

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Departamento de Derecho Procesal

Monografía de Grado

**“La naturaleza jurídica del arbitraje determina la transigibilidad de los asuntos
sometidos a éste. El caso colombiano.”**

Director

José Ignacio García Arboleda

Autoría

Laura Duque Venegas

Susana Gómez Ramírez

Bogotá - Colombia

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Tabla de Contenido

Pontificia Universidad Javeriana.....	1
Introducción	3
Resumen.....	5
Capítulo I: Concepción del Estado Colombiano sobre el arbitramento.....	6
1. Antecedentes al artículo 116 de la Constitución Política de 1991	6
1.1. Evolución del arbitramento en la historia de Colombia	6
1.2. El arbitramento en vigencia de la Constitución Política de 1886	8
1.3. Gaceta constitucional del artículo 116 de la Constitución Política de 1991	16
1.4. Jurisdicción arbitral en vigencia de la Constitución Política de 1991	20
2. Evolución de la jurisdicción arbitral en el derecho público	24
Capítulo II: Elementos de la jurisdicción arbitral en Colombia.....	30
1. Naturaleza jurídica del proceso arbitral	30
2. Características de la jurisdicción arbitral.....	37
3. La arbitrabilidad.....	39
3.1. Arbitrabilidad objetiva	40
3.2. Arbitrabilidad subjetiva.....	43
4. Principio <i>Kompetenz-Kompetenz</i> en el proceso arbitral.....	44
5. Asuntos reservados a la jurisdicción permanente	47
Capítulo III: Ley 1285 de 2009	49
1. Concepto de ley estatutaria.....	49
2. Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.....	52
3. Reformas al ordenamiento jurídico colombiano en materia de arbitramento	54
4. Aplicación de la ley en el tiempo.....	57
5. Implicaciones de la Ley 1285 de 2009 en la jurisdicción arbitral.....	62
Capítulo IV: ¿La eliminación de una restricción estatutaria implica una derogación de normas vigentes o una libertad de configuración para el legislador?.....	63
1. Límites y términos de la jurisdicción arbitral.....	63
2. Proyecto de Ley por medio del cual se expide el Estatuto del Arbitraje Nacional e Internacional.....	65
Capítulo V: ¿Existe entonces discusión sobre las materias objeto de arbitraje?.....	69
1. ¿Únicamente las materias transigibles son objeto de arbitraje?.....	69
2. Conveniencia o validez de la eliminación legal del requisito de transigibilidad	74
Capítulo VI: Conclusión.....	77
Bibliografía.....	80

Introducción

El arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos de heterocomposición, y en Colombia está concebido como un acto eminentemente jurisdiccional por mandato del artículo 116 de la Constitución Política de 1991, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, como es la administración de justicia, que es ejercida por los particulares en condición de árbitros.

La regulación sobre las características y los elementos esenciales de esta institución son competencia exclusiva del legislador, quien a través de los años ha consagrado y delimitado, de manera por demás aislada y desordenada, la naturaleza jurídica, el sentido, la finalidad y las materias objeto de arbitramento. Razón por la cual es importante tener en cuenta la evolución y los antecedentes que en Colombia ha tenido el arbitramento.

En este sentido, las materias objeto de arbitraje, en principio, son de carácter transigible según lo ha determinado el legislador en diversas disposiciones que hacen parte del ordenamiento jurídico, como son por ejemplo el artículo 13 de la Ley 270 de 1996¹ y el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998². En otras palabras, en principio, única y exclusivamente podrían ser sometidos eventualmente a arbitraje aquellos asuntos de

¹Colombia. Congreso de la Republica. Ley 270 de 1996. Texto original del artículo 13. “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 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”. (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

²Colombia. Presidencia de la Republica. Decreto 1818 de 1998. Artículo 115 Inciso 1°. “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. (...)” (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

contenido económico que se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad privada, al poder disponer las partes libremente de ellos.

Sin embargo, la Ley 1285 de 2009, Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en sus disposiciones omitió por completo la transigibilidad como elemento esencial y límite material de los asuntos objeto de arbitramento.

De ahí que, haya lugar a cuestionarse sobre la vigencia y aplicación de la transigibilidad como elemento tradicional y característico del arbitramento, que ahora no hace parte en la actual Ley Estatutaria de Administración de Justicia, siendo por demás, oportuno y relevante, tener en cuenta el Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia, como la aplicación de la ley en el tiempo, para poder identificar las implicaciones de la Ley 1285 de 2009 en la jurisdicción arbitral.

De esta manera, tomando en consideración el carácter que puede tener el arbitramento, a saber, contractual, jurisdiccional o mixto, la eventual posibilidad de que las materias objeto de arbitramento sean asuntos exclusivamente transigibles o sean asuntos transigibles como no transigibles, dependerá entonces de la naturaleza jurídica que esta institución tenga en la legislación interna de cada país.

Por lo tanto ¿debería ser el arbitraje en Colombia de naturaleza contractual, derivada de la autonomía de la voluntad de las partes, en lugar de jurisdiccional ejerciendo funciones públicas como es la administración de justicia?

Resumen

En Colombia la naturaleza jurídica del arbitraje es jurisdiccional por mandato expreso de la Constitución Política de 1991. Los elementos esenciales de esta institución son regulados exclusivamente por el legislador. Las materias objeto de arbitraje, en principio son de carácter transigible, sin embargo la Ley 1285 de 2009 omitió este elemento esencial, generando así la duda sobre la vigencia y aplicación de la transigibilidad. Por lo tanto ¿debería ser el arbitraje en Colombia de naturaleza contractual, derivada de la autonomía de la voluntad de las partes, en lugar de jurisdiccional ejerciendo funciones públicas como es la administración de justicia?

Palabras claves:

- Arbitraje
- Transigible
- Contractual
- Jurisdiccional

Capítulo I: Concepción del Estado Colombiano sobre el arbitramento

1. Antecedentes al artículo 116 de la Constitución Política de 1991

1.1. Evolución del arbitramento en la historia de Colombia

El arbitraje, como institución del derecho colombiano aparece por primera vez en la Constitución Política de 1830 la cual “(...) autorizó a los colombianos para comprometer sus diferencias en árbitros en cualquier estado de los pleitos. Pero fuera de esta autorización (libertad la llama este estatuto) no la encontramos expresa en ninguna otra.”³ Por esta razón y debido a que el arbitraje estaba simplemente mencionado en esa Constitución y no creado por ninguna otra fuente de derecho, surgió el cuestionamiento de si era necesario que dicha institución fuera autorizada constitucionalmente, para así dar pie a la existencia real de los árbitros como jueces de la República.⁴

La necesidad de la creación constitucional del arbitraje en Colombia era el reflejo de la justicia en Colombia en esa época, pues se creía que era ineficiente y por tanto se necesitaba la presencia de una institución, como el arbitraje, para que ayudara a mejorar su eficacia cuando se tratara de solucionar los conflictos entre las personas⁵. Por tanto, se decía que las causas generales de esta situación eran: “(...) malas remuneraciones que no permiten, en general, llevar a los puestos de la justicia, principales y subalternos,

³ FERNÁNDEZ BOTERO, Eduardo. Las Constituciones Colombianas Comparadas Tomo II. Medellín Colombia: Editorial Universidad de Antioquia, 1964. Pág. 388.

⁴ *Ibíd.* Pág. 388.

⁵ *Ibíd.* Pág. 389.

el mejor personal, y que en algunos casos, como los de innumerables Juzgados de Circuito y Municipales, son de lo peor. Insuficiencia de Tribunales y Juzgados.”⁶

Posteriormente con la Ley 14 de 1834 se evidenciaron ciertos elementos fundantes de la estructura del arbitraje en Colombia, “(...) ya que en esta ley se otorgaban facultades de conciliación a los jueces de la república siempre y cuando las partes fueran capaces de transigir y sus controversias se presentaran sobre materias susceptibles de transacción.”⁷ En resumen, aun cuando la Constitución de 1830 mencionó sumariamente el concepto de arbitraje, fue la Ley 14 de 1834 la que por primera vez estableció lo que hoy se entiende como la composición del arbitraje colombiano.

Una vez concluida la Guerra Civil, en Rionegro se expidió la Constitución Política de 1863 para los Estados Unidos de Colombia, e instauró de manera permanente el federalismo en nuestro país. En el artículo 69 de dicha Constitución, se estableció que el poder judicial sería ejercido por el Senado, por una Corte Suprema Federal, por los Tribunales y Juzgados de los Estados y por aquellos que se rijan en los territorios especiales. En este sentido, la Constitución de 1863, eliminó lo dispuesto en 1830 frente a los jueces especializados, llamados árbitros, y consagró el poder judicial en manos de unos pocos que para ese entonces, fueron llamados al poder tras la victoria de los liberales en la Guerra Civil.

⁶ *Ibíd.*, Pág. 389.

⁷ BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial. Bogotá, Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá, 1993, Pág. 16.

1.2. El arbitramento en vigencia de la Constitución Política de 1886

La Constitución Política de 1886 se expidió, como bien se sabe, bajo el mandato del Presidente Rafael Núñez y bajo la concepción de la Regeneración, la cual acabó con el federalismo que se había implantado en 1863. De la misma manera, la Constitución de 1886 dividió el aparato estatal en tres poderes: el ejecutivo en cabeza del Presidente, el legislativo ejercido por el Congreso y el judicial.

De esta manera, se puede evidenciar que la Constitución de 1886, en cuanto al poder judicial, hizo una clara reforma estableciendo en su artículo 58 que: “La Corte Suprema, los Tribunales Superiores del Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia. El Senado ejerce determinadas funciones judiciales. La justicia es un servicio público a cargo de la Nación.” Este artículo, no señaló de manera expresa “(...) el arbitraje como medio para la solución de conflictos, o dentro de los cuerpos judiciales que administran justicia.”⁸

No obstante, es necesario precisar que aunque no existía una consagración expresa del arbitraje como órgano del poder judicial, es claro que el mismo artículo señalaba que administrarían justicia aquellos Tribunales y Juzgados que estableciera la ley, por lo que se puede decir que el artículo no prohibió la existencia del arbitraje, pues éste podría ser creado por una disposición legal y por tanto, estaría facultado como los demás órganos mencionados en el artículo 58, para administrar justicia.

⁸BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano. Bogotá, Colombia: Segunda edición actualizada, Editorial Temis, 2001, Pág. 41.

En este sentido, en Sentencia del 5 de agosto de 1970, la Corte Suprema de Justicia manifestó que: “Así, el sistema constitucional colombiano opera en dos planos: el de la Constitución y el de la ley; y por tanto la una como la otra, son origen de los órganos que hacen parte de la rama jurisdiccional del poder, y de su competencia.”⁹

Por tanto, y siguiendo los lineamientos consagrados en la Constitución de 1886, la Ley 105 de 1890 le otorgó al “(...) Arbitramento el carácter de jurisdiccional (...)”¹⁰, y por lo mismo, autorizó que se sometiera a la decisión de los árbitros, todos los conflictos “(...) que surgieran entre personas capaces de transigir, en los casos en los que se permita la transacción y conforme al procedimiento fijado en esa ley.”¹¹ En esta medida, se reiteró una vez más, tal y como se había consagrado en 1830, la importancia de someter a arbitraje, controversias susceptibles de ser transigibles.

Posteriormente, la Ley 103 de 1923 introdujo un cambio radical en esta materia, toda vez que, a diferencia de lo que se había consagrado en la Ley 105 de 1890, el arbitramento dejó de tener naturaleza jurisdiccional, puesto que “(...) cambió el carácter [del arbitramento], para entenderlo como puramente contractual.”¹² Dicho cambio implicó entonces, que se dejó de lado el poder para administrar justicia a cargo de los árbitros y se limitó su actuación a la existencia de un conflicto contractual entre las partes, sin que para ello mediare de forma alguna el poder judicial otorgado anteriormente.

⁹SARRIA, Eustorgio. Constitución Política de Colombia 1886-1986, Estudio – Introducción – Comentarios y Jurisprudencias por el Profesor Eustorgio Sarria. Bogotá – Colombia: Primera Edición, Gama Impresores Ltda., 1983, Pág. 67

¹⁰GAMBOA SERRANO, Rafael Hernando. El Proceso Arbitral en Colombia. Bogotá, Colombia: Publicaciones U. Javeriana, 1992, Pág. 17

¹¹BENETTI, Op. Cit., Pág. 44.

¹²GAMBOA, Op. Cit. Pág. 17.

Luego, el antiguo Código Judicial, Ley 105 de 1931, “(...) le devuelve el carácter de jurisdiccional (...)”¹³ al arbitramento. Dicha ley organiza la estructura del arbitraje al definir y aclarar el ámbito y naturaleza de esta figura, así mismo, “reglamenta la configuración del arbitraje y su estructura, crea la figura del secretario, sustrayendo la función del ejercicio arbitral y marca el rumbo de lo que, a partir de allí, ha venido a ser la figura en nuestros días.”¹⁴

Con la Ley 28 de 1931, se autorizó a las Cámaras de Comercio para “servir de tribunales de comercio para resolver como árbitro o amigable componedor las diferencias que ocurran entre comerciantes”.¹⁵

El Acto Legislativo número 1 de 1936, reformativo de la Constitución de 1886, estableció en su artículo 22 incisos 4 y 5 que el órgano judicial lo constituían “la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, y los demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley. El Senado ejerce determinadas funciones judiciales”. En esta reforma, al igual que en la Constitución de 1886, no hubo un establecimiento expreso del arbitraje, pero se dejó la libertad de nombrar diversos Tribunales y Juzgados en virtud de la ley, tal y como se había venido haciendo y como lo hizo posteriormente la Ley 2 de 1938 al darle validez a la cláusula compromisoria.¹⁶ Ahora bien, una diferencia sobresaliente en esta reforma, es que no se establece la justicia como un servicio público a cargo de la Nación, consagración que luego fue reiterada de manera expresa en el artículo 47 del Acto Legislativo número 1 de 1954.

¹³ Ibid. Pág. 17

¹⁴ BERNAL, GUTIÉRREZ, Rafael. El arbitraje, la alternativa actual. Programa de Fortalecimiento de Medios Alternos para la Solución de Controversias, Proyecto BID. Bogotá: Colección Métodos alternos para la solución de controversias No. 3. Editorial Departamento de publicaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá, 1997, Pág. 28.

¹⁵ BENETTI, Op. Cit., Pág. 45.

¹⁶ Ibid.,Pág. 17

Tal y como se afirmó en la Ley 105 de 1931, el arbitramento denota un carácter jurisdiccional, similar a las funciones que tienen los jueces permanentes, pues ambos administran justicia al momento de resolver una controversia. Dicha facultad jurisdiccional se materializó a través del Decreto 864 de 1953, puesto que ahí se le “(...) otorga facultades a la Procuraduría General de la Nación para ejercer la vigilancia de los tribunales de arbitramento.”¹⁷ En esta medida, en el momento en que el Ministerio Público entra a velar por la protección de los derechos fundamentales de quienes hacen parte de un Tribunal de Arbitramento, se pone de presente y se reitera el poder que tienen los árbitros de administrar justicia como los demás jueces de la República, tal y como lo previó la ley.

En mayo 29 de 1969, se demandaron apartes de la Ley 105 de 1931 que le otorgaban validez a la cláusula compromisoria y que por tanto, se fundamentaban en la tesis de que los árbitros ejercían funciones jurisdiccionales. Se alegó ante la Corte Suprema de Justicia, la inconstitucionalidad de la norma por ir en contra de las disposiciones del artículo 58 de la Constitución de 1886, ya que en este artículo se establecía que la justicia era un servicio público a cargo de la Nación. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, consideró que el arbitramento es una de las modalidades más eficaces para resolver conflictos, y que ello no implicaba que se estuviere violando ningún principio del derecho colombiano, pues los árbitros al ejercer sus funciones colaboran con el restablecimiento del orden social.¹⁸ La función de resolver controversias dada por los particulares, “(...) ha producido en la técnica positiva la tendencia a equiparar los árbitros a verdaderos jueces y a regular el arbitramento paralelamente a los verdaderos

¹⁷ *Ibíd.*, Pág. 45.

