro debe adelantar en cada anualidad.

Los árbitros serán aceptados expresamente por las partes, y en ningún caso recibirán honorarios profesionales en los asuntos de arbitraje social.

SECCIÓN QUINTA CAPÍTULO ÚNICO DEROGACIONES Y VIGENCIA

Artículo 118. Derogaciones. Deróguese el Decreto 2279 de 1989; el inciso primero del artículo 10 del Decreto 1056 de 1953, los artículos 90 a 117 de la Ley 23 de 1991; los artículos 12 a 20 del Decreto 2651 de 1991; los artículos 70 a 72 de la Ley 80 de 1993; los artículos 111 a 132 de la Ley 446 de 1998; los artículos 111 a 231 del Decreto 1818 de 1998; el inciso 3 del artículo 331 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 34 de la Ley 794 de 2003; el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007; la Ley 315 de 1996; el literal b) del artículo 3 y el inciso 3 del artículo 7 de la Ley 1394 de 2010, el numeral 12 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011; el inciso 2 del artículo 693 del Código de Procedimiento Civil; y el artículo 194 del Código de Comercio, así como todas las disposiciones contrarias a la presente ley.

Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia. Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores.

9. LEY 1564 DE 2012. CODIGO GENERAL DEL PROCESO.

Las normas que del CGP se relacionan directamente con la materia arbitral son las que a continuación se transcriben, haciendo la mención especial de que sólo el artículo 95, numeral 4, entró en vigencia el 1° de octubre de 2012; los demás artículos entrarán en vigencia el 1° de enero de 2014:

Artículo 17. Competencia de los jueces civiles municipales en única instancia. Los jueces civiles municipales conocen en única instancia:

(...)

8. De los que conforme a disposición especial deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o a su prudente juicio, o a manera de árbitro.

Artículo 19. Competencia de los jueces civiles del circuito en única instancia. Los jueces civiles del circuito conocen en única instancia:

(...)

3. De la actuación para el nombramiento de árbitros, cuando su designación no pudo hacerse de común acuerdo por los interesados y no la hayan delegado a un tercero.

Artículo 21. Competencia de los jueces de familia en única instancia. Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos:

(...)

14. De los asuntos de familia en que por disposición legal sea necesaria la intervención del juez o este deba resolver con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o con prudente juicio o a manera de árbitro.

Artículo 30. Competencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema de Justicia conoce en Sala de Casación Civil:

(...)

5. Del exequátur de laudos arbitrales proferidos en el extranjero, de conformidad con las normas que regulan la materia.

(...)

7. Del recurso de revisión contra laudos arbitrales que no estén atribuidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Artículo 31. Competencia de las salas civiles de los tribunales superiores. Los tribunales superiores de distrito judicial conocen, en sala civil:

(...)

5. Del recurso de anulación contra laudos arbitrales que no esté atribuido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Artículo 45. *Ministerio Público.* Las funciones del Ministerio Público se ejercen:

(...)

4. Ante los tribunales de arbitraje, de acuerdo con las reglas especiales que rigen la materia. A falta de norma expresa, a través de quien fuere competente en caso de haberse tramitado el proceso ante un juez o tribunal.

Los agentes del Ministerio Público deben declararse impedidos cuando ellos, su cónyuge o compañero permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tengan interés en el proceso. Al declararse impedidos expresarán los hechos en que se fundan. Los impedimentos y las recusaciones deben ser resueltos por el superior del funcionario que actúe como agente del Ministerio Público y si las declara fundadas designará a quien deba reemplazarlo.

Artículo 90. *Admisión, inadmisión y rechazo de la demanda.* El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. En la misma providencia el juez deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante.

El juez rechazará la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia o cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla. En los dos primeros casos ordenará enviarla con sus anexos al que considere competente; en el último, ordenará devolver los anexos sin necesidad de desglose.

(...)

Parágrafo primero. La existencia de pacto arbitral no da lugar a inadmisión o rechazo de la demanda, pero provocará la terminación del proceso cuando se declare probada la excepción previa respectiva.

Artículo 95. *Ineficacia de la interrupción de la prescripción y operancia de la caducidad.* No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad en los siguientes casos:

(...)

