Universidad Externado de Colombia
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL
Calle 12 | 17 este bloque A piso 2 | dprocesal@uexternado.edu.co
pbx (57-1) 342 9900 / 342 0288 ext. 1133 | www.uexternado.edu.co
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132 | Bogotá - Colombia

Señores Magistrados

Corte Constitucional.

Honorable Magistrado: Dr. GABRIEL MENDOZA

E. S. D.

COPIA

11:55 a.m.

Ref: Proceso de Constitucionalidad D-9330.

RAMIRO BEJARANO GUZMÁN, ciudadano en ejercicio, obrando en mi propio nombre y como Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, atendiendo la invitación formulada a esta casa de estudios por la Honorable Corte para pronunciarnos frente a la demanda de la referencia, según lo ordenado por su Despacho en el auto del dos (02) de noviembre de 2012, en la que se pretende la inexequibilidad de algunas de las disposiciones de la Ley 1563 de 2012, nuevo Estatuto Arbitral, conocido como "**Ley Hinestrosa**[1]", para lo cual expreso lo que sigue.

I.- Las normas acusadas y las disposiciones de la Carta supuestamente violadas.

Se acusan las disposiciones del artículo 8 de la Ley 1563 de 2012, el cual prevé la imposibilidad de que alguien pueda oficiar simultáneamente como árbitro en más de cinco tribunales arbitrales en los que intervenga una entidad pública o que ejerza funciones administrativas. Así mismo, se acusa el artículo 9, en cuanto consagró la prohibición de nombrar como secretario de un panel arbitral a alguien que tenga con uno de los árbitros relación contractual, subordinación, dependencia, como también el aparte en el que se obliga a que en los tribunales institucionales los secretarios sean escogidos obligatoriamente de la lista elaborada por los centros de arbitraje. Igualmente, se acusa la totalidad del artículo 15 de la citada ley, el cual consagra el deber de información para los árbitros y secretarios, de dar cuenta de sus diferentes relaciones con las partes y/o sus apoderados durante los dos últimos años anteriores a la designación del árbitro.

[1] La razón de tal denominación obedece a que el presidente de las Comisiones de asesores que integró el gobierno nacional para preparar el proyecto de la que luego se convirtió en la ley 1563 de 2012, fue el Rector de la Universidad Externado de Colombia, doctor Fernando Hinestrosa, quien a pesar de sus quebrantos físicos asumió con vigor esa que fue su última tarea como gran reformador de nuestras instituciones jurídicas.

Calle 12 | 7 este bloque A piso 2 | dprocesal@uexternado.edu.co
pbx (57-1) 342 9900 / 342 0288 ext. 1133 | www.uexternado.edu.co
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132 | Bogotá - Colombia

Según la demanda, las disposiciones acusadas transgreden los artículos 13, 25, 26 y 83 de la Carta Política, porque desconocen los derechos a la igualdad, el trabajo, la libertad de escoger profesión u oficio y la presunción de la buena fe.

II.- Respuestas a los cargos enrostrados a las disposiciones acusadas.

1.- Consideraciones iniciales

Empiezo por informar que desde hace casi 30 años he deambulado en numerosos tribunales arbitrales, bien como árbitro o como apoderado. No invoco conocimiento especial sobre la materia, sino simplemente la experiencia recogida durante tantos años de aproximación a este mecanismo alternativo de solución de conflictos, lo cual no me ha impedido ser crítico en donde hay que serlo.

Pongo igualmente en conocimiento de esta Corporación que por designación del Gobierno Nacional hice parte de una de las dos Comisiones integradas para preparar el proyecto del estatuto arbitral, concretamente la normatividad relacionada con el arbitraje nacional. Suministro esta información no con el propósito de invocar argumento alguno de autoridad, que no tengo y a la cual además no aspiro, para que quien lea estas notas identifique claramente el perfil y talante de quien las factura.

Desde esta perspectiva, antes de entrar al examen detallado de la constitucionalidad o no de cada una de las disposiciones demandadas, es preciso realizar unas consideraciones iniciales que resultan relevantes para todos los argumentos presentados en esta intervención. La cuestión que la demanda trae de presente no es otra que una tensión constitucional entre dos agrupaciones de derechos consagrados en la Carta.