¹⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Gaceta judicial, jurisprudencia constitucional, tomos CXXXVII, Número 2338, año 1969,. Magistrado ponente: Luis Sarmiento Buitrago. Pág. 58 y siguientes.

juicios.”¹⁹ Consideró la Corte que aunque en el arbitraje se sigue un procedimiento que tiene por objeto la efectividad de los derechos sustantivos, siguiendo un orden ya establecido, éste procedimiento difiere del procedimiento judicial por varias razones: “porque no lo adelantan personas investidas de manera permanente de la jurisdicción del Estado para decidir en nombre de la República, sino por particulares designados para ello por las partes, que derivan del acuerdo de éstas mismas la facultad de decidir con efectos de sentencia, (...); y porque no toda diferencia o controversia puede ser sometida a arbitramento, sino aquellas sobre las cuales sea lícito o permitido transigir.”²⁰ La Corte Suprema de Justicia reiteró la limitación a las materias que podrían ser objeto de arbitraje, esto es, aquellos asuntos que fuesen susceptibles de transigir en virtud de las disposiciones legales que para ello se hubieren establecido.

Ahora bien, la discusión frente a la demanda presentada radicó en la naturaleza jurídica del arbitraje, sea éste de carácter jurisdiccional o simplemente privado. “Si el arbitramento tiene carácter privado, porque constituye un caso especial de solución de conflictos de derecho por los particulares, 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 ni expresa ni tácitamente prohibida en la Constitución.”²¹ Por otro lado, si el arbitramento es de carácter jurisdiccional “como una especie de habilitación legal de los particulares para participar en la función pública de administrar justicia, como verdaderos jueces ocasionales o como simples auxiliares de la justicia, tampoco puede considerarse inconstitucional dicha institución.”²² Lo anterior se explica en lo ya afirmado anteriormente, en el sentido que el artículo 58

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

consagra que “administran justicia (...) los demás tribunales y juzgados que establezca la ley”, lo que implica que la fuente de creación de los órganos que administran justicia pueden ser tanto la Constitución como la ley, y es la ley la que puede crear otros tribunales o jueces que realicen la misma función, “por lo cual no puede negarse al legislador la facultad de organizar Tribunales Especiales o simplemente ocasionales o transitorios, como los Tribunales de Arbitramento.”²³ Es por estas razones que la Corte consideró declarar exequible el artículo demandado, pues de ninguna forma violaba las disposiciones consagradas en el artículo 58 de la Constitución de 1886.

De manera reiterada, siguiendo lo establecido por la Ley 105 y por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Decreto 1265 de 1970 consagró que “los jurados y los árbitros ejercen ocasionalmente funciones jurisdiccionales.”²⁴ Por otro lado, los Decretos 1400 y 2019 de 1970 adoptaron el Código de Procedimiento Civil que rige hoy en día con algunas modificaciones. Dicho Código “reglamenta la materia de manera integral, modernizando su estructura y la conceptualización del arbitraje, (...) estructurando un trámite semijudicializado (sic) cuyo desarrollo fue limitado y acogido como asuntos de unos pocos especialistas, de refinada técnica y alto costo.”²⁵

El Decreto 410 de 1971, por medio del cual se expidió el actual Código de Comercio, reguló el tema del arbitraje y estableció las mismas disposiciones del Código de Procedimiento Civil, “aspecto este último que, sin duda, marcó mucho el futuro del arbitraje y lo encasilló dentro de la rígida estructura procesal dejando a un lado cualquier influencia o posibilidad para la autonomía de la voluntad que pasó a ser

²³ *Ibíd.*

²⁴ BENETTI, *Op. Cit.*, Pág. 45

²⁵ BERNAL, *Op. Cit.*, Pág. 29.

relegada a un segundo plano.”²⁶ Es así entonces, como se reitera nuevamente, la naturaleza jurídica procesal y jurisdiccional del arbitramento en Colombia, distinta a la naturaleza jurídica contractual, que en algún momento tuvo esta institución.

En otra oportunidad, la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la facultad de los jueces de administrar justicia, consideró que: “(...) la regla de que los jueces colombianos, bien sean permanentes como los previstos en la Carta, ora transitorios como los que en algunos casos autorizan las leyes, son los únicos competentes para dirimir las controversias de todo orden que se susciten entre personas privadas y entre éstas y el Estado, es y será inexcusable.”²⁷ En cuanto al arbitramento, la Corte señaló que la norma acusada “no hace cosa distinta de conceder a los contratantes una de las garantías legales que tienen todos los habitantes del territorio nacional, a saber, la de derogar, en casos especiales, la jurisdicción civil y convenir que sus diferencias sean resueltas por un tribunal de arbitramento ocasional, pero siempre nacional en su integración y funcionamiento.”²⁸ Es claro entonces que a través del arbitramento se pueden solucionar controversias que en un principio eran de competencia de la jurisdicción civil, pero que por la categoría que tiene el arbitraje de jurisdiccional, se traslada la competencia a estos particulares especializados para el caso en concreto.

En 1977 se demandaron por inconstitucionales ciertos apartes del Código de Comercio que trataban materias sobre arbitraje. La Corte Suprema de Justicia consideró que al dictar un fallo en conciencia, no se está excluyendo la facultad de motivar esa decisión fundamentada en las razones de equidad que se tuvieron en cuenta. “El Código de

²⁶ Ibid. Pág. 30

²⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Gaceta judicial, jurisprudencia constitucional, tomos CLII y CLIII, Números 2393 y 2394, años 1975 y 1976, Magistrado ponente: Guillermo González Charry. Pág. 508 y siguientes.

²⁸ Ibid.

Procedimiento Civil, al regular la forma de dictar las sentencias, se dice que éstas se formulan ‘expresando las disposiciones legales y *las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión*’ (sic). Además, no es solamente en relación con los Tribunales de Arbitramento como se ha previsto la posibilidad de dictar fallos en conciencia (...) cuando las partes sean capaces de transigir y cuando se trate de un asunto susceptible de ser objeto de transacción.”²⁹

En 1979, con el acto legislativo número 2, se reformó nuevamente el artículo 58 de la Constitución de 1886 y se estableció que “la administración de justicia es un servicio público a cargo de la Nación”, cambiando en este punto el término justicia al término de administración de justicia. Así mismo, así como estaba previsto para el Senado, se adicionó el concepto que “la Cámara de Representantes ejerce determinadas funciones judiciales”.

Como una manera de organizar aún más la institución del arbitraje, la Ley 30 de 1987 ordenó al gobierno, para que a través de decreto, dictara las normas encaminadas a “implementar (sic) sistemas judiciales de solución de conflictos entre particulares, como la conciliación, el arbitraje y los jueces de equidad.”³⁰ Por otro lado, la Ley 4 de 1990 le otorgó al procurador delegado “la función de registrar la conformación y funcionamiento de los tribunales de arbitramento en los que se controvierten pretensiones que afectan entidades de derecho público, para coadyuvar la defensa de la Nación.”³¹ En este tema se reiteró una vez más la materialización de la función jurisdiccional que tiene el arbitraje, pues nuevamente es el Ministerio Público el que

²⁹ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Gaceta judicial, jurisprudencia constitucional, Tomo CLVI, Número 2396, año 1977, Pág. 210 y siguientes.

³⁰ BENETTI, Op. Cit., Pág. 59

³¹ BENETTI, Op. Cit., Pág. 45

debe entrar a velar por la correcta protección de los derechos fundamentales y del interés general, cuando se trata de la resolución de controversias en materia de derecho público.

1.3. Gaceta constitucional del artículo 116 de la Constitución Política de 1991

La Constitución de 1886 se expidió bajo los lineamientos de unas instituciones que estaban facultadas para administrar justicia, y de otras que estaban igualmente facultadas para hacerlo, siempre y cuando fueran de creación legal. Como se pudo ver en el subtítulo anterior, “Jurisdicción arbitral en vigencia de la Constitución Política de 1886”, la figura del arbitraje se creó legalmente y a partir de la evolución histórica, tuvo diversos cambios, considerada en algún momento como contractual, y luego, como se considera hoy en día, como una figura jurisdiccional.

Ahora bien, la rama jurisdiccional, establecida originalmente en el artículo 58 de la Constitución Política de 1886, ha sufrido diversos cambios, ya a través de leyes que ampliaron su alcance, o a través de Actos Legislativos que, según el gobierno de turno, pretendían reformarla parcial o totalmente. Por eso, se ha considerado que estas medidas de reforma han demostrado la ineficiencia de la justicia y han “(...) incrementado la descomposición social que pretenden combatir y que a la postre han resultado corrosivas de las bases de legitimidad del Estado. (...) Por las implicaciones políticas y sociales que trae consigo la descomposición del sistema para administrar justicia es por lo que se convierte en uno de los temas centrales de la Asamblea

Nacional Constituyente.”³² Es por esta razón, que la administración de justicia fue uno de los temas centrales en la Asamblea Nacional Constituyente, pues se consideró que la inoperancia e ineficiencia del sistema judicial a través de la historia “(...) resulta de la misma crisis socio-económica de la sociedad colombiana, la cual, a su vez, es efecto de la impunidad, del prevaricato y la denegación de justicia.”³³

Se debe precisar que durante la sesión correspondiente al día 12 de febrero de 1991, en la Asamblea Nacional Constituyente se integraron e instalaron cinco comisiones³⁴, dentro de las cuales la comisión cuarta estuvo bajo la presidencia de Fernando Carrillo Flórez y la vicepresidencia de Jaime Fajardo Landaeta encargada de la Administración de Justicia y el Ministerio Público.

En ese sentido, es importante precisar los debates y modificaciones que se hicieron en el transcurso del tiempo en torno a la administración de justicia, para entender la evolución del actual artículo 116 de la Constitución Política.

Por lo anterior, en el Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Nacional No. 1, presentado por el delegatario Jesús Pérez González Rubio, en el Título V en el que se constituyeron las Ramas del Poder Público y del Servicio Público, se estableció lo siguiente: “(...) El actual artículo 58 de la Constitución Nacional será reemplazado por el siguiente: La Corte Constitucional, la Corte de Casación, el Consejo de Estado y los tribunales y juzgados que establezca la Ley, administran justicia (...)”³⁵

³² DÍAZ ARENAS, Pedro Agustín. La Constitución Política Colombiana de 1991. Proceso, Estructuras y Contexto. Santa fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 1993.,Pág. 392

³³ *Ibíd.* Pág. 79

³⁴ Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 4. Pág. 1.

³⁵ Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 4, Pág. 3

En el Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Nacional No 7, presentado por Antonio Navarro Wolff y otros, se previó en el artículo 124 correspondiente a la administración de justicia lo siguiente: “(...) La función de administrar justicia se ejerce en nombre del pueblo y está a cargo de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Fiscal General de la Nación, los tribunales superiores y juzgados creados por la ley y los jurados de conciencia elegidos popularmente.”³⁶

Posteriormente, en el Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Nacional No. 9, presentado por Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño, dentro del artículo 62 que estableció la función judicial se decía: “(...) La ley podrá atribuir competencia a entidades privadas para la solución de conflictos que sólo afecten los intereses particulares. En estos casos podrán establecerse medios alternativos de financiación. (...) El pueblo participará también en la administración de justicia a través del jurado de conciencia; la ley determinará los hechos punibles que deberán juzgarse mediante este procedimiento.”³⁷

De esta manera, en la gaceta constitucional No. 123, en la que constan las actas de sesión plenaria del sábado 1 de junio de 1991 del debate sobre administración de justicia y Ministerio Público, presidida por Álvaro Gómez Hurtado, Horacio Serpa y Antonio Navarro Wolff, en la proposición número 3, específicamente en la sustitutiva de ‘Funcionarios que Administran Justicia’, se estableció lo siguiente: “Titulares de la Administración de Justicia. (...) Los particulares podrán administrar justicia en los casos que determine la ley y proferir fallos en equidad.”³⁸

³⁶ Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 8, Pág. 10

³⁷ Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 9, Pág. 9.

³⁸ Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional. No. 123, Pág. 6.

Mientras que en la gaceta constitucional No. 134, en la que constan las actas de sesión plenaria del viernes 7 de junio de 1991 del debate sobre los principios de la administración de justicia, el Consejo Superior de la Judicatura, entre otros, dentro del numeral VII en el artículo sobre los funcionarios que administran justicia se estableció lo siguiente: “(...) Las autoridades administrativas y los particulares podrán ejercer función jurisdiccional y proferir fallos en equidad, en los términos que determine la Ley, sin que les sea permitido juzgar y sancionar delitos.”³⁹

Ahora bien, en la gaceta constitucional No. 142, en la que constan las actas de sesión plenaria del domingo 30 de junio de 1991, sobre la continuación del segundo debate de los artículos de la Constitución Política, en el artículo 121 se acordó lo siguiente: “(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de 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.”⁴⁰ En virtud de lo anterior, las mencionadas propuestas fueron sometidas a votación de toda la Asamblea Nacional Constituyente siendo negadas por su mayoría.⁴¹ En otras palabras, las disposiciones que fueron negadas, fueron aquellas que consagraban “la participación de los particulares para ejercer función jurisdiccional en los casos que determine la ley”⁴², y por el contrario fue acogida, y fue así como quedó redactada en el artículo 116 de la Constitución “la determinación expresa de las circunstancias en las cuales los particulares administran justicia, como finalmente aparece en el inciso tercero del artículo 116 de la Carta: (...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros

³⁹ Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 134, Pág. 7.

⁴⁰ Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 142, Pág. 28.

⁴¹ Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 142, Pág. 28.

⁴² Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-226 de 1993, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero

habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”⁴³

En este orden de ideas, la diferencia fundamental entre las disposiciones negadas y aquellas que fueron acogidas por la Asamblea, radican en que no se hace una enunciación general de la facultad de los particulares para ejercer función jurisdiccional, sino que a la luz del artículo 116 en cuanto al arbitraje, los particulares están expresamente facultados de manera transitoria para administrar justicia en calidad de árbitros para proferir fallos en derecho o en equidad, es decir, que se delimitan claramente sus funciones y sus facultades como portadores del poder jurisdiccional.

1.4. Jurisdicción arbitral en vigencia de la Constitución Política de 1991

Con la redacción del artículo 116 por parte de la Asamblea Nacional Constituyente se estableció de manera fundante en la Constitución, el carácter jurisdiccional del arbitraje en Colombia, manifestando así sus principales características: en primer lugar la función de administrar justicia es de carácter transitorio, en segundo lugar, la calidad de árbitro sólo se podrá ostentar cuando los particulares sean habilitados por las partes para hacerlo, y en tercer lugar, estarán facultados para proferir fallos en derecho o en equidad en virtud de las disposiciones legales. Es por esta última característica que el ejercicio legislativo en Colombia en cuanto al arbitramento tuvo gran desarrollo y apogeo pues lo que se pretendía era regular a cabalidad toda la materia arbitral, tal y como se explicará a continuación.

⁴³ *Ibíd.*

El Decreto 2651 de 1991 es el reflejo de la regulación arbitral, pues “(...) contiene disposiciones especiales y transitorias sobre la materia, que vienen a modificar y adicionar las ya existentes, haciendo referencia también a disposiciones del Código de Procedimiento Civil, con la finalidad de hacer un todo armónico en esta materia.”⁴⁴

La Ley 270 de 1996, ley estatutaria de administración de justicia, estableció en el artículo 12 que la función jurisdiccional sería ejercida de manera habitual y permanente por las corporaciones e instituciones que estén dotadas para hacerlo en virtud de la Constitución y la ley estatutaria. Así mismo, en dicha ley “se consagró la posibilidad de que el legislador ordinario establezca mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar conflictos que se presenten entre asociados, con lo cual no sólo se da cabida al arbitraje, la conciliación y la amigable composición.”⁴⁵ Por otro lado, el artículo 13 de la ley consagra el ejercicio de la función jurisdiccional por autoridades y particulares, caso en el cual en el numeral tercero de este artículo se encuentran los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción.

En este sentido el numeral tercero del artículo 13 de la Ley 270 de 1996 no sólo establece la posibilidad de que los árbitros ejerzan la función de administrar justicia, sino que “reitera el contenido del artículo 116 de la Carta y, además, fija pautas con las cuales habrá de desenvolverse el trámite arbitral, con sujeción a las leyes especiales que sobre la materia dicten. Al respecto, reitera que pueden ser sometidos a arbitraje los asuntos susceptibles de transacción, (...) reitera que el arbitraje sólo puede darse en derecho o en equidad y para efectos del arbitraje insiste (...) en que las leyes especiales

⁴⁴ BERNAL. Op. Cit., Pág. 18

⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 33

fijarán ‘las reglas del proceso sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas.’⁴⁶

De esta manera, resulta importante resaltar que este artículo consagra el requisito *sine qua non* del arbitraje en Colombia como órgano jurisdiccional, toda vez que las materias objeto de esta institución deben ser susceptibles de transacción.