4. Cuando el proceso termine por haber prosperado la excepción de compromiso o cláusula compromisoria, salvo que se promueva el respectivo proceso arbitral dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la ejecutoria del auto que dé por terminado el proceso.

Artículo 306. *Ejecución.* Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Formulada la solicitud el juez librándole mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutoria de la sentencia y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior.

(...)

La jurisdicción competente para conocer de la ejecución del laudo arbitral es la misma que conoce del recurso de anulación, de acuerdo con las normas generales de competencia y trámite de cada jurisdicción.

Artículo 390. Asuntos que comprende. Se tramitarán por el procedimiento verbal sumario los asuntos contenciosos de mínima cuantía, y los siguientes asuntos en consideración a su naturaleza:

(...)

7. Los que conforme a disposición especial deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o a su prudente juicio, o a manera de árbitro.

Artículo 454. Remate por comisionado. Para el remate podrá comisionarse al juez del lugar donde estén situados los bienes, si lo pide cualquiera de las partes; en tal caso, el comisionado procederá a realizarlo previo el cumplimiento de las formalidades legales.

El comisionado está facultado para recibir los títulos de consignación para hacer postura y el saldo del precio del remate, los cuales deberán hacerse a la orden del comitente y enviarse a este por el comisionado junto con el despacho comisorio. Si el rematante no consigna oportunamente el saldo, así lo hará constar el comisionado a continuación del acta de la diligencia, para que el comitente resuelva lo que fuera pertinente.

Parágrafo 1º. A petición de quien tenga derecho a solicitar el remate de los bienes, se podrá comisionar a las notarías, centros de arbitraje, centros de conciliación, cámaras de comercio o martillos legalmente autorizados.

Las tarifas, expensas y gastos que se causen por el remate ante las mencionadas entidades, serán sufragadas por quien solicitó el remate, no serán reembolsables y tampoco tenidas en cuenta para efectos de la liquidación de las costas.

Parágrafo 2º. La Superintendencia de Notariado y Registro fijará las tarifas de los derechos notariales que se cobrarán por la realización de las diligencias de remate. Las tarifas de los centros de arbitraje, centros de conciliación, cámaras de comercio o martillos serán fijadas por el Gobierno Nacional.

(...)

Artículo 605. Efectos de las sentencias extranjeras. Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas por autoridades extranjeras, en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia.

El exequátur de laudos arbitrales proferidos en el extranjero se someterá a las normas que regulan la materia.

Artículo 608. Procedencia. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales sobre cooperación judicial, los jueces colombianos deberán diligenciar los exhortos sobre pruebas decretadas por funcionarios extranjeros del orden jurisdiccional o de tribunales de arbitramento, y las notificaciones, requerimientos y actos similares ordenados por aquellos, siempre que no se opongan a las leyes u otras disposiciones nacionales de orden público.’

VII. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997

ARAGON REYES, Manuel. *La Constitución como paradigma*. En: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Introducción de Gregorio Peces-Barba. Pensamiento contemporáneo 24. Paidós I.C.E. – U.A.B. 1993.

BEJARANO GUZMAN, Ramiro. *Procesos Declarativos. Civiles, agrarios, de familia, arbitramento. Acciones populares y de grupo. Ley de conciliación*. Cuarta edición. Temis, Bogotá - Colombia, 2008.

BENETTI SALGAR, Julio. *El arbitraje en el derecho colombiano*. Segunda edición. Temis. 2001.

BERNAL BERNAL, Rafael. *NOTAS DE ARBITRAJE. La constitucionalización del arbitraje*. Uniempresarial, Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá, D.C., 2008.

BERNAL GUTIERREZ, Rafael. *El arbitraje, la alternativa actual*. Santa Fe de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Introducción de Gregorio Peces-Barba. Pensamiento contemporáneo 24. Paidós I.C.E. – U.A.B. 1993.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del derecho*, México, 1964.

BROWN, Wendy y WILLIAMS, Patricia. *'La crítica de los derechos'*. Estudio preliminar de Isabel Cristina Jaramillo Sierra. Universidad de los Andes. Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editores.

CAMARGO, Pedro Pablo. *El debido proceso*. Tercera edición, Leyer, 2005.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. En *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007.

CEDIEL, Martha. *La solución para las diferencias en contratación administrativa*. Cámara de Comercio de Bogotá. Colección Métodos Alternos.