A mi parecer el enfrentamiento se estructura en torno a las prohibiciones que la Ley demandada consagró en cabeza de los árbitros y secretarios al argumentar que dichos preceptos conducen a vulneraciones de los derechos al trabajo, igualdad, la libertad de escoger profesión u oficio y la presunción de la buena fe (artículos 13, 25, 26 y 83 C.P.). Por tanto, surge una tensión entre los derechos que permiten al profesional del derecho escoger la aparición reiterada en tribunales arbitrales como parte fundamental de su oficio y por otro lado, las normas encaminadas a proteger la adecuada administración de justicia, encuadradas en los artículos 29 y 229 de la Carta Política.

Desde su enunciación resulta evidente que dicha tensión constitucional debe resolverse a favor de la pulcritud en el sistema judicial, como valor fundante de nuestro ordenamiento constitucional, por los motivos que en adelante presento.

Calle 12 r | 7 este bloque A piso 2 | dprocesal@uexternado.edu.co
fax (57-1) 342 0600 / 342 0288 ext. 1133 | www.uexternado.edu.co
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132 | Bogotá - Colombia

En efecto, las normas demandadas establecen ciertas limitaciones al ejercicio del arbitraje, ya sea como secretarios o como árbitros, que la demandante interpreta como limitaciones injustas al derecho al trabajo entre otros, cuando realmente dichas restricciones se encuentran justificadas en la búsqueda de la imparcialidad en quienes administran justicia.

Lo anterior en cuanto la Carta Política, en su artículo 116, otorgó calidad de funcionarios judiciales a los árbitros al establecer:

> "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".

Como se deriva de esta disposición, el ordenamiento constitucional resolvió que los particulares que fungen como árbitros se encuentran temporalmente investidos de la función de administrar justicia y como tales se convierten en parte del aparato judicial. Consecuentemente, como lo ha aclarado el máximo Tribunal Constitucional: *"si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse en los términos que determine la ley"*.[2] Lo anterior en cuanto el arbitraje no se constituye como un régimen exceptivo de los principios fundamentales que deben regir la apropiada administración de justicia en nuestro ordenamiento jurídico.

Uno de dichos preceptos, que por supuesto debe reconocerse y materializarse en materia de justicia arbitral, es la imparcialidad de los árbitros. Frente a la imparcialidad como valor fundamental de cualquier ejercicio de administración de justicia, existe reiterada jurisprudencia internacional, por ejemplo los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en el Caso Paramana Iribarne contra Chile, sentó:

> *"La imparcialidad del Tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia.*
>
> *El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del Tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales".*[3]

---

[2] Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2011.
[3] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Paramana Iribarne vs. Chile (2005). Fundamentos jurídicos 146 y 147.

Calle 12 n. 7 este bloque A piso 2
fax (57-1) 342 9900 / 342 0288 ext. 1133
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132
dprocesal@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co
Bogotá - Colombia

El alcance de la jurisprudencia de tribunales internacionales ha sido recogido de igual manera por las Altas Cortes nacionales, en especial la Corporación que usted preside. En efecto, la Corte Constitucional en reiteradas providencias ha señalado claramente que:

> *"los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial están orientados a salvaguardar los principios esenciales de la administración de justicia, y se traducen en un derecho subjetivo de los ciudadanos en la medida que forman parte del debido proceso.* ***Los impedimentos y las recusaciones son los mecanismos previstos en el orden jurídico para garantizar el principio de imparcialidad del funcionario judicial.*** *Tienen su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución, y en los convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por el estado colombiano"* (Negrilla por fuera del texto original).[4]

Como se obtiene, los pronunciamientos de la Corte han puntualizado los elementos que permiten materializar el principio de imparcialidad y estos no son otros que los configurativos del régimen de impedimentos y recusaciones. Al respecto el Tribunal ha planteado:

> *"Los impedimentos constituyen un mecanismo procedimental dirigido a la protección de los principios esenciales de la administración de justicia: la independencia e imparcialidad del juez, que se traducen así mismo en un derecho subjetivo de los ciudadanos, pues una de las esferas esenciales del debido proceso, es la posibilidad del ciudadano de acudir ante un funcionario imparcial para resolver sus controversias. (Artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con diversas disposiciones contenidas en instrumentos de derechos humanos, tales como los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos)".*[5]

En este sentido, es clara la trascendental importancia que este Tribunal le ha otorgado a un régimen de impedimentos y recusaciones efectivo que permita -sin importar el tipo de juez que tomará la decisión- que el fallo sea ecuánime y no responda a la injerencia de presiones indebidas. Bajo esta enunciación, resulta incontrovertible que la normatividad demandada responde exclusivamente a la materialización del principio de imparcialidad judicial en el ámbito de la justicia arbitral, y siendo esta una expresión de la justicia estatal, debe regirse por los mismos principios universales. Por tanto, la consagración de ciertos elementos que permiten al régimen de inhabilidades y recusaciones, en el arbitraje, tener una mayor incidencia no es otra cosa que la culminación del principio de imparcialidad, indiscutiblemente atado al derecho fundamental del debido proceso.

---

[4] Corte Constitucional. Sentencia C-881 de 2011.
[5] Corte Constitucional. Sentencia T-176 de 2008.

Calle 12 1 7 este bloque A piso 2
PBX (57-1) 342 9900 / 342 0288 ext. 1133
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132
dprocesal@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co
Bogotá - Colombia

Por estos motivos, la tensión constitucional esbozada inicialmente debe resolverse a favor del derecho al debido proceso (art. 29 C.P.) y no del derecho al trabajo (art. 25 C.P.) y otros que supuestamente se ven afectados. Este planteamiento encuentra su fundamento en dos ideas principales, por un lado, la imparcialidad de los funcionarios judiciales como elemento esencial del derecho al debido proceso es superior al derecho al trabajo, y por el otro, las normas demandadas no conducen a ninguna afectación real del derecho fundamental al trabajo, como se ahondará a continuación.

En suma, es clara la tensión constitucional existente y la resolución que la Corte debe dar en este caso, atendiendo su propia jurisprudencia en la que siempre ha reconocido el esencial valor que tiene un régimen de impedimentos y recusaciones verdaderamente efectivo para el aparato judicial colombiano y para los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia en cabeza de la ciudadanía.

Desde esta perspectiva, al resolver la demanda planteada la Corte deberá realizar un test de proporcionalidad[6] en el que se enfrenten los derechos al trabajo y demás considerados vulnerados, con la imparcialidad judicial como componente nuclear del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Al estudiar el enfrentamiento entre ambos grupos de derechos es evidente que las limitaciones impuestas por la norma demandada son adecuadas para la consecución del fin perseguido, necesarias para lograr los propósitos planteados y proporcionales pues no existe un afectación real a otros derechos, como se demostrará a continuación.

Hechas las precedentes consideraciones, me ocupo de responder cada uno de los cargos a las disposiciones acusadas.

2.- En relación con el artículo 8 de la ley 1563 de 2012.

Conocedor, pues, de algunos sucesos de interés relacionados con el arbitraje, señalo que en relación con la prohibición del artículo 8 de la Ley, para que una persona no pueda ser árbitro en más de cinco tribunales arbitrales en los que intervenga una entidad estatal o quien ejerza funciones administrativas, no se trató de una forma improvisada, irracional y carente de proporcionalidad, ni tampoco de una disposición discriminatoria.

---

[6] Sentencia No. C-022 de 1996. *"El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado".*

Calle 12 1 7 este bloque A piso 2 | dprocesal@uexternado.edu.co
fax (57-1) 342 0900 / 342 0288 ext. 1133 | www.uexternado.edu.co
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132 | Bogotá - Colombia

En efecto, limitar la actividad de un árbitro o secretario en procesos arbitrales públicos, antes que una medida violatoria del principio de igualdad o de la libertad de escoger profesión u oficio, o limitante del derecho al trabajo, o lesiva de la presunción de la buena fe, es una medida sana que estaba en mora de adoptar nuestra legislación.