La Ley 446 de 1998 hizo referencia, entre otras disposiciones normativas, a los mecanismos de conciliación, amigable composición y arbitraje. En cuanto al arbitramento, definió los elementos que de éste se derivan, tales como el pacto arbitral, la cláusula compromisoria y el compromiso. Reguló todo lo concerniente al trámite pre-arbitral, así como el procedimiento en cuanto a sus audiencias, práctica de pruebas y recursos de anulación. Finalmente, esta ley concedió “facultades al gobierno nacional por el término de dos meses para que compile las normas aplicables a estos temas, ‘sin cambiar su redacción, ni contenido’, con el objeto de formar un estatuto sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos”⁴⁷.

Por otro lado, el Decreto 1818 de 1998, como Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, fue considerado como una “(...) infortunada compilación, pues por pretender abarcar en forma exhaustiva el tema -que no logra a cabalidad-, pues excluye algunas instituciones (jueces de paz, defensor del cliente) y normas pertinentes como aquí se demuestra-, codifica reglamentaciones que tradicionalmente formaban parte de otros estatutos, como es el caso del arbitraje laboral o el arbitraje y conciliación internacional (...)”⁴⁸

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 45.

⁴⁸ BENETTI. *Op. Cit.*, Pág. 47

De otra forma, la Ley 510 de 1999 relativa al sistema financiero y el mercado de valores, introdujo la modalidad de arbitraje para controversias hipotecarias⁴⁹, puesto que en este caso, al solicitar una hipoteca se configuraba un contrato de adhesión, contrato que al originar conflicto entre las partes, podía ser, según lo establecido por el legislador, susceptible de ser resuelto por la justicia arbitral.

Ahora bien, es preciso hacer referencia al Ministerio Público como el órgano de control al cual le corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, según lo dispone el artículo 118 de la Constitución Política de 1991.

En ese sentido, el Decreto 262 de 2000 estableció la facultad de intervención del Ministerio Público en los procesos arbitrales que traten materias administrativas, civiles, agrarias y laborales cuando fuere necesario velar por la defensa del orden jurídico, el patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, en virtud de lo consagrado en la Constitución Política de 1991 en su artículo 277. Es así como el Ministerio Público interviene no sólo en los procesos administrativos como se había establecido anteriormente, sino que ahora, tiene la facultad de intervenir en todos los procesos arbitrales cuando estas situaciones se presenten.

En este orden de ideas, después de la expedición de la Constitución de 1991, y de la adopción del actual artículo 116, se institucionalizó la regulación del tema arbitral a través de la legislación, en virtud del mandato expuesto en este mismo artículo. No obstante lo anterior, “toda esta accidentada evolución en los últimos tiempos del

⁴⁹ Ibid., Pág. 47

derecho arbitral en nuestro medio indica, sin embargo, que no se avanza con coherencia y claridad, sino que, por el contrario, (...) se introduce cada vez más desorden y confusión a un tema que requiere brevedad, precisión y desarrollo en una legislación estable, a la que no se llega a fuerza de reformas aisladas, sino por medio de un estatuto integral (...)”⁵⁰

2. Evolución de la jurisdicción arbitral en el derecho público

La ley y la Constitución han regulado la materia arbitral de manera general, pero nada se ha dicho sobre la aplicación de esta institución en relación con el Derecho Público. De esta manera, “(...) la tesis imperante hasta ese entonces era de que el arbitraje estaba reservado para solucionar disputas surgidas entre particulares plenamente capaces, estándole vedado al Estado acceder a este mecanismo de composición, pues no se le reconocía la capacidad suficiente para transigir, esto es para disponer libremente de sus derechos, requisitos indispensable para que sea permitido acudir al arbitraje.”⁵¹

No obstante lo anterior, cabe recordar que en su momento la Ley 4 de 1990 facultó al procurador delegado la función de registrar la conformación y funcionamiento de los tribunales de arbitramento en los que se controvertieran pretensiones que afectaran las entidades de derecho público, en virtud de los intereses generales y de la Nación. Es en este caso entonces, donde aparecen los primeros rasgos de la regulación del arbitraje en materia de derecho público. Sin embargo, esta materia había sido tratada por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado.

⁵⁰ Ibid., Pág. 47

⁵¹ Ibid. Pág. 229

Incluso, en 1964 la Ley 4 en su artículo 13, “permitió por primera vez el arbitraje en los conflictos originados en contratos que celebra la administración pública⁵². Así mismo, se estableció “la posibilidad de que el Estado o entidades oficiales utilicen el arbitraje para dirimir los conflictos que se presentan entre ellas o con particulares.”⁵³ Es claro anotar entonces que en este caso, el arbitraje, a través de cláusula compromisoria, solo puede pactarse en los contratos de obra pública.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia, en 1957, consideró que en cuanto a la celebración de contratos de naturaleza pública entre un particular y la Nación, cuando en éste se “consigne una cláusula compromisoria y por otro se establece el derecho de la Nación a decretar la caducidad administrativa (...), tales cláusulas no son conciliables entre sí, (...) porque es obvio que la caducidad quedaría de suyo excluida por la obligación de someter las controversias a arbitramento, y esta cláusula además sería inoperante, porque el derecho de la administración a decretar la caducidad en los contratos de ejecución de obras o de prestación de servicios públicos, más que una simple estipulación contractual, es una facultad legal indeclinable.”⁵⁴ Lo anterior implica entonces que dicha estipulación es de orden público y por lo tanto, la cláusula de caducidad es de carácter obligatorio y ésta “no puede sustituirla por una decisión arbitral, ni renunciar a ella en ninguna forma, porque tal renuncia sería ineficaz a más de ilegal.”⁵⁵

En cuanto a la aplicación de la cláusula compromisoria en el campo administrativo, el Consejo de Estado, dijo en 1972 que este campo es excepcional y de carácter restrictivo

⁵² Ibid. Pág. 48

⁵³ Ibid. Pág. 229

⁵⁴ Colombia. Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo LXXXVI, año 1957, Magistrado ponente: José Jaramillo Giraldo. Págs. 860 y ss.

⁵⁵ *Ibid.*

puesto que la cláusula en mención “es una institución del campo del derecho privado o de la autonomía de la voluntad, principio contrario al que rige en el derecho público que es el de sometimiento de la administración a la ley, sin que esta pueda hacer sino aquello para lo cual está legalmente autorizada, teniendo que obrar siempre *secundum legem*, principio fundamental en el Estado de derecho. Por consiguiente, no parece lógico admitir un uso intensivo o frecuente de esta estipulación, porque en el orden doctrinario se llegaría a desvirtuar y desdibujar el concepto de «contrato administrativo», al debilitar las ventajas de la administración en su deber de proteger los servicios como titular del interés público. (...)” Por esta razón, debido a que se reconoce que la aplicación de la cláusula compromisoria en el derecho público es restrictiva, es necesario determinar exactamente el alcance de la autorización contenida en el artículo 13 de la Ley 4 de 1964, ya mencionado. Esta ley faculta el uso de la jurisdicción arbitral para solucionar conflictos que surjan entre los contratistas, para aquellos contratos mencionados en dicha ley.

De este modo, los entes administrativos pueden pactar en sus contratos de obras públicas la cláusula compromisoria, sin omitir la cláusula de caducidad administrativa, porque la ley solo ha querido permitir que los entes administrativos tengan la posibilidad de cambiar de juez, mas no el régimen legal de sus actividades, toda vez que los actos de la administración siempre deben tener por contenido y fin el que expresamente y previamente le señala la ley para que sean válidos.⁵⁶

Igualmente, como lo definió el Consejo de Estado, el Decreto 150 de 1976, Estatuto Orgánico de la Contratación Administrativa, consagró en su artículo 66 que, salvo

⁵⁶ BENETTI. Op. Cit. Pág. 231

disposición en contrario, en los contratos que celebre la Nación podrá pactarse cláusula compromisoria, para someter las futuras controversias a las decisiones de los árbitros nacionales. “En la cláusula compromisoria deberá convenirse la forma de nombrar árbitros. El fallo será siempre en derecho. La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral.”⁵⁷

En este sentido, este Decreto 150 de 1976 ya no sólo limita el ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria a aquellos contratos enunciados en la Ley 4 de 1964, sino que además, es posible pactarla siempre que se presente un contrato celebrado por la Nación.

De la misma manera, lo estableció el Decreto 222 de 1983 por el cual se expidieron normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas, en el cual se consagró que “en los contratos públicos podrá establecerse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferentes diferencias que se susciten en relación con el contrato. (...) y su fallo siempre será en derecho.”⁵⁸

El Decreto 2279 de 1989 determinó que a falta de estipulación “se presumirá que la cláusula compromisoria se extiende a todas las diferencias que puedan surgir de la relación contractual”.⁵⁹ Sin embargo, esta norma fue derogada por la Ley 446 de 1998.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 1150 de 2007, es el actual Estatuto de la Contratación Administrativa. En su artículo 68 dispuso que las entidades reguladas por dicho estatuto deberían buscar de manera ágil, rápida y

⁵⁷ *Ibíd.* Pág. 233

⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 233

⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 242.

directa resolver las diferencias surgidas en virtud del desarrollo de la actividad contractual. De esta manera, el artículo 70 estableció que en todos los contratos estatales, podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter la decisión de la controversia surgida, a un Tribunal de Arbitramento, el cual deberá proferir una decisión en derecho.

Como se ha recalcado, el arbitraje en el derecho público fue admitido de manera limitada, a diferencia de lo sucedido con el derecho privado, pues como se dijo, la intención en aquél no es la manifestación de la voluntad de las partes, sino por el contrario, se pretende velar por el orden público y el interés general. Es por estas razones que se “restringe el marco de aplicación, (...) aunque sin permitir que la institución pueda ser utilizada con entera libertad.”⁶⁰ Es claro entonces que dicha libertad del arbitraje está restringida a la existencia de un contrato, “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 el imperio del Estado”⁶¹.

Existe incluso otro obstáculo para la instauración de un Tribunal de Arbitramento en materia de derecho público, y esta es “la de no ser competente para conocer sobre la legalidad de los actos administrativos que se produzcan con motivo de la actividad contractual.”⁶²

En materia de Ley 80, el Consejo de Estado manifestó en el 2009 que las partes podían pactar en todos los contratos estatales la cláusula compromisoria para que los árbitros

⁶⁰ *Ibíd.* Pág. 235

⁶¹ *Ibíd.* Pág. 239.

⁶² *Ibíd.* Pág. 242.

resolvieran todas las controversias que surgieran en cualquiera de las etapas de la contratación administrativa, sea la celebración, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación de los contratos⁶³. Sin embargo definió que en cuanto a la materia objeto del arbitraje ésta está “delimitada por las partes, y por la ley, en tanto sólo procede sobre conflictos de carácter particular y económico con carácter transigible de que conozca o puede conocer la Jurisdicción Contencioso Administrativa (...) con las restricciones previstas en el ordenamiento jurídico.”⁶⁴

El Consejo de Estado en otra sentencia de 2009 precisó que siguiendo los lineamientos de la Ley 80 de 1993 “los actos administrativos que se produzcan en ejercicio de la actividad contractual solamente pueden ser impugnados judicialmente ante su juez natural, esto es, ante el juez contencioso administrativo.”⁶⁵ Esto implica por tanto, que estos actos administrativos no podrán ser objeto de discusión y resolución por parte del Tribunal de Arbitramento.

Ahora bien, se ha manifestado en reiteradas ocasiones que a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, en el derecho público el arbitraje se ha adoptado con cierto recelo y desconfianza debido a que esta institución en el derecho público no tiene influencia alguna en la voluntad de las partes, sino que por el contrario, pretende la protección del interés general, orden público y control de legalidad de los actos administrativos, entre otros.

⁶³ Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de mayo de 2009. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ Colombia. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de abril de 2009. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

Por lo anterior, aún cuando el arbitramento es de carácter meramente jurisdiccional según está consagrado en la Constitución de Política de 1991, se considera que “esta es una justicia convencional, privada, derivada del acuerdo de las partes, lo que explica la desconfianza de la ley y la jurisprudencia respecto de su aplicación, en materia administrativa, sin que esta fuerte reserva, sin embargo, se traduzca en una prohibición total.”⁶⁶

Capítulo II: Elementos de la jurisdicción arbitral en Colombia

1. Naturaleza jurídica del proceso arbitral

Para realizar un análisis sobre la naturaleza jurídica del proceso arbitral en Colombia, debe precisarse que actualmente existen tres teorías sobre el tema, a saber: contractual, jurisdiccional y mixta.⁶⁷

En la teoría contractual el arbitraje se encuadra generalmente en la figura del mandato, es decir que los árbitros son mandatarios de las partes, pero con autonomía; ésta es la naturaleza jurídica del arbitraje internacional.⁶⁸ Por esta razón, atendiendo a que el arbitraje se trata de un concierto de voluntades que produce efectos jurídicos, la categoría del contrato es, desde luego, el término propio donde el arbitraje se puede asentar. De esta manera, hay un tipo contractual “(...) en virtud del cual las partes no ascienden, sino descienden; no se funden, sino se disuelven (catabolismo o destrucción o de resolución), lo que incluye a los contratos de decisión, a todos los tipos de

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ BEJARANO GUZMAN Ramiro. *Procesos declarativos*. Bogotá: Temis, 2008, pág. 461.

⁶⁸ CHILLON MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991, Pág. 114.

liquidación de los conflictos sociales.”⁶⁹ Y es en esta tercera clase en la que se incluye la institución del arbitraje.

De ahí que, “la actuación del Juez tiene eficacia jurídica como encarnación de la soberanía del Estado, hasta el punto que la fuerza de sus decisiones radica en ser órgano del Poder público, con o contra la voluntad de las partes, y sus sentencias valen, no por el procedimiento o aceptación de los litigantes, sino por la potestad de «imperio» que éste le concede. En el arbitraje no ocurre así, pues si los árbitros pueden imponer su parecer a las partes, si el laudo es obligatorio para éstas, es porque ellas quisieran previamente que las obligara.”⁷⁰

Para la teoría jurisdiccional en el proceso arbitral está implícito el ejercicio de la jurisdicción. En este sentido, el árbitro tiene la función principal de resolver controversias que surjan entre las partes, “pero estas controversias pueden ser económicas y jurídicas. Las partes tienen poder para resolver las económicas, y cuando delegan este poder en un tercero, obra éste como representante de las partes, ya que éstas le han dado lo que efectivamente tienen. En cambio cuando la controversia es jurídica, las partes sólo pueden acudir a la transacción o a un tercero que, con un poder que deriva del Estado y no de las propias partes que no pueden resolver por sí mismas.”⁷¹ Es así como al árbitro le es entregado un poder soberano del Estado, esto es, administrar justicia, y esto se evidencia en el sentido que las partes al someter sus conflictos a un tercero llamado árbitro, se comprometen a resolverlo, admiten la obligatoriedad de la decisión la cual se caracteriza por tener “la misma forma y con los

⁶⁹ *Ibíd.* Pág. 115.

⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 116.

⁷¹ *Ibíd.* Pág. 111.

mismos caracteres que el Juez en la sentencia, o sea, con ejecutoriedad incondicionada y con efecto de cosa juzgada plena.”⁷²

Como consecuencia de lo anterior, en virtud de la teoría jurisdiccional del arbitraje y según lo establecido por algunos autores alemanes, “el arbitraje es un auténtico proceso, tanto respecto a la función que desarrollan los árbitros, que es una auténtica jurisdicción homologable a la *juris dictio* de los Tribunales de Justicia, sólo que concebida para ciertas parcelas del Derecho, a diferencia de la jurisdicción ordinaria, como por los efectos de que está dotada la institución arbitral.”⁷³

Por último, en la teoría mixta, “el arbitraje tiene un aspecto contractual y en otro jurisdiccional, así, se impone una visión sincrética en la naturaleza jurídica del arbitraje. Reservando un lugar a esta institución, apartada del Derecho contractual, aunque unido a él parcialmente gracias a la cláusula compromisoria o compromiso, y separada también del Derecho procesal, aunque unido a él por razón de sus propios efectos. No se trata de negar la naturaleza procesal y/o contractual del arbitraje, sino de armonizar y ensamblar ambas posiciones antagónicas.”⁷⁴

En esa medida, la teoría mixta es también conocida como “jurisdicción convencional, toda vez que, por una lado, es convencional el arbitraje desde aquel momento en que las partes perfeccionan un contrato de compromiso, que es negocio de Derecho privado; asimismo es convencional en aquel otro acto, engendrar de él un vínculo obligacional entre litigantes y árbitros, y que crea una relación de servicios desde el instante en que se da la aceptación por los terceros llamados a dirimir. Por otro lado, es jurisdiccional la

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.* Pág. 112.