CHINCHILLA H, Tulio. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Segunda edición. Temis, 2009.

CUÉLLAR SAAVEDRA, Óscar. *La idea de soberanía en los orígenes de la teoría política moderna*. En Revista Sociológica, año 9, número 25. Seguridad y soberanía nacionales den América Latina. Mayo-agosto de 1994. Página 11 y 12.

DUEÑAS RUIZ, Oscar José. *Lecciones de hermenéutica jurídica*. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Cuarta edición, 2008.

KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Estudio preliminar César Rodríguez. Notas editoriales Diego Eduardo López. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana. Siglo del Hombre Editores, Segunda Reimpresión, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N.15 Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. En: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Presentación de Clara Álvarez Alonso. Editorial Trotta, Segunda edición, 1998.

FORERO FORERO, Claudia Helena. *Principios constitucionales: Manifestación positiva de los Principios Generales del Derecho (Sistema Jurídico colombiano: Derecho en parte natural y en parte positivo)* En Revista Telemática de Filosofía del Derecho, n° 6, 2002/2003, pp. 167-192.

GAMBOA MORALES, Nicolás. *Apuntes sobre arbitraje internacional*. Colección Textos de Jurisprudencia. Centro editorial Universidad del Rosario, 2006.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. *Nuevo régimen de arbitramento. Manual práctico*. Cámara de Comercio de Bogotá, Tercera edición, 2011.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, Parte General, Capítulo III, "Bases Políticas, Supraconstitucionales y Sociales del Derecho Administrativo"*

GORDILLO, Agustín. <http://www.gordillo.com/Pdf/1-8/1-8III.pdf>

GTZ, Colección Reformas en la Rama Judicial. *Propuestas para un orden diferente. Tomo I. Descongestión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*. Segunda edición actualizada. Diego Younes Moreno. 2006.

GTZ, Colección Reformas en la Rama Judicial. Propuestas para un orden diferente. Tomo III. Estrategias para la descongestión en lo contencioso administrativo: Proceso modelo y proceso testigo. Diego Younes Moreno. 2006.

GTZ, Colección Reformas en la Rama Judicial. Propuestas para un orden diferente. Tomo V. Vía Gubernativa – Conciliación – Arbitramento: una compilación temática y jurídica para la descongestión en lo contencioso administrativo. Diego Younes Moreno. 2008.

HERNANDEZ VILLAREAL, Gabriel. *Medidas cautelares en los procesos arbitrales ¿Taxatividad o enunciación de las cautelas?* En: Revista de Estudios Socio-Jurídicos, enero-junio, año/vol. 9, número 001. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007. Páginas 183-204.

HERRERA LLANOS, Wilson. En:
http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/20/15_La%20rama%20legislativa%20del%20poder%20publico%20en%20Colombia.pdf
HPTT://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=conferir

JARAMILLO URIBE, Jaime. *El pensamiento colombiano en el Siglo XIX*. Temis, Tercera Edición, 1982.

JESTAEDT, Matthias. *La Teoría de la Ponderación: sus fortalezas y debilidades*. En: La Ponderación en el Derecho. Eduardo Montealegre (Coord.) Universidad Externado de Colombia, 2008.

KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?* Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1992.

KENNEDY, Duncan. *Form and Substance in Private Law Adjudication*. Harvard Law Review. 1976.

KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudicación*. Cambridge, Harvard University Press, 1997.

KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Estudio preliminar César Rodríguez. Notas editoriales Diego Eduardo López. Nuevo Pensamiento Jurídico. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. Siglo del Hombre Editores, Segunda reimpresión, 2005.

LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro Antonio. *Principios fundamentales en la Constitución de 1991*. Jurídica Radar Ediciones, Santa Fe de Bogotá, 1994.

LOPEZ MEDINA, Diego. *Ámbito Jurídico*, Legis, año XI, No. 259. Colombia. 6 al 19 de octubre de 2008, página 16.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *¿Por qué hablar de una “Teoría Impura del Derecho” para América latina?* en BONILLA MALDONADO, Daniel. Editor académico. *Teoría del derecho y transplantes jurídicos*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar. Primera edición, 2009.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los jueces*. Bogotá, Legis. 2009.