Que una persona no pueda oficiar ilimitadamente en procesos arbitrales como árbitro y secretario, tiene varios fundamentos y explicaciones plausibles.

En primer término, lo que busca la disposición acusada es garantizar que en los procesos arbitrales donde sean partes entidades públicas o ejerzan funciones administrativas, puedan intervenir el mayor número de profesionales, de manera que se erradique la costumbre de que solamente unos cuantos privilegiados puedan aproximarse a los mismos. Tal prescripción es no solo sana sino democrática. En efecto, restringir el número de arbitrajes estatales en los que puede actuar un árbitro o secretario, asegura que haya más posibilidades de trabajo para muchas otras personas, y en especial que haya más transparencia.

El argumento de la demandante es si no contradictorio, al menos confuso. Acusa la norma de violar varios principios tutelares de nuestra Carta Política, pero no advierte que, por el contrario, imponer restricciones a quienes tienen tomado el mercado del arbitraje en materia de contratación estatal, no sólo constituye un factor de pulcritud, sino de apertura a todos los que estén en condiciones de acceder a esas responsabilidades.

Con la óptica bajo la cual la actora enjuicia la restricción impuesta en el artículo 8 de la Ley, lo que terminaría ocurriendo es que menos profesionales del derecho puedan competir con quienes ya han colonizado el arbitraje en el que intervienen entidades públicas o que ejercen funciones administrativas.

¿Cuál la razón para que la disposición acusada, hubiese impuesto la restricción solamente para los árbitros o secretarios que actúen en tribunales estatales, que en opinión de la demandante desconoce varios artículos de la Carta Política? Es tan elemental como explicable. En los arbitrajes donde intervienen como partes entes públicos, se ventilan intereses igualmente públicos, al mismo tiempo que los gastos de funcionamiento y los honorarios de los árbitros y el secretario, son sufragados parcialmente con cargo a recursos del erario estatal.

Si lo público pertenece a todos y a ninguno en particular, a no dudarlo, ello supone que no solamente en los arbitrajes estatales deban intervenir quienes tienen tomado el mercado arbitral, por llamarlo de alguna manera, sino todos los profesionales que estén capacidad de hacerlo. No habría razón ética alguna, para mantener un sistema que privilegie a unos

Calle 12 1 7 este bloque A piso 2 | dprocesal@uexternado.edu.co
Fax (57-1) 342 9900 / 342 0288 ext. 1133 | www.uexternado.edu.co
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132 | Bogotá - Colombia

pocos, que es en lo que se traduce el no imponer restricciones para que un árbitro o secretario pueda serlo simultáneamente en más de cinco tribunales.

No violan los apartes acusados del artículo 8 de la Ley, ninguno de los preceptos de la Carta Política, porque la restricción impuesta es razonada, tiene un fundamento ético y justificado, inspirado en la necesidad de democratizar el arbitraje, de manera que a él accedan como árbitros y secretarios el mayor número posible de ciudadanos en capacidad de hacerlo.

Igualmente, la disposición deviene justificada porque también apunta a asegurar la transparencia que se consigue lejos de las camarillas y los conciliábulos, que es imposible negarlo, han crecido en torno a este mecanismo alternativo de solución de controversias.

La norma acusada no viola el principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política, pues al prohibir la simultaneidad de árbitros y secretarios en más de cinco tribunales estatales, tienen más posibilidad aquellos que están excluidos de ese oficio, de llegar a ser ocupados en el mismo. El artículo acusado propiciará igualdad, antes que generar la supuesta desigualdad que censura la demandante.

Tampoco se configura vulneración alguna al derecho al trabajo protegido en el artículo 25 de la Constitución Política, porque como lo advierte la misma demanda, el legislador tiene libertad de configuración normativa para imponer requisitos y condiciones para el desempeño de una función pública, como lo es ser árbitro o secretario en un proceso arbitral. Mal puede violarse el derecho al trabajo por prohibir la simultaneidad, cuando esos árbitros y secretarios que no pueden actuar en más de cinco tribunales estatales, en todo caso, pueden desempeñarse en otros oficios, como el de ejercer la profesión como litigantes, asesores, etc.