⁷⁴ *Ibíd.* Pág. 117.

institución que nos ocupa, no tanto por la función que desarrollan los árbitros como por la especial eficacia que el Derecho otorga a los efectos del arbitraje, efectos que emergen del Derecho contractual o privado, y se trastocan en procesales, al otorgarles la ley misma tutela jurídica que a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas.”⁷⁵

El arbitramento es un mecanismo alternativo de solución de conflictos de heterocomposición, y en Colombia está concebido como un acto eminentemente jurisdiccional por mandato del artículo 116 de la Constitución Política de 1991, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado, que es ejercida por los particulares en condición de árbitros desde la instalación del Tribunal de Arbitramento y hasta la terminación del proceso.⁷⁶

De ese modo, “(...) el acto arbitral puede definirse como aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del Estado, en ejercicio de una competencia atribuida por éste y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, definen el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del tránsito a cosa juzgada.”⁷⁷

⁷⁵ *Ibíd.* Pág. 118.

⁷⁶ GAMBOA SERRANO, Rafael Hernando. *El Proceso Arbitral en Colombia*. Bogotá: Publicaciones U. Javeriana, 1992, pág. 78; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández; Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001. Magistrados ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra; Corte Constitucional Sentencia SU – 174 de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 4 de febrero de 2008. Magistrado ponente: José Alfonso Isaza Dávila.

⁷⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 del 1995. Magistrado sustanciador: Hernando Herrera Vergara; Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 1997. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

Ahora bien, el arbitramento es una figura excepcional que se origina en un negocio jurídico privado, concretados en un compromiso o en una cláusula compromisoria, por virtud de la habilitación de las partes, quienes en ejercicio de la autonomía de su voluntad le otorgan, de manera expresa, la facultad de administrar justicia a los particulares en la condición de árbitros, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que ellos adopten de manera definitiva en el laudo arbitral. Así, los árbitros serán investidos de funciones públicas y de jurisdicción transitoriamente, ejercida desde la instalación del Tribunal de Arbitramento y hasta la terminación del proceso, toda vez que al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral.⁷⁸

Por lo anterior, se debe precisar que “Si bien para las partes es voluntaria la inclusión de la cláusula compromisoria y la decisión de acudir a la justicia arbitral, por su naturaleza contractual, el proceso arbitral en Colombia es de naturaleza jurisdiccional, pues, si bien el asunto no es pacífico y al respecto existen diversas posturas, ello puede afirmarse por cuanto el artículo 116 de la Constitución Política le confiere a los árbitros la facultad de administrar justicia y determina que su decisión tiene los mismos efectos de una sentencia, luego su naturaleza no puede ser contractual”⁷⁹.

En ese sentido, “(...) el elemento jurisdiccional del arbitramento tiene dos aspectos centrales: (a) la decisión de los árbitros, plasmada en un laudo, debe resolver efectivamente la disputa, tiene fuerza vinculante para las partes, y hace tránsito a cosa

⁷⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 592 de 1992. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz; Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1994. Magistrado ponente: José Galindo Hernández Galindo; Corte Constitucional. Sentencia C-431 del 1995. Magistrado sustanciador: Hernando Herrera Vergara; Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía; Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 1997. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara; Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2008. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional. Sentencia SU – 174 de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional. Sentencia T-1031 de 2007. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla; Consejo de Estado, Sala Consulta y Servicio Civil, Sección Tercera. Sentencia del 28 enero de 2009. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez

⁷⁹ Colombia. Consejo de Estado, Sala Consulta y Servicio Civil, Sección Tercera. Sentencia del 28 enero de 2009. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

juzgada; y (b) el arbitraje tiene naturaleza procesal, y como tal está sujeto a un marco legal especial, así como a lo dispuesto por las partes sobre el procedimiento a seguir. Estos dos elementos diferencian al arbitramento de otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como la conciliación, la mediación o la amigable composición.”⁸⁰

Por consiguiente, los árbitros gozan, de manera general, de los mismos deberes, poderes facultades y responsabilidades de los jueces, consagrados en el Código de Procedimiento Civil⁸¹, toda vez que “(...) la atribución de poderes jurídicos a los árbitros para que ejerzan la función jurisdiccional, como efecto de derecho público, opera por el ministerio de la ley y no por la voluntad de las partes, pues si bien éstas dan el modo para que se produzcan tales efectos jurídicos, no los producen ellas mismas mediante sus declaraciones de voluntad.”⁸²

De ahí que, los poderes procesales básicos para administrar justicia, en cabeza de los árbitros y de los jueces, son los siguientes: “(i) tienen poder de decisión para resolver la controversia, al punto que el laudo arbitral tiene efecto vinculante para las partes y hace tránsito a cosa juzgada; (ii) tienen poder de coerción para procurar el cumplimiento de su decisión; (iii) tienen el poder de practicar y valorar pruebas, a fin de adoptar la decisión que estimen ajustada a derecho; (iv) y en general, tienen el poder de adoptar todas las medidas permitidas para dar solución a la controversia”⁸³.

⁸⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1224 de 2008. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional. Sentencia T-972 de 2007. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸¹ GAMBOA. Op. cit., pág. 63; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 del 1995. Magistrado sustanciador: Hernando Herrera Vergara; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 4 de febrero de 2008. Magistrado ponente: José Alfonso Isaza Dávila.

⁸² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 del 1995. Magistrado sustanciador: Hernando Herrera Vergara.

⁸³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T – 058 de 2009. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.

En efecto, “(...) si el juez en su tarea de administrar justicia goza de la facultad de decretar medidas cautelares⁸⁴, lo puede hacer también el árbitro al ser investido del poder de administrar justicia. 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 una competencia que no le corresponda en forma privativa y excluyente a la justicia ordinaria.”⁸⁵

De esta manera, los árbitros, como jueces de la República que son, deben darle cumplimiento al artículo 228 de la Constitución, toda vez que están sometidos a los términos para resolver. Estos se determinan según lo que hayan dispuesto las mismas partes interesadas o la ley, a falta de estipulación convencional.⁸⁶

De ahí que, al ser investidos los particulares, transitoriamente, de la función pública de administrar justicia no se desvirtúa “(...) el principio de la separación de poderes (art. 113 de la C.N.), ni la autonomía de la Rama Judicial del poder público (art. 228 de la C.N.), ni el debido proceso por falta de juez competente (...) por cuanto, se ha visto, la Constitución Política autoriza a la ley para investir transitoriamente de la función de administrar justicia a los particulares.”⁸⁷

Así mismo, debe precisarse que el artículo 116 de la Constitución Política establece de manera expresa que corresponde al legislador fijar las reglas aplicables al

⁸⁴ “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 del acto del juez conducto del proceso.” Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 del 1995. Magistrado sustanciador: Hernando Herrera Vergara.

⁸⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 del 1995. Magistrado sustanciador: Hernando Herrera Vergara.

⁸⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1994. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo

⁸⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 592 de 1992. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.

funcionamiento de los Tribunales de Arbitramento. En esa medida, a la ley le corresponde determinar: a) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia en la condición de árbitros; b) los límites y términos en que los árbitros están habilitados para administrar justicia, y c) sus funciones y facultades, que son las mismas que tienen los jueces ordinarios.⁸⁸

En todo caso, la competencia normativa del legislador es constitucional, siempre y cuando tenga en cuenta los siguientes aspectos: “(i) que atienda los principios y fines del Estado tales como la justicia y la igualdad entre otros; (ii) que vele por la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos que en el caso procesal civil puede implicar derechos como el debido proceso, defensa y acceso a la administración de justicia (artículos 13, 29 y 229 C.P.); (iii) que obre conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas y (iv) que permita la realización material de los derechos y del principio de la primacía del derecho sustancial sobre las formas (artículo 228 C.P.)”⁸⁹

2. Características de la jurisdicción arbitral

En Colombia las características básicas constitucionales de la actuación arbitral han sido ampliamente examinadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁹⁰, que ha establecido las siguientes: “(1) Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o árbitros; (2) El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional,

⁸⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1994. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia C-431 del 1995. Magistrado sustanciador: Hernando Herrera Vergara; Corte Constitucional. Sentencia C-672 de 1999. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁸⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 662 de 2004. Magistrado ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.

⁹⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 1997. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara

con carácter de función pública y se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad; (3) En la función pública de administrar justicia, los árbitros deben estar habilitados por las partes en conflicto, en cada caso concreto; (4) El ejercicio arbitral de la función pública de administrar justicia se hace en forma transitoria y excepcional, dado el propósito y finalidad consistente en la solución en forma amigable de un determinado conflicto, por lo que las funciones de los árbitros terminan una vez proferido el laudo arbitral; (5) Corresponde a la Ley definir los términos en los cuales se ejercerá dicha función pública, lo que supone que el legislador adopte las formas propias del proceso arbitral; (6) Las materias susceptibles de arbitramento son aquellas que pueden ser objeto de su transacción, es decir, los derechos y bienes patrimoniales respecto de los cuales sus titulares tienen capacidad legal de disposición.”⁹¹

Adicionalmente, en el proceso arbitral también se identifican las siguientes particularidades: (1) es voluntario, es decir, la decisión de acudir a un Tribunal de Arbitramento es el resultado de la autonomía de la voluntad de las partes, que a través de un acuerdo previo, compromiso o cláusula compromisoria, así lo deciden; (2) es de carácter temporal, esto es, que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico; (3) es excepcional, en otras palabras, el arbitramento cuenta con claras limitaciones materiales, pues existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular y sobre los cuales la ley prohíbe a su titular disponer, aún cuando haya sido voluntariamente designado por las partes; (4) es una figura procesal, toda vez que tiene el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes, disponiendo de una serie de etapas y

⁹¹ Ibíd; Corte Constitucional. Sentencia T – 121 de 2002. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño; Corte Constitucional. Sentencia T-1224 de 2008. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros.⁹²

Por lo tanto, “(...) una norma vulnera el principio de voluntariedad de la vía arbitral cuando (i) impone a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exige a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma.”⁹³

3. La arbitrabilidad

La arbitrabilidad es el criterio para establecer la aptitud que tienen determinados asuntos de ser objeto o no de la jurisdicción arbitral, llamada también arbitrabilidad objetiva. Así como la posibilidad de ciertos sujetos de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos, conocida como arbitrabilidad subjetiva. Por esta razón, la arbitrabilidad proporciona los parámetros necesarios para identificar los límites a la voluntad de las partes que configura el Tribunal de Arbitramento, al determinar qué tipo de controversias pueden someterse a arbitraje.⁹⁴

⁹² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2000. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz; Corte Constitucional. Sentencia T-1031 de 2007. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla; Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional. Sentencia T – 058 de 2009. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de abril de 2009. Consejero ponente: Enrique Gil Botero; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2009. Consejero ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

⁹³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2008. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

⁹⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU – 174 de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

3.1. Arbitrabilidad objetiva

Desde 1890, en la Ley 105⁹⁵, se ha establecido en Colombia que la jurisdicción arbitral presenta límites respecto de su ámbito material, puesto que no toda cuestión de controversia, aún cuando cuente con la habilitación de las partes, puede ser sometida genéricamente a su conocimiento.⁹⁶

En principio, las materias objeto de la jurisdicción arbitral deberán ser asuntos contenciosos, determinados o determinables, de naturaleza transigible y que no estén reguladas por disposiciones de orden público, casos en los que está prohibida la transacción.⁹⁷

Así las cosas, que los conflictos objeto de arbitraje tengan carácter transigible, implica que se trate de materias susceptibles de libre disposición, negociación o renuncia por las partes, como son los derechos y bienes patrimoniales. “Por regla general se puede transigir sobre todo aquello de que se puede disponer (...)”⁹⁸.

De esta manera, la jurisdicción arbitral sólo puede operar cuando “(...) los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. Esta capacidad de renuncia o de disposición, es lo que determina el carácter de transigible de un derecho o de un litigio. Esta libertad

⁹⁵BENNETI. Op. cit., pág. 44.

⁹⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 1997. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara; Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001. Magistrada ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁹⁷ BENNETI. Op. cit., pág. 41; GAMBOA. Op. cit., pág. 81; Artículo 115 del Decreto 1818 de 1998; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-226 de 1993. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero; Salvamento de voto de los magistrados Jorge Arango Mejía y Vladimiro Naranjo Mesa del auto No. 004 de 1996, por virtud del cual se resolvió la nulidad solicitada sobre la Sentencia T-057 de 1995. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional. Sentencia SU-174 de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional. Sentencia T – 057 de 1995. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz ; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 24 de junio de 1996. Consejero ponente: Roberto Suárez Franco.

⁹⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 del 1995. Magistrado sustanciador: Hernando Herrera Vergara.

de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al legislador establecer en qué casos ésta es posible”⁹⁹.

Por lo tanto, “(...) la *transigibilidad* (sic) de los asuntos como límite de la jurisdicción arbitral quiere decir que, sólo en los casos en que las partes pueden acudir a este modo de *solución directa* (sic) de sus conflictos, podrán acudir al arbitramento; y en la medida en que las partes solo pueden transigir los asuntos respecto de los cuales ellas tienen *libre disposición* (sic) se entiende que únicamente puede acudirse al arbitramento respecto de dichos asuntos.”¹⁰⁰

Sin embargo, es importante precisar que la transacción y el pacto arbitral son figuras jurídicas distintas, toda vez que “(...) la transacción tiene como finalidad evitar un proceso judicial en curso o precaver uno pendiente, en tanto que el compromiso conlleva a la iniciación de un proceso arbitral (...)”¹⁰¹. En consecuencia, no existe contradicción entre las previsiones que regulan el arbitramento y las que reglamentan la transacción, porque se trata de dos instituciones diferentes con reglamentaciones propias.¹⁰²

En este sentido la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha manifestado que “(...) no resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la

⁹⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001. Magistrada ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

¹⁰⁰ BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. La limitación de las controversias *arbitrales* en el artículo primero del anteproyecto. Bogotá D.C. : julio 2011. Pág. 2

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 24 de junio de 1996. Consejero ponente: Roberto Suárez Franco.

¹⁰² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 24 de junio de 1996. Consejero ponente: Roberto Suárez Franco.

capacidad de disposición de las partes y sobre los cuales no es posible habilitación alguna.”¹⁰³

Lo anterior así se entiende, toda vez que el legislador es quien tiene la competencia para modificar los límites para que determinadas materias puedan o no ser objeto de la jurisdicción arbitral.

En consecuencia, es posible que en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, en el pacto arbitral, se habilite al Tribunal de Arbitramento para que decida sobre las consecuencias patrimoniales que se deriven o puedan derivarse de asuntos no susceptibles de transacción, valga como ejemplo los efectos patrimoniales del estado civil, o los efectos patrimoniales sobre las pensiones alimentarias, entre otras¹⁰⁴.

Igualmente, es posible adelantar juicios ejecutivos por medio de la jurisdicción arbitral, toda vez que las obligaciones que se pueden exigir ejecutivamente son de contenido económico, que se rigen por el principio de autonomía de la voluntad, por el hecho de ser transigibles¹⁰⁵. Lo anterior así se entiende, toda vez que el proceso ejecutivo “(...) es el medio para conseguir el cumplimiento de las obligaciones civiles cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley procesal. Obligaciones exigibles en dicho proceso que no han sido excluidas (sic) del proceso arbitral ni del mecanismo de la conciliación, por el artículo 116 de la Constitución ni por ningún otro.”¹⁰⁶

¹⁰³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-057 de 1995. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁴ BENETTI. Op cit., pág. 87; GAMBOA. Op cit., pág. 81

¹⁰⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía; Corte Constitucional. Sentencia C-098 de 2001. Magistrada ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 24 de junio de 1996. Consejero ponente: Roberto Suárez Franco.

¹⁰⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.

No obstante lo anterior, “(...) El proceso arbitral es declarativo: está orientado a verificar la certeza de derechos existentes y no comprende la ejecución de los mismos (...) de la ejecución del laudo conoce la justicia ordinaria conforme a las reglas generales.”¹⁰⁷ Lo anterior, por el carácter transitorio y temporal que tiene el arbitramento, pues una vez resuelto el conflicto, la competencia de los árbitros cesa y desaparece.

3.2. Arbitrabilidad subjetiva

Ahora bien, tratándose de las personas que pueden recurrir a la jurisdicción arbitral “(...) en nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha dejado en claro que las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles pueden recurrir al arbitramento. Es decir, el arbitramento es un mecanismo abierto, en general, a todas las personas, siempre que cuenten con capacidad dispositiva.”¹⁰⁸

Por lo anterior, “(...) Vale la pena aclarar, no obstante, y a título de regla general, que en caso de que la cláusula arbitral no señale, concretamente, cuáles conflictos quedan a su cargo, se entiende que todos los transigibles que surjan de la relación contractual están incluidos, siendo necesario, en caso de que las partes sólo quieran someter algunos, especificar cuáles escapan de la jurisdicción arbitral.”¹⁰⁹

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia del 24 de junio de 1996. Consejero ponente: Roberto Suárez Franco.