LUNA BENÍTEZ, Luis Alberto. *Lo contencioso administrativo*. Ediciones Librería del Profesional, 1981.

MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. *Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Universidad Externado de Colombia, 2007.

MEJÍA MARTÍNEZ, Carmenza. *El arbitraje: ¿Justicia informal? Análisis de las sentencias de la Corte Constitucional*. En Temas estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación. Especialización en Negociación, Conciliación y Arbitraje. 10 años. Fernando Herrera Mercado. Fabricio Mantilla Espinosa. Editores. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Editorial, 2007.

MIER BARROS, Patricia. *Las materias susceptibles de arbitramento*. En Revista de Derecho Público No. 11. Junio de 2000. Universidad de los Andes.

MONTEALEGRE Eduardo (Coord.) *La ponderación en el derecho*. Matthias Jestaedt, Manuel José Cepeda, Rodolfo Arango, Henrik López, Carlos Bernal, Ana María Montoya. Universidad Externado de Colombia. 2008.

NAVA NEGRETE, Alfonso. (Comp.) *Derecho Administrativo Mexicano*, México, D.F., F.C.E., 1995.

NOTAS DE ARBITRAJE, Uniempresarial y Cámara de Comercio de Bogotá. 2008.

OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Traducido por: Eduardo Silva Romero. Fabricio Mantilla Espinoza. José Joaquín Caicedo Demoulin. Legis Editores 2006.

POCHARD, Marcel. *La evolución del contencioso administrativo en el mundo*. Traducción de Grenfieth Sierra Cadena. Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, 2008.

QUINCHE RAMÍREZ, Víctor Alberto *et al.* *Teoría de la argumentación, mundo de la vida y práctica argumental*. Revista Estudios Socio-Jurídicos, enero-junio, año/vol. 7, número 001. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. Páginas 117-134.

PRIETO MONROY, Carlos Adolfo. *El proceso y el debido proceso*. Vniversitas, diciembre, número 106. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia. 2003.

RENGIFO GARCIA, Ernesto. *Del Abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*. Universidad Externado de Colombia, 2ª edición, 2004.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto, Editor académico. *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*. Editorial Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. 2007.

REVEIZ, Edgar. *El Estado como mercado. La gobernabilidad económica y política en Colombia.* FONADE. Carlos Valencia Editores, Bogotá, 1997.

RUIZ OREJUELA, Wilson. *Responsabilidad extracontractual. Frente a: Estado legislador, Medios de comunicación, responsabilidad fiscal, desplazamiento forzado y actos terroristas.* ECOE Ediciones, 2008.

SANTOFIMIO G., Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo. El Acto Administrativo, Tomo II.* Universidad Externado de Colombia, 2004.

SILVA ROMERO, Eduardo. *'Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro.'* II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje – El Arbitraje y la Jurisdicción, Madrid, 17-19 de junio de 2007.

En: <http://www.clubarbitraje.com/files/docs/Adopcion de Medidas Cautelares por el Juez y por el Arbitro. Eduardo Silva.pdf>

TRIAS MONGE, José. *'Teoría de Adjudicación.'* Editorial de la Universidad de Puerto Rico. Primera edición, 2000.

UNIVERSITÉ D'OTTAWA. *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español,* diversos autores, Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1989.

VALDES SANCHEZ, Roberto. *La Transacción.* Legis. Bogotá. 1997.

VILAS, Carlos M. *Entre el Estado y la globalización: la soberanía de la sociedad civil.* En Revista Sociológica, año 9, número 25. Seguridad y soberanía nacionales den América Latina. Mayo-agosto de 1994.

VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. *Derecho administrativo laboral. Principios, estructuras y relaciones individuales. Relaciones colectivas y aspectos procesales.* Tomo 1 y 2. Séptima edición. Legis, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio R. *Derecho Penal. Parte General,* Buenos Aires, EDIAR, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Editorial Trotta, Madrid, 2003.

ZULETA LONDOÑO, Alberto. *La protección constitucional del arbitraje.* En: Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales. Fernando Mantilla-Serrano. Coordinador. Comité Colombiano de Arbitraje. Legis Editores S.A. Primera Edición 2007.

ZULETA, Eduardo. *Ámbito Jurídico,* Legis, año XV, No. 350. Colombia. 23 de julio al 5 de agosto de 2012, página 17.