Del mismo modo, la simultaneidad no viola la libertad de profesión u oficio estatuida en el artículo 26 de la Constitución, como erradamente lo propone en el libelo, porque antes que árbitro y secretario una persona es abogada, y en esa condición puede ejercer su profesión en las demás actividades inherentes a la misma. Menos puede conculcarse la libertad de escoger profesión u oficio, porque no puede confundirse un requisito o condición para ejercer una tarea, cuya consagración es absolutamente lícita, con una prohibición arbitraria para optar por ser abogado, que es la profesión.

En efecto, la profesión que se ejerce por quienes actúan como árbitros o secretarios es la de abogado, no la de árbitro o secretario, actividades que en sí misma no constituyen profesiones, sino apenas una de las tantas tareas que le son dables ejercer a quienes se han hecho abogados. El Estado a través de las diferentes universidades confiere títulos de abogados, porque esa es la profesión u oficio, y no de árbitros o secretarios.

Calle 12 1 7 este bloque A piso 2 dprocesal@uexternado.edu.co
Pbx (57-1) 342 0000 / 342 0288 ext. 1133 www.uexternado.edu.co
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132 Bogotá - Colombia

Así como no todos los abogados pueden llegar a ser Magistrados de las altas Cortes, o Ministros, apenas egresan de las facultades de derecho, porque la ley ha impuesto condiciones plausibles para acceder a esas dignidades, tampoco todos los profesionales del derecho han de tener la posibilidad de ejercer ilimitadamente como árbitros y secretarios, porque además lo que también persigue la norma acusada es que los tribunales arbitrales sean conducidos por profesionales que estén dedicados con exclusividad al manejo de un número de procesos que les permita ocuparse con preferencia, competencia y rapidez de los litigios que se les encomiendan, de manera que puedan ser al mismo tiempo árbitros, abogados litigantes, asesores, y a pesar de todas esas ocupaciones, garantizar que administrarán pronta y eficaz justicia.

Tampoco viola la disposición demandada el artículo 83 de la Constitución, el cual consagra la presunción de buena fe, porque prohibir a un árbitro o a un secretario que no actúe simultáneamente en más de cinco tribunales arbitrales estatales, no supone censura o sospecha respecto de las calidades o ejecutorias del profesional. La acusación es contradictoria, porque mal puede endilgársele a una disposición que permite a alguien ser árbitro o secretario con tal de que no sea en más de cinco tribunales estatales, que alberga sospechas en relación con esa persona que lleguen hasta desconocer la presunción de buena fe.

Es por lo anterior, y teniendo en cuenta la razón de ser de la disposición normativa demandada, que propende por la realización de un fin superior como lo es la salvaguarda del interés público, que solicito a la Honorable Corte declarar constitucional el aparte demandado.

Ahora bien, el alegato de inconstitucionalidad en cuanto supone que la prohibición del artículo 8 de la Ley deviene inconstitucional porque solamente cobijó los tribunales donde intervengan como partes entidades públicas o quienes ejerzan funciones administrativas, de resultar próspero no tendría por qué aniquilar por completo la prohibición, sino solamente la restricción de la misma a esos tribunales. Es decir, en el peor de los casos, si la decisión de la Corte fuere la de abrirle camino a la inexequibilidad, ella debería ser solo parcial para suprimir del artículo 8 el aparte en el que se indica que la restricción opera en aquellos tribunales "*en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a esta*", con lo cual la prohibición se predicaría para cualquier tribunal arbitral, sea estatal o privado. De manera que, si lo que censura la demanda es la supuesta discriminación, pues en vez de declarar inexequible la

Calle 12 1 7 este bloque A piso 2 | dprocesal@uexternado.edu.co
pbx (57-1) 342 0600 / 342 0288 ext. 1133 | www.uexternado.edu.co
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132 | Bogotá - Colombia

totalidad de la disposición, bastaría retirarla del ordenamiento jurídico, para que ningún árbitro o secretario pueda actuar simultáneamente en más de cinco tribunales, con total independencia de si son públicos o privados.