¹⁰⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU – 174 de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁹ Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1 de abril de 2009. Consejero ponente: Enrique Gil Botero

4. Principio *Kompetenz-Kompetenz* en el proceso arbitral

En Colombia el proceso arbitral puede clasificarse por etapas, a saber: inicia cuando la parte convocante envía la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, en la que está contenida la demanda y la prueba del pacto arbitral, y se dirige al Centro de Arbitraje y Conciliación designado por las partes o aquel previsto, de manera subsidiaria, en la ley¹¹⁰; la audiencia de designación de árbitros, la cual tiene lugar siempre que las partes no hayan nombrado a los árbitros previamente en el pacto arbitral o cuando habiéndolos designado alguno de los árbitros no acepta¹¹¹; la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, en la cual los árbitros nombran al secretario, se efectúa el control de admisibilidad formal de la demanda contenida en la convocatoria arbitral y donde se señala fecha para la audiencia de conciliación¹¹²; la audiencia de conciliación y fijación de gastos y honorarios del Tribunal de Arbitramento¹¹³; la primera audiencia de trámite, en la cual los árbitros deben pronunciarse sobre su competencia y decretar pruebas¹¹⁴; la etapa probatoria, con la celebración de audiencias que el Tribunal de Arbitramento considere necesarias¹¹⁵; los alegatos de conclusión y el laudo arbitral.¹¹⁶

De esta manera, resulta pertinente precisar la diligencia de la primera audiencia de trámite, toda vez que los árbitros al determinar su propia competencia, deben tener en cuenta los límites materiales que el legislador ha establecido para que un Tribunal de Arbitramento pueda o no conocer sobre determinados asuntos.

¹¹⁰ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1818 de 1998. Artículo 127.

¹¹¹ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1818 de 1998. Artículo 129.

¹¹² Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1818 de 1998. Artículo 140.

¹¹³ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1818 de 1998. Artículo 142.

¹¹⁴ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1818 de 1998. Artículo 147.

¹¹⁵ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1818 de 1998. Artículo 151.

¹¹⁶ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1818 de 1998. Artículo 158 y 159.

En esa medida, la primera audiencia de trámite en el proceso arbitral legal está integrada por tres puntos fundamentales: “(...) la lectura del pacto arbitral, el pronunciamiento sobre competencia y el decreto de pruebas.”¹¹⁷

En efecto, en Colombia en el proceso arbitral aplica el llamado principio “(...) *kompetenz-kompetenz*, según el cual los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia, es decir, que los árbitros tienen la potestad, legalmente conferida, de determinar, con un margen interpretativo autónomo, el alcance de su propia competencia para conocer de una determinada pretensión relativa a una disputa entre las partes, en virtud del pacto arbitral que le ha dado fundamento. Por esta razón, el principio *kompetenz-kompetenz* permite, así, que los árbitros sean los primeros jueces de su propia competencia, con anterioridad a cualquier instancia judicial activada por las partes.”¹¹⁸

Por lo anterior, es en la primera audiencia de trámite en la que el Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición. Entonces, la declaración de su competencia por parte del juez arbitral implica el examen de varios aspectos de suma importancia para el proceso, a saber: “(...) la capacidad de las partes para someterse al arbitraje; la existencia de un pacto arbitral que cumpla además con los requisitos de forma que le son propios; que la cuestión litigiosa sea susceptible de transacción y esté comprendida dentro del pacto arbitral, o que en caso de la cláusula compromisoria su decisión no haya sido exceptuada de ella; que la ley no prohíba o impida la solución del conflicto por la vía

¹¹⁷CAMACHO AZULA, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Bogotá: Temis, 2004, pág. 351

¹¹⁸ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU – 174 de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional. Sentencia T – 408 de 2010. Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa.

arbitral; y por último que el pacto arbitral esté vigente, vigencia que puede haberse perdido por expiración del contrato al que se refiere la cláusula compromisoria, a menos que la controversia sea una secuela del contrato y pueda ser arbitrada, o por nulidad del mismo pacto arbitral, cuando con anterioridad hubiere sido declarada judicialmente.”¹¹⁹

Al respecto, un Tribunal de Arbitramento en Bogotá, Colombia¹²⁰, en el acta en la cual consta la primera audiencia de trámite dentro de un proceso arbitral estableció lo siguiente: “(...) la controversia que se somete a decisión de los árbitros debe ostentar el carácter de transigible, es decir, debe versar sobre derechos respecto de los cuales las partes involucradas en el litigio puedan disponer libremente, de conformidad con lo previsto por los artículos 15, 16 y 2469 a 2487 del C.C., así como el artículo 4° del C. de Co.”

“Revisadas las piezas procesales que integran el expediente, especialmente la demanda y su contestación, se observa que la controversia sometida a la decisión de este Tribunal de Arbitramento es de derecho privado e involucra aspectos netamente patrimoniales sobre los cuales las partes, que además son personas jurídicas igualmente de derecho privado, tienen plena capacidad dispositiva, (...) El carácter netamente económico de la controversia denota el poder dispositivo que sobre la misma tienen las partes y, por ende, al ser transigible, puede ser sometida a decisión de árbitros. En consecuencia, sin perjuicio de que, si a ello hubiere lugar, el tema vuelva a ser estudiado en el laudo con que se ponga fin al trámite arbitral, el Tribunal se declarará competente para conocer y decidir la controversia transigible que ha dado origen al presente proceso, la cual, por

¹¹⁹ BENETTI. Op cit., pág. 202.

¹²⁰ Colombia. Tribunal de Arbitramento ALSTOM BRASIL LTDA SUCURSAL COLOMBIA contra COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Acta No. 3, Auto No. 7 del 23 de enero 2006.

expresa voluntad de las partes vertida en el pacto arbitral, no ha sido sometida a los jueces ordinarios, sino a la justicia arbitral.”¹²¹

Ahora bien, si los árbitros se declaran incompetentes, “(...) el efecto previsto en la ley es que se extinguen definitivamente los efectos del pacto arbitral. Esta competencia básica no implica, por supuesto, que los árbitros sean los únicos jueces con potestad para establecer el alcance de su propia competencia. Las decisiones del tribunal arbitral sobre su propia competencia también pueden ser objeto del recurso extraordinario y judicial de anulación”¹²².

5. Asuntos reservados a la jurisdicción permanente

Hay materias que la Corte Constitucional con el paso del tiempo ha establecido como reservadas a la jurisdicción permanente, fundamentándose en garantizar de manera efectiva el acceso a la administración de justicia y la seguridad jurídica sobre temas que por su naturaleza están reservados al Estado, toda vez que, por lo general, son asuntos no susceptibles de transacción y por lo mismo de disposición, negociación y renuncia por las partes.

En este sentido, están excluidos de la jurisdicción arbitral los asuntos que involucren el orden público, las buenas costumbres, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados directamente al Estado, a través de sus distintos órganos.¹²³

¹²¹ Ibíd. Pág. 5

¹²² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU – 174 de 2007. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía; Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

De modo similar, ocurre con las cuestiones relativas al estado civil, o las que tengan que ver con derechos de incapaces, o derechos sobre los cuales la ley prohíba a su titular disponer, toda vez que también están excluidas de arbitramento.¹²⁴

Igualmente, está sustraído de decisión arbitral el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores como son los relativos al reconocimiento de la igualdad de oportunidades para ellos mismos; la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; la estabilidad en el empleo; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos estipulados en normas laborales; la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la interpretación de las fuentes formales de derecho; y la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.¹²⁵

Así mismo, los árbitros no tienen competencia para fallar sobre “(...) la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración.”¹²⁶

¹²⁴ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 1995. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía; Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 1997. MP: Hernando Herrera Vergara

¹²⁵ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-330 de 2000. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.

¹²⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1436 de 2000. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

La conformación y el funcionamiento de Tribunales de Arbitramento pactados en contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda con entidades financieras, al ser “(...) contratos de adhesión en los que el deudor es la parte débil y simplemente acepta las reglas prefijadas por la entidad financiera, en formatos preimpresos que de hecho se ve forzado a aceptar, (...) en ese tipo de negocios en los que las partes están en desequilibrio efectivo entre sí, y dada la ausencia de reglas claras que permitan llegar a acuerdos reales y genuinos sobre la atribución de competencia a tribunales arbitrales, las normas que propician la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos desconocen el carácter extraordinario que la Constitución asigna al arbitramento, que exige una habilitación libremente acordada por las partes, y no la imposición por una de ellas.”¹²⁷

Capítulo III: Ley 1285 de 2009

1. Concepto de ley estatutaria

Las leyes estatutarias regulan materias específicas, a saber: deberes y derechos fundamentales, la administración de justicia, la organización y régimen de los partidos políticos y funciones electorales, las instituciones y mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción, según lo previsto en el artículo 152 de la Constitución Política.

¹²⁷ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1140 de 2000. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo

Las leyes estatutarias, tienen relevante importancia jerárquica dentro del ordenamiento jurídico, razón por la cual gozan de rango constitucional por tratarse de normas estables y organizativas del Estado.

Las particularidades de las leyes estatutarias, respecto a su trámite, es que es más exigente que el ordinario, toda vez que para su aprobación, modificación o derogación exige la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de la Republica, efectuarse dentro de una sola legislatura, su expedición es de competencia exclusiva del Congreso y que exigen control previo de constitucionalidad formal y material por la Corte Constitucional, según lo previsto por los artículo 153, 150 numeral 10 y 241 numeral 8 de la Constitución Política¹²⁸.

La Corte Constitucional, en su jurisprudencia ha manifestado que el control de constitucionalidad de las leyes estatutarias es: (i) automático, toda vez que la Corte lo revisará oficiosamente sin necesidad de que sea demandado; (ii) integral, porque la Corte revisa los elementos formales como sus elementos materiales; (iii) jurisdiccional, es decir que la Corte juzgará el proyecto de ley estatutaria de acuerdo con la Constitución Política y su fallo tendrá efectos de cosa juzgada constitucional, lo cual significa que son sentencias definitivas, incontrovertibles e inmutables para garantizar la seguridad jurídica, la confianza legítima de los administrados y la igualdad de los ciudadanos; (iv) previo, toda vez que es anterior a la sanción presidencial; (v) definitivo, porque la ley no podrá en un futuro ser demandada por inconstitucionalidad por los ciudadanos, salvo que se trate de una inconstitucionalidad sobreviniente, y (vi)

¹²⁸ PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá D.C: Temis, 2004. Pág. 506; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 2006. Magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis; Colombia. Corte Constitucional. Auto 235 de 2010. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

participativo, puesto que cualquier ciudadano podrá impugnar o defender la exequibilidad de un proyecto de ley estatutaria¹²⁹.

Ahora bien, tratándose de la reserva de ley estatutaria en materia de administración de justicia, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente: “(...) se aplica sólo respecto de aquellas disposiciones que (i.) afectan la estructura general de la administración de justicia, (ii.) establecen y garantizan la efectividad de los principios generales sobre el tema, o (iii.) desarrollan aspectos sustanciales de esta rama del poder público.”¹³⁰

De esta manera, la reserva de la ley estatutaria no ha de interpretarse de manera restrictiva, en el sentido que cualquier regulación que se ocupe de la administración de justicia, como una de las materias consagradas en el artículo 152 de la Constitución Política, requiera ser expedida por medio de ley estatutaria, pues dicha interpretación conduciría a un vaciamiento de las competencias de legislador ordinario.¹³¹ Razón por la cual, “(...) la jurisprudencia constitucional ha defendido una interpretación flexible o si se quiere restrictiva del principio de reserva de ley estatutaria en materia de administración de justicia, según la cual (...) no todos los tópicos relacionados con la administración de justicia han de ser regulados por una ley de esta naturaleza”¹³².

¹²⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-011 de 1994. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 2006. Magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis; Auto 235 de 2010. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

¹³⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 2006. Magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1338 de 2000 Magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

¹³¹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 2006. Magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1338 de 2000 Magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

¹³² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 2006. Magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis.

2. Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

El Proyecto de Ley Estatutaria número 23 de 2006, publicado en la Gaceta del Congreso Año XV, número 245, pretendía que se adoptaran medidas de eficacia y celeridad dentro de la administración de justicia, y acciones que propiciaran la descongestión judicial. Dentro del texto del Proyecto de Ley se contemplaban diversas normas que tenían el objetivo de modificar de manera parcial o total ciertas disposiciones contenidas en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Ley 270 de 1996.

Los fundamentos para realizar dicha reforma se centraron principalmente en la función que presta la administración de justicia para el Estado, considerando que ésta es de “invaluable trascendencia para la democracia como mecanismo para la materialización de los derechos, la solución de controversias y la eficacia del ordenamiento jurídico, de tal forma que el atraso y la congestión del aparato judicial no sólo impide que se imparta pronta y cumplidamente la justicia, sino que cercena de manera grave la confianza de la sociedad en la propia legitimidad de las instituciones estatales.”¹³³

Para poder lograr la eficiencia en la justicia y la descongestión del aparato judicial el proyecto de ley previó ciertos puntos fundamentales: en primer lugar, se pretendía una mayor eficiencia y celeridad en los procesos judiciales puesto que “la Administración de Justicia debe ser eficaz de tal forma que brinde una solución real de la controversia o asunto que se somete a su conocimiento”¹³⁴, evitando por tanto, que se eliminaran todos los mecanismos que supusieran una terminación irregular del proceso, y que por lo mismo, no se llegara a una solución efectiva para las partes. En este mismo punto, se

¹³³ Colombia. Congreso de la República. Gaceta del Congreso. Senado de la República, Proyecto de Ley Estatutaria número 23 de 2006 - Senado. Año XV – N° 245, Pág. 20.

¹³⁴ *Ibíd.* Pág. 24.

establecía la necesidad de promover y garantizar la eficacia de la justicia, puesto que este principio se encuentra consagrado no sólo en la ley, sino también en la Constitución, en el Preámbulo y en el artículo 229, que regula el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, pretendiendo de esta manera la ejecución de los fines propios del Estado.

Frente a la articulación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, el Proyecto de Ley pretendía regular de manera más extensa, aquellos medios en virtud de los cuales se permitiera “fortalecer el aparato judicial en su función de decidir controversias sustantivas para los administrados, y posibilitar de manera articulada, qué asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por servidores no judiciales de manera adecuada y eficaz”¹³⁵. Esta disposición se encuentra estrechamente ligada con la eficacia y la eficiencia del aparato estatal, puesto que es a través de estos mecanismos alternativos que se pretende solucionar conflictos permitidos por la ley por fuera de la jurisdicción permanente. Así mismo, el Proyecto consagraba de manera expresa que los particulares podían ser investidos legalmente de funciones que originalmente estaban a cargo de funcionarios judiciales, “si ello contribuye a la más adecuada Administración de Justicia.”¹³⁶ Lo anterior implicaba entonces que no sólo se quería regular la competencia de las personas que tuvieran la facultad de solucionar conflictos a través de los mecanismos alternativos, sino que también se quería regular la actividad de los particulares que ostentaran la función pública de administrar justicia.

Resulta claro entonces, cómo uno de los fines principales del Proyecto de Ley Estatutaria era lograr la eficacia y la eficiencia de la justicia que en los últimos años se

¹³⁵ *Ibíd.* Pág. 25.

¹³⁶ *Ibíd.* Pág. 25.

había visto menoscabada y deteriorada. Por esa razón, para lograr la ejecución de dicha finalidad, el Proyecto de Ley propuso, de manera general, promover los distintos mecanismos alternativos de solución de conflictos, a través de los cuales se pretendía resolver controversias, que en un principio, eran de conocimiento exclusivo de la jurisdicción permanente. Así mismo, el Proyecto de Ley quiso fortalecer el artículo 116 de la Constitución Política de 1991, que otorga, excepcionalmente, la facultad de administrar justicia a los particulares, para así lograr una mayor efectividad en la administración de justicia.

3. Reformas al ordenamiento jurídico colombiano en materia de arbitramento

Resulta importante destacar aquellas reformas que para este estudio resultan relevantes. En esta medida, es necesario hablar de dos reformas importantes que se adoptaron en materia de arbitraje desde la Ley 270 de 1996, pasando por el Proyecto de Ley 23 de 2006 hasta llegar al texto definitivo de la Ley 1285 de 2009.

El artículo 8 de la Ley 270 de 1996 establecía que la ley podía prever mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar conflictos que se presentaran entre las personas. Este artículo, como se puede apreciar, no desarrolla a fondo las diversas modalidades que se pueden presentar como un mecanismo de solución de conflictos. Es por esta razón que el Proyecto de Ley 23 de 2006, en virtud del desarrollo de los principios de eficiencia y eficacia de la Administración de Justicia, propuso un nuevo texto en el cual no sólo facultaba a la ley para establecer los mecanismos alternativos de solución de conflictos como se había hecho en 1996, sino que también le concedió a la ley la facultad de atribuir “funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas

autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz.”¹³⁷ Así mismo, esta misma disposición facultó a la ley para los “casos en los cuales la Constitución Nacional autoriza a particulares el ejercicio de funciones públicas y jurisdiccionales.”¹³⁸ De esta manera, a través del Proyecto de Ley 23, se reiteraba lo establecido en el artículo 116 de la Constitución Política de 1991 en cuanto a la facultad atribuida a los particulares o árbitros para administrar justicia, entendida dicha facultad como un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

La Ley 1285 de 2009 es el resultado definitivo de los diversos debates sobre el Proyecto de Ley 23 de 2006. Frente a los puntos explicados anteriormente la nueva y actual Ley Estatutaria de Administración de Justicia, estableció en primera medida, que frente a las funciones jurisdiccionales atribuidas a ciertas autoridades administrativas, estas sólo podrán ser ejercidas de manera excepcional, diferenciándose así del Proyecto pues éste planteaba la posibilidad de que dichas autoridades estuvieran investidas de tal facultad de manera permanente.

Ahora bien, resulta importante destacar que el Proyecto de Ley pretendía, en virtud del artículo 116 de la Constitución Política, autorizar a los particulares a ejecutar funciones públicas y jurisdiccionales. Sin embargo, la Ley 1285 amplió este concepto estableciendo que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.” Esta disposición demuestra que el legislador, en cuanto a las facultades de los particulares habilitados

¹³⁷ *Ibíd.* Pág. 18.

¹³⁸ *Ibíd.*

para administrar justicia, no sólo estableció que es un mecanismo alternativo para solucionar conflictos, sino que, al igual que la Constitución Política en su artículo 116, reguló las características principales del arbitraje y le otorgó expresamente la función jurisdiccional.

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 270 de 1996 establecía el ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por los particulares, y su numeral 3º previó que los particulares actuando como árbitros habilitados por las partes, ejercían la función jurisdiccional sobre los asuntos susceptibles de transacción, en virtud de las disposiciones señaladas en la ley. En el Proyecto 23 de 2006, se señalaba, como ya se ha reiterado, que la finalidad principal era la de promover la eficiencia en la administración de justicia, y se establecieron las razones, en la Exposición de Motivos, por las cuales se realizaría cada una de las modificaciones. Sin embargo, el texto del artículo 13, numeral 3º de la Ley 1285 de 2009, establece lo siguiente: “Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley.”

En este sentido, el artículo 13, numeral 3º de la actual Ley Estatutaria de Administración de Justicia, eliminó el límite material, antes existente en arbitramento, de conocer únicamente sobre “asuntos susceptibles de transacción”, toda vez que se limitó a establecer que los particulares actuando como árbitros administrarían justicia en los términos que señale la ley.

Sobre este punto en particular no existe fundamento alguno en el Proyecto de Ley o en su Exposición de Motivos que explique las razones por las cuales se realizó un cambio tan importante en la legislación que determina las materias objeto de arbitramento, toda

vez que ahora la Ley 1285 de 2009 señala que los asuntos sometidos al arbitraje no tendrán que ser transigibles, límite material que sí se había establecido a través de la legislación que regulaba el arbitraje.

En el 2008 la Corte Constitucional realizó un control previo de constitucionalidad frente a la nueva Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Ley 1285 de 2009. En el momento de analizar el artículo 13, numeral 3º, la Corte consideró que “esta disposición fue declarada exequible en forma condicional en el entendido que las partes también deben respetar lo dispuesto por las leyes especiales que regulen los procedimientos arbitrales.”¹³⁹ Resulta claro que esta disposición no es contraria a la Constitución de 1991, siempre y cuando se respetaran las leyes que regulan la materia, y por lo mismo debe decirse que se confirma la constitucionalidad de la disposición que consagra que las materias objeto del arbitraje no deben ser transigibles.

4. Aplicación de la ley en el tiempo

Es importante hacer referencia a la aplicación de la ley en el tiempo, toda vez que ante la expedición de una nueva ley, como en este caso es la Ley 1285 de 2009, podrían llegar a existir conflictos en la aplicación de la misma con otras leyes, e incluso presentarse situaciones en las que se derogue de manera tácita disposiciones contrarias que estén consagradas en leyes anteriores a esta última.

De manera general puede decirse que los conflictos de las leyes en el tiempo son aquellos que surgen por la expedición de normas sucesivas con capacidad o

¹³⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 713 de 2008. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas.

competencia para regir situaciones jurídicas determinadas provenientes de actos o hechos jurídicos. Bajo esas circunstancias, se intenta dilucidar si las situaciones jurídicas que nacieron bajo el imperio de una ley antigua que fue posteriormente derogada y sustituida por una ley nueva, deben continuar rigiéndose por la primera o someterse a la segunda.¹⁴⁰

En este sentido, se han identificado tres hipótesis, para determinar cuál es la ley aplicable. “La primera, relativa a un proceso que no se ha iniciado, la cual por razones obvias no ofrece ninguna dificultad. La de los procesos finalizados, respecto de los cuales, en principio la norma procesal no tiene ninguna incidencia. La tercera hipótesis es aquella en relación con los procesos en curso, iniciados al amparo de unas reglas procesales en los cuales avanzado el trámite, entran en vigencia unas nuevas.”¹⁴¹

De ahí que las nuevas leyes no son aplicables ni a las situaciones jurídicas, ni a los efectos del pasado, toda vez que de ser contrario, es decir, si las situaciones jurídicas pasadas pudieren desconocerse en el futuro, la ley perdería toda autoridad y la libertad misma estaría amenazada. Razón por la cual, las nuevas leyes regirán las situaciones jurídicas, nacidas y producidas desde el momento mismo de su entrada en vigencia, al igual que sus efectos.¹⁴²

En este orden de ideas, en Colombia la regulación de la aplicación de la ley en el tiempo ha sido de relevante importancia, razón por la cual desde 1887, con la Ley 153 se consagraron diferentes disposiciones que establecen las reglas generales sobre la validez

¹⁴⁰ NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Introducción General al Derecho. Bogotá: Impreandes Presencia S.A., 1996, pág. 126.

¹⁴¹ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General del Proceso. Medellín, Colombia: Legis S.A., 2006, pág. 168.

¹⁴² NOGUERA. Op. cit., pág. 128.

y aplicación de las leyes. Así, el artículo 2 de esta Ley 153 de 1887, actualmente vigente, establece que “La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.” Así mismo, el artículo 3 ibídem estima “insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.”

Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que “(...) incumbe al legislador, en principio, fijar el ámbito temporal dentro del cual cada ley va producir sus efectos, (...) potestad que, como es sabido, encuentra insalvable escollo en el mandato imperativo contenido en el artículo 58 de la Constitución Política Nacional, que le prohíbe vulnerar con leyes posteriores los derechos adquiridos.”¹⁴³

De ahí que “(...) si el legislador omite un señalamiento explícito al respecto, compete al juez emprender la tarea de precisar las condiciones de aplicación temporal del precepto legal, labor que debe ajustarse a las disposiciones previstas en la ley 153 de 1887, incluyendo, naturalmente, cuando no encuentre dentro de ella regla específica aplicable al asunto, los principios de la irretroactividad de la ley, salvo expresa excepción legal, y el de su eficacia inmediata, los cuales se imponen como ineludibles criterios de interpretación en el punto, pues no cabe duda de que la no retroactividad de las normas legales se ofrece como una expresión cardinal de la seguridad jurídica y como un soporte tangible del estado de derecho.”¹⁴⁴

¹⁴³ Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de marzo de 2004. Magistrado ponente: Pedro Octavio Munar Cadena

¹⁴⁴ Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de marzo de 2004. Magistrado ponente: Pedro Octavio Munar Cadena

Incluso, la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que “(...) en el ámbito propio de la aplicación temporal de la ley, es suficientemente conocido el principio de la irretroactividad, según el cual las normas legales, por regla general, dado que están llamadas a gobernar las situaciones que a partir de su vigencia se presenten en el futuro, no pueden tener efectos sobre el pasado, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, (...) Si no fuera así, las transacciones estarían amenazadas de destrucción y la vida jurídica carecería de seguridad, tanto que, en definitiva, quedaría arruinada la autoridad misma de la ley.”¹⁴⁵

En efecto, “(...) el fundamento del principio de irretroactividad no sólo está íntimamente cohesionado con la necesidad de amparar la seguridad jurídica en los términos que impone el artículo 2 de la Carta Política, según el cual, las ‘autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos fundamentales y libertades’, sino que constituye una garantía para la protección de los derechos adquiridos y de los intereses legítimamente constituidos”¹⁴⁶

En lo relacionado con la aplicación inmediata de la ley, la Corte Suprema de Justicia estableció que “(...) este método de hacer actuar la ley nueva se manifiesta de dos formas diferentes. Por un lado, en que se aplica a todos los hechos jurídicos que se constituyan a partir de su vigencia; y, por el otro, en que puede estar llamado a regular el ejercicio de las consecuencias jurídicas producidas antes de su vigencia, al igual que

¹⁴⁵ Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de mayo de 2008. Magistrado ponente: César Julio Valencia Copete

¹⁴⁶ Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de mayo de 2008. Magistrado ponente: César Julio Valencia Copete

las acaecidas a partir de ella (...) Es evidente entonces que la ley nueva debe aplicarse a los hechos futuros y a los derechos o efectos jurídicos que en el porvenir produzcan las situaciones fácticas cumplidas antes.”¹⁴⁷ De esta manera, las leyes interpretativas y las leyes de orden público, se prodigan de un efecto inmediato.¹⁴⁸

Visto lo anterior, la Ley 1285 de 2009 no sólo deroga de manera expresa determinadas disposiciones de la Ley 270 de 1996, sino que además, deroga todas aquellas disposiciones que le sean contrarias y que estén consagradas en leyes anteriores, toda vez que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior.

Por lo tanto, el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, al modificar el requisito de la transigibilidad que determinaba cuáles materias eran objeto de arbitraje en Colombia, derogó de manera tácita el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998 que establecían que los conflictos objeto de arbitraje tenían que ser de carácter transigible, por el hecho de ser disposiciones anteriores y contrarias a la ley posterior, según lo previsto por el artículo 2 y 3 de la Ley 153 de 1887.

Por último, la derogación tácita que hace la Ley 1285 de 2009 así debe entenderse en virtud del principio de seguridad jurídica que debe otorgar el ordenamiento jurídico.

¹⁴⁷ Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de mayo de 2008. Magistrado ponente: César Julio Valencia Copete

¹⁴⁸ Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de mayo de 2008. Magistrado ponente: César Julio Valencia Copete

5. Implicaciones de la Ley 1285 de 2009 en la jurisdicción arbitral

En Colombia el legislador tiene libertad de configuración competencial en materia de arbitramento, hoy sometido exclusivamente a los nuevos parámetros estatutarios contenidos en la Ley 1285 de 2009 y a los constitucionales referidos a los derechos fundamentales y el debido proceso, sin que pueda ocuparse o exceder el límite de la autonomía de la voluntad privada¹⁴⁹.

De esta manera, la Corte Constitucional, en Sentencia C-014 de 2010, con la ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo, estableció lo siguiente: “El que los asuntos susceptibles de transacción sean los únicos que pueden someterse a la justicia arbitral es tema que le compete al legislador determinar. Este puede decidir que ello sea así, o decidir que tal criterio desaparezca del ordenamiento jurídico como delimitador de la competencia de la justicia arbitral, tal y como lo hizo en la ley 1285 de 2009, avalada en este punto por la Corte Constitucional. Y lo puede hacer de dos maneras: de forma general y abstracta, como lo hizo en el artículo 6º de dicha ley, o en casos puntuales, definiendo que un determinado asunto es o no transigible.”

Por lo tanto, bajo la actual regulación sobre la competencia de la jurisdicción arbitral que determina las materias objeto de su conocimiento, con la Ley 1285 de 2009, no es ahora un requisito necesario, que los conflictos que se pretendan someter a este medio alternativo de solución de conflictos sean de carácter transigible.

¹⁴⁹Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 2010. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

Capítulo IV: ¿La eliminación de una restricción estatutaria implica una derogación de normas vigentes o una libertad de configuración para el legislador?

1. Límites y términos de la jurisdicción arbitral

De conformidad con lo previsto en el inciso 4° del artículo 116 de la Constitución Política, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Entonces, es a la ley a quien corresponde determinar: “(...) a) los asuntos y la forma en que los particulares pueden administrar justicia en la condición de árbitros; **b) los límites y términos** en que los árbitros están habilitados para administrar justicia, y c) sus funciones y facultades, que son las mismas que tienen los jueces ordinarios.”¹⁵⁰
(Subrayas y negrilla fuera del texto original)

Por lo tanto, dada la facultad constitucional en cabeza del legislador para limitar o ampliar el ámbito de competencia de los árbitros, lo cierto es que tiene la facultad para modificarlo y determinarlo. Ahora, la naturaleza de las leyes por medio de las cuales el legislador debe determinar los límites y términos generales en que los árbitros están habilitados para administrar justicia son estatutarias, toda vez que es un asunto que afecta la estructura general de la administración de justicia y además implica el cumplimiento y efectividad de los principios generales sobre la administración de justicia.

¹⁵⁰ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 del 1995. Magistrado sustanciador: Hernando Herrera Vergara

En esta medida, al tratarse de leyes estatutarias, que gozan de un rango jerárquico superior en comparación con las leyes ordinarias, al desarrollar temas complementarios o conexos éstas no podrán contrariar a aquellas.

Sin embargo, cuando se trata de materias relacionadas con la administración de justicia que regulen de manera concreta y detallada asuntos específicos, la naturaleza de esta ley, en virtud de la interpretación restrictiva del principio de reserva de ley estatutaria, será ordinaria toda vez que no todos los tópicos relacionados con la administración de justicia han de ser regulados por una ley estatutaria, como es el caso de los códigos o estatutos.

Ahora bien, “(...) la ley 1285 de 2009, mediante la cual se reformó la ley estatutaria de la Administración de Justicia, suprimió la limitación prevista en su artículo 13, de acuerdo con la cual los árbitros sólo podían resolver conflictos transigibles. (...) Habría razones para sostener que el artículo 111 de la ley 446 de 1998, que reitera dicha limitación, debe entenderse derogado en este aspecto.”¹⁵¹

Sin embargo, por el hecho que el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009 haya derogado el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 y demás disposiciones legales, no quiere decir que no haya libertad de configuración por parte del legislador, pues nada impide que éste regule nuevas materias, siempre y cuando esté conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la ley estatutaria, sin contener así disposiciones que pretendan “revivir” lo ya derogado.

¹⁵¹ BERMÚDEZ, Op. Cit., Pág. 1.

Incluso, no puede desconocerse la libertad constitucional de configuración del legislador prevista en el inciso 4° del artículo 116 de la Constitución Política de 1991 y lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia de 2010¹⁵², esto es, la delimitación de la institución del arbitraje “en los términos que determine la ley”. Es claro que dicha libertad de legislar no es del todo absoluta, pues el legislador debe tener en cuenta no sólo la derogatoria impuesta por la Ley 1285 de 2009, sino también el pronunciamiento de la Corte Constitucional en el 2008 frente a la declaratoria de exequibildad del artículo 6 de la actual ley estatutaria de administración de justicia que derogó todas las disposiciones contrarias a ésta.

Por lo tanto, al legislador no le es permitido regular nuevamente una materia derogada por una ley jerárquicamente superior, sino que se debe limitar a regular nuevas materias dentro de los límites establecidos por la Ley 1285 de 2009.

2. Proyecto de Ley por medio del cual se expide el Estatuto del Arbitraje Nacional e Internacional

Como una propuesta para reducir y agilizar los conflictos judiciales, el Gobierno Nacional en julio del 2011, presentó ante el Senado de la República el Proyecto de Ley por medio del cual se expide el Estatuto del Arbitraje Nacional e Internacional. El propósito del proyecto es “convertir el arbitraje en un mecanismo de solución de controversias de los procesos judiciales actuales”¹⁵³ donde las partes aceptan la

¹⁵² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 014 de 2010. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

¹⁵³ Gobierno busca rebajar conflictos judiciales con estatuto arbitral . En: El Universal, Cartagena, 26, julio, 2011; <http://www.eluniversal.com.co/cartagena/politica/gobierno-busca-rebajar-conflictos-judiciales-con-estatuto-arbitral-35569>

intermediación de un árbitro para la solución de conflictos sobre asuntos, que en palabras del artículo 1 del proyecto, deben ser de libre disposición o sobre aquellos que la ley autorice expresamente.

Este Proyecto de Ley resulta relevante dentro del desarrollo de este trabajo porque pretende unificar la regulación aislada y dispersa en materia de arbitraje, además de proponer nuevos criterios para establecer la aptitud que tienen determinados asuntos de ser objeto o no de la jurisdicción arbitral.

De esta manera, el Proyecto de Ley de Estatuto de Arbitraje plantea en su primer artículo, que 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.” En este sentido, es posible evidenciar que la característica principal de este proyecto de ley es delimitar las materias objeto de arbitraje a través del criterio de disponibilidad y no transigibilidad como alguna vez lo consagró la Ley 270 de 1996, concepto que luego fue eliminado por la Ley 1285 de 2009, actual Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

En este sentido, la limitación de la jurisdicción arbitral a las materias sobre las cuales las partes tienen libre disposición de sus derechos, implica que “los demás conflictos sólo pueden ser resueltos por la *jurisdicción ordinaria*.”¹⁵⁴ Es así como puede decirse que lo disponible es aquello sobre lo cual las partes pueden dar una solución sin tener que acudir a la jurisdicción, y por el contrario, aquello que es indisponible se refiere a lo

¹⁵⁴ BERMÚDEZ, Op. Cit., Pág. 3.

que de manera obligatoria, necesita de la presencia de un juez para poder ser resuelto¹⁵⁵. Lo anterior se entiende en el sentido que la disponibilidad se refiere a la posibilidad que tienen las partes de decidir si el conflicto que entre ellas existe o llegare a surgir puede ser resuelta ya sea por un juez o por un tercero llamado árbitro, y la jurisdicción se refiere entonces a que “en razón de la naturaleza de los derechos en conflicto o por asunto en sí mismo considerado, el Estado puede reservarse para sí la resolución de los mismos, excluyendo cualquier forma de administración de justicia que no sea la que él prodiga a través de sus jueces, decisión ésta que corresponde adoptar al legislador, quien es el llamado a determinar en desarrollo de su potestad de regulación de los procesos, el radio de acción del poder habilitante de las partes.”¹⁵⁶

Frente a este Proyecto de Ley, es posible identificar dos puntos controversiales a la luz de este trabajo:

En primer lugar, se observa que el nuevo limitante contenido en el artículo 1 de este Proyecto de Ley, como son las materias que la ley determine expresamente, resulta innecesario pues el Proyecto de Ley ya está estableciendo el campo de acción de la institución del arbitraje, y por lo mismo, estaría imponiendo la necesidad de una ley diferente que realmente determine sus límites, es decir, que la demarcación de los conflictos objeto del arbitraje por medio de este proyecto de ley no tendría razón de ser, al depender de otra ley la que los defina.

¹⁵⁵ NIEVA FENOL, Jordi. Las materias indisponibles en el arbitraje. En Jurisdicción y Proceso, Editorial Marcial Pons, Madrid: 2009, Pág. 840, citado por Bermúdez Muñoz, Martín. La limitación de las controversias *arbitrables* en el artículo primero del anteproyecto.

¹⁵⁶ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 098 de 2001. Magistrado ponente: Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

Por lo tanto, “disponer que los árbitros pueden resolver los asuntos que *la ley autorice* implica introducir una limitación que, para utilizar las palabras de la Corte Constitucional, podría volver *inane* la posibilidad establecida en la Constitución de acudir a este método alternativo de solución de conflictos.”¹⁵⁷

De esta manera, el paralelismo de las leyes que regulan la materia de la institución del arbitraje se haría confuso, y algunas veces inaplicable, toda vez que este método de solución conflictos pretende convertir el arbitraje en un mecanismo de solución de controversias de los procesos judiciales actuales.

En segundo lugar, el hecho de hablar de disponibilidad a la luz del artículo 6 de la Ley 1285 de 2009 declarada exequible por la Corte Constitucional, puede resultar contradictorio toda vez que hablar de disponibilidad implica hablar de transigibilidad, y por lo mismo, de forma indirecta, se estaría incorporando en el ordenamiento jurídico un límite para los asuntos objeto de arbitraje que fue derogado por la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

De esta manera, se estaría desconociendo el poder legislativo y el control de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional, además de la aplicación de la ley en el tiempo, puesto que las nuevas leyes no son aplicables ni a las situaciones jurídicas, ni a los efectos del pasado, toda vez que de ser contrario, es decir, si las situaciones jurídicas pasadas pudieren desconocerse en el futuro, la ley perdería toda autoridad y la libertad misma estaría amenazada.¹⁵⁸

¹⁵⁷ BERMÚDEZ, Op. Cit. Pág 10.

¹⁵⁸ NOGUERA, Op. Cit., Pág. 128.

Por lo tanto, una posible solución a la contradicción legal entre el proyecto de ley y la actual ley estatutaria de administración de justicia, es tramitar en el Congreso de la República una nueva ley estatutaria de administración de justicia que incorpore nuevamente la transgibilidad o disponibilidad como límite necesario de las materias objeto de arbitraje, respetando la jerarquía de las leyes y la aplicación de la ley en el tiempo.

Capítulo V: ¿Existe entonces discusión sobre las materias objeto de arbitraje?

1. ¿Únicamente las materias transigibles son objeto de arbitraje?

Una vez analizada la naturaleza jurídica del arbitraje, es una realidad que en Colombia esta institución es de naturaleza jurisdiccional por mandato expreso de la Constitución Política, en cuanto expresa el ejercicio de una función pública esencial del Estado.

De esta manera, según lo establece el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, podría decirse que los árbitros eventualmente tendrían la posibilidad conocer materias no transigibles, toda vez que esta Ley Estatutaria de la Administración de Justicia nada mencionó sobre la necesidad de la transgibilidad en los asuntos objeto de la jurisdicción arbitral.

En esta medida, en Colombia no existe norma que establezca que los árbitros no puedan tener competencia sobre materias no transigibles, puesto que, como jueces de la República que son, cuentan con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades de los jueces ordinarios, como son “(i) el poder de decisión para resolver la controversia; (ii) el poder de coerción para procurar el cumplimiento de su

decisión; (iii) el poder de practicar y valorar pruebas, a fin de adoptar la decisión que estimen ajustada a derecho; (iv) el poder de adoptar todas las medidas permitidas para dar solución a la controversia”¹⁵⁹.

Así mismo, los árbitros tienen la obligación constitucional y legal de cumplir los derechos constitucionales fundamentales, con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Incluso, los árbitros responden civil y penalmente por sus actuaciones.¹⁶⁰

Frente a la responsabilidad disciplinaria de los árbitros, el artículo 25, numeral 1, literal h del Decreto 262 de 2000 establece que las Procuradurías Delegadas conocen en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los miembros de los Tribunales de Arbitramento o conciliadores. Lo anterior implica entonces, que los árbitros responden disciplinariamente ante el Ministerio Público como órgano de control que vigila el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, razón por la cual podrían eventualmente tener competencia para resolver materias no transigibles, toda vez que sus actuaciones están sometidas a la vigilancia y control del Estado.

Adicionalmente, el Consejo Superior de la Judicatura, en coordinación con el Ministerio del Interior y Justicia, realizan seguimiento y evaluación a los árbitros en cuanto al ejercicio de la administración de justicia que ellos realicen, verificando que efectivamente hayan estado debidamente habilitados por las partes, y cada dos años rendirán informe al Congreso de la República, según está previsto en el artículo 3 de la

¹⁵⁹ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T – 058 de 2009. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.

¹⁶⁰ GAMBOA. Op. cit., pág. 63; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 del 1995. Magistrado sustanciador: Hernando Herrera Vergara; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 4 de febrero de 2008. Magistrado ponente: José Alfonso Isaza Dávila.

Ley 1285 de 2009. Incluso, los árbitros y secretarios de los Tribunales de Arbitramento pueden ser investigados y sancionados por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, según está previsto por el artículo 23 del Decreto 4089 de 2007, toda vez que violen el marco tarifario que establece este mismo decreto.

Entonces, los árbitros podrían eventualmente conocer sobre materias no transigibles, en la medida en que existe un organismo judicial y de creación constitucional como es el Consejo Superior de la Judicatura y la Procuraduría General de la Nación para controlar las actuaciones de los árbitros y evitar un abuso del derecho, según lo previsto por los artículos 256 numeral 3 y 277 numeral 7 de la Constitución Política.

Igualmente, los árbitros en Colombia podrían eventualmente conocer sobre materias no transigibles porque en el proceso arbitral siempre debe notificarse el Ministerio Público, quien interviene cuando lo considere necesario, aún cuando se estén discutiendo materias exclusivas del derecho privado. Lo anterior se entiende en el sentido del artículo 277 numeral 7 de la Constitución Política de 1991 que establece que el Procurador General de la Nación por sí, o por medio de sus delegados o agentes, tendrá la función de “Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.”

Así los hechos, en virtud del artículo 127 del Código Contencioso Administrativo¹⁶¹ al Ministerio Público se le notificará personalmente el auto admisorio de la demanda, el que fije fecha para audiencia de conciliación y el que fije audiencia para proferir el

¹⁶¹ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 01 de 1984.

laudo arbitral, cuando se trate de arbitramento en derecho público. En esa medida, la función del Ministerio Público al intervenir en los procesos arbitrales es velar por la protección de los derechos fundamentales de la colectividad, el orden jurídico o el patrimonio nacional, según lo establece el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política de 1991.

De la misma forma, el Decreto 262 de 2000 en sus artículos 44, 45, 46 y 48 establecen que los Procuradores Judiciales tienen funciones de intervención en los Tribunales de Arbitramento sobre temas administrativos, civiles, agrarios y laborales. De la misma manera, los Procuradores Judiciales en Tribunales de Arbitramento que versen sobre materias administrativas, en su condición de agentes del Ministerio Público, tienen la obligación de intervenir y según consideren necesario: podrán asistir a la audiencia de conciliación pre arbitral; solicitar copias de las actuaciones procesales; solicitar la práctica de pruebas; solicitar la objeción o aclaración de dictámenes periciales; interponer recursos, emitir conceptos de fondo; solicitar aclaración corrección o complementación del laudo; e interponer ante el Consejo de Estado el recurso extraordinario de anulación del laudo arbitral, lo anterior conforme al artículo 2 de la Resolución 270 de 2001 de la Procuraduría General del Nación.

Por otro lado, los árbitros podrían conocer de asuntos no transigibles en la medida en que las partes hayan decidido de manera libre y voluntaria optar por la jurisdicción arbitral, quienes por demás, tienen la facultad de interponer el recurso extraordinario de anulación contra todo laudo arbitral nacional que verse sobre materias civiles, comerciales o referentes a contratos estatales siempre y cuando sea evidente una de las

causales consagradas en la ley.¹⁶² En efecto, el recurso extraordinario de anulación se podrá interponer dentro de los siguientes cinco días hábiles a la notificación del laudo arbitral, actuación procesal que se surte en estrados.

De esta manera, el recurso extraordinario de anulación es un garante más a la protección del debido proceso y el correcto ejercicio de la función de los árbitros, toda vez que tiene procedencia, entre otras causales establecidas en la ley, por no haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal; cuando sin fundamento legal los árbitros dejaron de decretar o de practicar pruebas en la forma y tiempo debido; por haber proferido los árbitros el laudo arbitral después del término fijado; por haberse fallado por los árbitros en conciencia debiendo ser en derecho; por haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido; por no haberse decidido por los árbitros cuestiones sujetas al arbitramento, entre otras¹⁶³.

Al respecto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Decisión Civil, en Sentencia del 26 de febrero de 2008, con la ponencia del magistrado Germán Valenzuela Valbuena estableció lo siguiente: “(...) por su naturaleza el recurso de anulación no da lugar a una instancia superior, en la cual se pueda estudiar todo el proceso y el acervo probatorio acopiado, a fin de constatar la validez de lo concluido en el laudo, puesto que por su conducto únicamente se pueden enarbolar los cuestionamientos relativos a la regularidad formal del proceso arbitral, dentro del marco de las causales definidas por el legislador. La anulación queda circunscrita a los cargos que formule el recurrente, ello no tiene un alcance limitativo o restringido de acuerdo

¹⁶² Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T – 408 de 2010. Magistrado ponente: María Victoria Calle Correa

¹⁶³ Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1818 de 1998. Artículo 163; Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1031 de 2007. Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla

con la nomenclatura de las causales invocadas, siempre que a su amparo se planteen defectos *in procedendo*, con vocación anulatoria, que correspondan al vicio referido en la respectiva causal.”

Lo anterior reitera que los árbitros en Colombia, como jueces de la Republica que son, podrían eventualmente conocer materias no transigibles, pues su actuación, como consecuencia del ejercicio de una función pública jurisdiccional como es la administración de justicia, no puede ser abusiva ni menos aún arbitraria, toda vez que están sometidos al cumplimiento de deberes constitucionales y legales, so pena de ser investigados y sancionados.

Sin embargo, la eventual hipótesis en virtud de la cual, los árbitros en Colombia podrían tener una posible competencia sobre asuntos no transigibles, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, postura que nosotras no compartimos, sólo podría concebirse, siempre y cuando el ejercicio de su función arbitral sea el resultado de la autonomía de la voluntad de las partes, que a través de un acuerdo previo, compromiso o cláusula compromisoria, habilitan a un Tribunal de Arbitramento de manera temporal para resolver sus controversias, sin que se crea erróneamente que es una jurisdicción permanente.

2. Conveniencia o validez de la eliminación legal del requisito de transigibilidad

Visto lo anterior, no estamos de acuerdo con la reforma realizada por la Ley 1285 de 2009 al artículo 13 de la Ley 270 de 1996, pues a nuestro parecer fue una modificación ligera y sin fundamento que la soportare, tal y como se pudo observar en el Proyecto de

Ley Estatutaria de Administración de Justicia y en la Exposición de Motivos de la Ley 1285 de 2009.

En efecto, para nosotras, no es una posibilidad que los árbitros conozcan sobre materias no transigibles toda vez que es un postulado contrario a la esencia misma del arbitramento. Lo anterior tiene fundamento en la forma como fue y ha sido concebido el arbitraje en la legislación colombiana. El primer antecedente legislativo que se conoce en la materia es la Ley 105 de 1890 en la que se establece como elemento fundamental del arbitraje, la libre disposición, negociación o renuncia que deben tener las partes sobre las materias objeto del arbitraje, concepto que ha sido reiterado a través de los años en el ordenamiento jurídico colombiano.

En esta medida, vale la pena decir que en Colombia han transcurrido cerca de cien años en los que se ha concebido la transigibilidad como una de las características principales del arbitraje, sin que ahora el legislador pretenda desconocer, sin motivo alguno, esta naturaleza.

Por consiguiente, las materias objeto del arbitraje en Colombia deberían tener como límite la transigibilidad, no sólo por ser una característica propia de esta institución mantenida a lo largo de la historia, sino porque son las partes quienes voluntariamente y en el ejercicio de la autonomía de su voluntad, deciden habilitar a un Tribunal de Arbitramento para que éste conozca sobre las materias renunciables, negociables o disponibles por las partes libremente.

De esta manera, las partes no tienen la facultad para transigir sobre aquello de lo que no tienen la potestad para hacerlo, toda vez que no pueden disponer sobre asuntos que la ley no les ha otorgado la competencia para transigir. Razón por la cual, al estar las materias no transigibles relacionadas con derechos fundamentales, el legislador y las altas Cortes han pretendido conservar la seguridad jurídica de estos asuntos dándole conocimiento exclusivo de estos a la jurisdicción permanente.

Por consiguiente, a nuestro parecer, no resulta conveniente la eliminación de la transigibilidad como requisito legal de las materias objeto del arbitraje, que hace el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, puesto que la transigibilidad del asunto litigioso, aunque actualmente no lo es, ha sido un elemento fundante y esencial en el arbitramento en Colombia.

Por lo tanto, creemos que es de gran importancia jurídica tramitar una nueva ley estatutaria de administración de justicia donde se establezca de nuevo la transigibilidad o disponibilidad de las materias objeto de arbitraje, como un límite necesario de esta institución. Lo anterior así se debe entender porque al tener la ley estatutaria de administración de justicia rango constitucional, le otorga seguridad jurídica al ordenamiento al determinar los límites materiales generales, por demás connaturales al arbitramento, eliminando todo vacío o especulación al respecto. Incluso, consideramos que es relevante tramitar una nueva ley estatutaria toda vez que se trata de asuntos que afectan la estructura general de la administración de justicia y que además afectan el cumplimiento y efectividad de los principios generales de la misma.

Capítulo VI: Conclusión

Vistos los hechos, la transigibilidad o disponibilidad ha sido un elemento esencial y característico del arbitraje desde 1890 con la Ley 105 que lo introdujo en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, la ley 1285 de 2009 eliminó de forma ligera e injustificada la transigibilidad como requisito necesario y fundamental del arbitraje en Colombia.

De esta manera, a la luz de la actual regulación que existe sobre arbitraje, debe respetarse lo establecido por la Ley 1285 de 2009 que como ley estatutaria, goza de rango constitucional y jurídicamente no puede desconocerse la aplicación en el tiempo de esta ley creando nuevas leyes de inferior jerarquía que contengan disposiciones que la contradigan.

Entonces, la eliminación que hace la Ley 1285 de 2009 junto con la forma como está concebido el arbitraje en Colombia, es un problema adicional, toda vez que al ser el arbitraje de naturaleza jurisdiccional en el ejercicio de una función pública del Estado, se abre la posibilidad a que se discuta si los árbitros con la mayoría de deberes, poderes, facultades y responsabilidades de los jueces de la República, puedan conocer materias transigibles y no transigibles, tal y como se analizó anteriormente.

De esta manera, consideramos que para tener seguridad jurídica, coherencia en el ordenamiento y evitar que los árbitros conozcan sobre materias no transigibles, se podrían adoptar una o las dos de las siguientes soluciones.

En primer lugar, se podría tramitar una nueva ley estatutaria ante el Congreso de la República que incluya nuevamente de manera expresa, la transigibilidad como límite de los asuntos objeto de arbitraje para solucionar vacíos jurídicos y confirmar que la transigibilidad es un elemento de la esencia del arbitraje.

Por otro lado, si el arbitraje en Colombia tuviera naturaleza contractual, en lugar de jurisdiccional, resultaría suficientemente claro que los árbitros únicamente podrían conocer sobre materias transigibles, toda vez que sólo tendrían competencia por la habilitación de las partes y por la disponibilidad que éstas tengan sobre sus derechos, y no por el ejercicio de una función pública.

Por lo anterior, consideramos que la naturaleza jurídica del arbitraje en Colombia debería ser contractual porque el origen de esta institución radica en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes de manera previa, habilitan a través del pacto arbitral la instauración, competencia y funcionamiento del Tribunal. Entonces, el arbitraje se trata de un concierto de voluntades que produce efectos jurídicos, y en consecuencia la categoría del contrato es, desde luego, el término propio donde el arbitraje se puede asentar.

De esta manera, sin la voluntad de las partes el arbitraje no tendría lugar, porque son ellas, quienes por medio de la manifestación libre, expresa y escrita de su consentimiento, dan existencia a esta institución, por el hecho de ser un elemento de la esencia del arbitraje.

Así pues, en el hipotético caso en que el arbitraje en Colombia fuera de naturaleza contractual, los árbitros no ejercerían una función pública sino que estarían llamados a resolver un conflicto del cual las partes disponen, renuncian o negocian libremente por tratarse de una materia transigible.

Por consiguiente, la obligatoriedad que tiene el laudo arbitral para las partes, no dependerá de la naturaleza jurídica del arbitraje, es decir, si tiene carácter jurisdiccional o contractual, puesto que las mismas partes de manera previa y voluntaria, son las que deciden obligarse al fallo definitivo del Tribunal, que incluso tiene los mismos efectos de cosa juzgada frente a ellas. En esa medida, si el arbitraje en Colombia tuviera naturaleza contractual, el laudo arbitral no dejaría de ser obligatorio y vinculante para las partes que habilitaron al Tribunal.

En conclusión, consideramos que lo importante es empezar a buscar soluciones desde ahora para obtener como resultado una concepción, naturaleza jurídica y regulación legislativa del arbitraje coherente y uniforme. Dejamos pues a su consideración si la naturaleza jurídica del arbitraje debe ser jurisdiccional, teniendo en cuenta que los árbitros podrían eventualmente conocer sobre materias transigibles y no transigibles; o por el contrario, ser contractual siendo fidedigna a la esencia misma de esta institución que no es otra que conservar la competencia para conocer únicamente sobre materias transigibles.

Bibliografía

I. Doctrina

1. BENETTI SALGAR, Julio. “El Arbitraje en el Derecho Colombiano”. Editorial Temis, Bogotá: 2001.
2. BEJARANO GUZMAN Ramiro. Procesos declarativos. Bogotá: Temis, 2008
3. BERMÚDEZ Muñoz, Martín. La limitación de las controversias *arbitrables* en el artículo primero del anteproyecto. Bogotá, julio de 2011.
4. BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial. Bogotá, Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá, 1993
5. CAMACHO AZULA, Jaime. Manual de Derecho Procesal. Bogotá: Temis, 2004
6. CHILLON MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando. Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991
7. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. “Los Principios Procesales en Arbitraje”. J.M.Bosch Editor, 2000.
8. DÍAZ ARENAS, Pedro Agustín. La Constitución Política Colombiana de 1991. Proceso, Estructuras y Contexto. Santa fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 1993
9. FERNÁNDEZ BOTERO, Eduardo. Las Constituciones Colombianas Comparadas Tomo II. Medellín Colombia: Editorial Universidad de Antioquia, 1964.
10. GAMBOA SERRANO, Rafael Hernando. El Proceso Arbitral en Colombia. Bogotá, Colombia: Publicaciones U. Javeriana, 1992
11. GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. “Nuevo Régimen de Arbitramento. Manual Práctico” Cámara de Comercio de Bogotá, segunda edición, Bogotá: 2002.
12. Gobierno busca rebajar conflictos judiciales con estatuto arbitral . En: El Universal, Cartagena, 26, julio, 2011;
<http://www.eluniversal.com.co/cartagena/politica/gobierno-busca-rebajar-conflictos-judiciales-con-estatuto-arbitral-35569>
13. LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano” Tomo I y II. Dupre Ediciones, Bogotá: 2005.
14. NIEVA Fenol, Jordi. Las materias indisponibles en el arbitraje. En Jurisdicción y Proceso, Editorial Marcial Pons, Madrid: 2009, Pág. 840, citado por Bermúdez Muñoz, Martín. La limitación de las controversias *arbitrables* en el artículo primero del anteproyecto.
15. NOGUERA LABORDE, Rodrigo. Introducción General al Derecho. Bogotá: Impreandes Presencia S.A., 1996
16. OPPETIT, Bruno. Teoría del arbitraje. Colombia: Legis S.A., 2006
17. PEREZ, ESCOBAR Jacobo. “Derecho Constitucional Colombiano”. Temis, séptima edición, Bogotá: 2004.
18. RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General del Proceso. Medellín, Colombia: Legis S.A., 2006,
19. SARRIA, Eustorgio. Constitución Política de Colombia 1886-1986, Estudio – Introducción – Comentarios y Jurisprudencias por el Profesor Eustorgio Sarria. Bogotá – Colombia: Primera Edición, Gama Impresores Ltda., 1983

II. Ordenamiento Jurídico

1. Constituciones
 - a. Colombia. Constitución Política de 1830
 - b. Colombia. Constitución Política de 1863

- c. Colombia. Constitución Política de Colombia de 1886
- d. Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991

2. Leyes

- a. Colombia. Congreso de la República. Ley 23 de 1991, Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionarlos despachos judiciales, y se dictan otras disposiciones.
- b. Colombia. Congreso de la República. Ley 80 de 1993, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- c. Colombia. Congreso de la República. Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.
- d. Colombia. Congreso de la República. Ley 446 de 1998 Descongestión, acceso y eficiencia en la justicia.
- e. Colombia. Congreso de la República. Ley 497 de 1999, Por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento.
- f. Colombia. Congreso de la República. Ley 640 de 2001, Normas comunes aplicables a la conciliación.
- g. Colombia. Congreso de la República. Ley 906 de 2004, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)
- h. Colombia. Congreso de la República. Ley 979 de 2005, Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.
- i. Colombia. Congreso de la República. Ley 1010 de 2006, Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.
- j. Colombia. Congreso de la República. Ley 1285 de 2009, Por medio de la cual se reforma la ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia
- k. Colombia. Congreso de la República. Ley 1367 de 2009, Por la cual se adicionan unas funciones al Procurador General de la Nación, sus Delegados y se dictan otras disposiciones. Conciliación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- l. Colombia. Congreso de la República. Ley 1394 de 2010, Por la cual se regula un arancel judicial
- m. Colombia. Congreso de la República. Ley 1395 de 2010, Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión Judicial

3. Decretos

- a. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2158 de 1948, el Código de Procedimiento Laboral sobre procedimiento en los juicios de trabajo.
- b. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 01 de 198, Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.
- c. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2279 de 1989, Por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dictan otras disposiciones.
- d. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 0498 de 1996, Por el cual se desarrolla el artículo 67 de la Ley 23 de 1991.

- e. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1818 de 1998, Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos.
- f. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 2618 de 2000, Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Justicia y del derecho y se dictan otras disposiciones.
- g. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 0030 del 14 de enero de 2002, Por medio del cual se señala el reglamento de registro y/o archivo de actas de conciliación, de antecedentes del trámite conciliatorio y de constancias.
- h. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 24 de 2002, Por el cual se adopta el marco tarifario provisional dentro del cual se fijarán las tarifas que pueden cobrar los centros de conciliación remunerados y los notarios por la prestación del servicio de conciliación.
- i. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 4089 de 2007, Por el cual se adopta el marco que fija las tarifas para los centros de conciliación y/o arbitraje, conciliadores y árbitros, y se dictan otras disposiciones para regular el adecuado funcionamiento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje.
- j. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1716 de 2009, Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001
- k. Colombia. Presidencia de la República. Decreto 075 de 2010, Decreto de Emergencia Social. Por el cual se expiden disposiciones para agilizar la solución de controversias entre las diferentes entidades y organismos del Sistema General de Seguridad Social en Salud

4. Resoluciones

- a. Resolución 270 del 2001, Por la cual se establecen criterios de intervención de los Procuradores Judiciales en lo administrativo y en los procesos arbitrales y ante los Tribunales de Arbitramento

III. Jurisprudencia

1. Sentencias de Constitucionalidad

- a. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 592 de 1992, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz
- b. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 226 de 1993, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero
- c. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 1994, MP: José Gregorio Hernández Galindo
- d. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-011 de 1994. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero
- e. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 057 de 1995, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- f. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 294 de 1995, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía
- g. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 431 de 1995, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara
- h. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

- i. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 242 de 1997, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara
- j. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 347 de 1997, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía
- k. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 163 de 1999, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero
- l. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-248 de 1999, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- m. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 672 de 1999, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell
- n. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1338 de 2000 Magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger.
- o. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C –211 de 2000, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz
- p. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 330 de 2000, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz
- q. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 1436 de 2000, Magistrado Colombia. Corte Constitucional. Ponente: Alfredo Beltrán Sierra
- r. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 1140 de 2000, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo
- s. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-060 de 2001, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz
- t. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 098 de 2001, Magistrado Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez
- u. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2001, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández
- v. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1195 de 2001, Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra
- w. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 1038 de 2002, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett
- x. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C – 662 de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes
- y. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-878 de 2005, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra
- z. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 2006. Magistrado ponente: Alvaro Tafur Galvis.
- aa. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2008, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
- bb. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2008, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández
- cc. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-014 de 2010, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo
- dd. Colombia. Corte Constitucional. Auto 235 de 2010. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

2. Sentencias unificadoras

- a. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-600 de 1999, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- b. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU- 091 de 2000, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis

- c. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU – 174 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

3. Sentencias de Tutela

- a. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T – 057 de 1995, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- b. Colombia. Corte Constitucional. Salvamento de voto de los magistrados Jorge Arango Mejía y Vladimiro Naranjo Mesa del auto No. 004 de 1996.
- c. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T – 121 de 2002, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño
- d. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T – 1201 de 2005, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra
- e. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela de 10 de febrero de 2005. MP. Jaime Arrubla Paucar.
- f. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-1031 de 2007 - 3 de diciembre de 2007. MP. Nilson Pinilla Pinilla.
- g. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-972 de 2007. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto
- h. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T – 1224 de 2008, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa
- i. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Tutela de 23 de enero de 2008. MP. William Namén Vargas.
- j. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T – 058 de 2009, Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería
- k. Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T- 408 de 2010 Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa

4. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia

- a. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Gaceta judicial, jurisprudencia constitucional, tomos CXXXVII, Número 2338, año 1969,. Magistrado ponente: Luis Sarmiento Buitrago.
- b. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Gaceta judicial, jurisprudencia constitucional, tomos CLII y CLIII, Números 2393 y 2394, años 1975 y 1976,. Magistrado ponente: Guillermo González Charry
- c. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Tomo LXXXVI, año 1957, Magistrado ponente: José Jaramillo Giraldo
- d. Colombia. Corte Suprema de Justicia. Gaceta judicial, jurisprudencia constitucional, Tomo CLVI, Número 2396, año 1977
- e. Colombia. Corte Suprema de Justicia Sentencia de la Sala de Casación Civil del 21 de febrero de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo
- f. Colombia. Corte Suprema de Justicia Sentencia de la Sala de Casación Civil del 17 de junio de 1997, Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo
- g. Colombia. Corte Suprema de Justicia Sentencia de la Sala de Casación Civil del 10 de octubre de 2007, Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar
- h. Colombia. Corte Suprema de Justicia Sentencia de la Sala de Casación Civil del 14 de noviembre de 2008, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena

- i. Colombia. Corte Suprema de Justicia Sentencia de la Sala de Casación Laboral del 28 de abril de 2009, Magistrado Ponente: Francisco Javier Ricaurte
 - j. Colombia. Corte Suprema de Justicia Sentencia de 12 de julio de 2010
 - k. Colombia. Corte Suprema de Justicia Sentencia de la Sala de Casación Civil del 3 de noviembre de 2009, Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arruble Paucar.
5. Sentencias del Consejo de Estado
- a. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil, del 24 de junio de 1996, Consejero Ponente: Roberto Suárez
 - b. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, del 4 de mayo del 2000, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández
 - c. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, del 22 de febrero de 2001, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar
 - d. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, del 11 de abril de 2002, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández
 - e. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, del 28 de enero de 2009, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez
 - f. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, del 13 de mayo de 2009, Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar
 - g. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de mayo de 2009. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez
 - h. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 1 de abril de 2009, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero
 - i. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 10 de junio de 2009, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
 - j. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del 10 junio de 2009, Consejero Ponente: María Claudia Rojas Lasso
 - k. Colombia. Consejo de Estado. Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 13 de agosto de 2009, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo
 - l. Colombia. Consejo de Estado. Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 25 de noviembre de 2009, Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.
 - m. Colombia. Consejo de Estado. Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 3 de marzo de 2010, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.
 - n. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 17 de marzo de 2010, Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

- o. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del 25 de marzo de 2010, Consejero Ponente: Doctor Maraco Antonio Velilla Moreno.
- p. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 12 de mayo de 2010, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.
- q. Colombia. Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del 23 de septiembre de 2010, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

6. Sentencias de Tribunales Superiores Judiciales

- a. Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil del 1 de junio de 2007, Magistrado Ponente: Rodolfo Arciniegas Cuadros.
- b. Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil del 22 de junio de 2007, Magistrado Ponente: Rodolfo Arciniegas Cuadros.
- c. Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil del 13 de julio de 2007, Magistrado Ponente: Nancy Esther Angulo Quiroz.
- d. Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 4 de febrero de 2008. Magistrado ponente: José Alfonso Isaza Dávila.
- e. Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial. Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta Subsección A, del 10 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: José Antonio Molina Torres.
- f. Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil del 10 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Ruth Elena Galvis Vergara
- g. Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil del 12 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Marco Antonio Álvarez Gómez.
- h. Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial. Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Dual Civil de Decisión de 21 de mayo de 2010, Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo

7. Laudos arbitrales

- a. Colombia. Tribunal de Arbitramento ALSTOM BRASIL LTDA SUCURSAL COLOMBIA contra COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación. Acta No. 3, Auto No. 7 del 23 de enero 2006

8. Gacetas constitucionales

- a. Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 4.
- b. Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 8
- c. Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 9
- d. Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional. No. 123
- e. Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 134

f. Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional No. 142

9. Gacetas del Congreso

a. Colombia. Congreso de la República. Gaceta del Congreso. Senado de la República, Proyecto de Ley Estatutaria número 23 de 2006 - Senado. Año XV – N° 245