En conclusión, esta primera medida impugnada persigue el fin de erradicar el monopolio existente en el ejercicio de los arbitrajes estatales, para asegurar que la repetición sistemática de los mismos actores no conduzca al demérito de la imparcialidad judicial que se debe predicar de este y de todo tipo de justicia. Para conseguir tal fin, la medida resulta adecuada pues impone límites a las ocasiones en que estos sujetos puedan actuar en el escenario discutido. Por otro lado, la limitación numérica que impone la norma es también necesaria pues no existe otro medio, más que la prohibición legal, de impedir que estos profesionales del derecho actúen repetidamente en los tribunales de arbitraje probablemente incurriendo en conflictos de interés, y así lo ha demostrado la experiencia.

Finalmente, la medida también es proporcional pues no proscribe totalmente la posibilidad de actuación en un tribunal arbitral sino que limita dicha aparición a cinco ocasiones, situación en la que, en todo caso, las personas podrán obtener las sustanciosos remuneraciones que se derivan de este oficio, multiplicado ello por cinco, independientemente de las muchas otras actividades que podrán ejercer como profesionales del derecho.

3.- En cuanto al artículo 9 de la ley 1563 de 2012.

La demanda censura dos apartes de esta misma disposición. En primer lugar, la relacionada con la previsión de que entre árbitro y secretario no debe existir "*relación contractual, de subordinación o dependencia de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad*"; en segundo término, la obligación para que los árbitros solamente puedan escoger como secretario de un tribunal a quien haga parte de "*la lista del centro en el que se adelante el procedimiento arbitral*".

En lo que tiene que ver con la primera parte de la acusación, no se ve de qué manera pueda la disposición puede violar los artículos 13, 25, 26 y 83, al establecer una norma de un insustituible valor ético, consistente en erradicar el clientelismo y el nepotismo, formas todas de corrupción en la administración pública, que contravienen su transparencia y eficacia.

Calle 12 d 7 este bloque A piso 2
fax (57-1) 342 9900 / 342 0288 ext. 1133
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132
dprocesal@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co
Bogotá - Colombia

Como se enunció previamente, la demanda olvida que quien es árbitro no desempeña una actividad privada sino una función pública, que no porque ejerzan particulares ha de manejarse bajo la lente exclusiva de la empresa. Tal actitud deteriora y corrompe el arbitraje, y deviene notoriamente desigual, porque mientras a un juez le está prohibido nombrar como su secretario a personas con las que tenga parentesco o relaciones cercanísimas, a un árbitro que es también transitoriamente un juez, si le estaría permitido.

El razonamiento según el cual al árbitro hay que permitirle que designe como árbitro a quien le tenga confianza, propicia el amiguismo, la camarilla y el nefasto nepotismo, males que precisamente son los que pretende erradicar la disposición acusada. Una función pública desempeñada por los conciliábulos, atenta contra el sentido democrático de un Estado que aspira a ser de Derecho.

En consecuencia, solicito se declare ajustada a la Carta Política el aparte de la norma que le impone al árbitro la prohibición de nombrar como secretario a aquella persona con la que le unan diferentes vínculos de dependencia.

Esto en cuanto el primer aparte de la norma, el cual está encaminado a eliminar aquellas prácticas que se han instaurado como regla en el arbitraje, en el que se nombran secretarios por su relación de cercanía con los árbitros y no por las capacidades que tengan o no para adelantar sus labores en aquellos despachos convertidos en tales por la asignación temporal de funciones jurisdiccionales. Por estos motivos, la norma demandada resulta más que adecuada, necesaria, pues no existe otro medio para lograr el fin expuesto. Finalmente, la medida es proporcional pues no implica la prohibición absoluta de una persona para actuar como secretario sino sólo en aquellos casos contemplados en la norma, quedando habilitados para muchos otros supuestos en los que sí podrá actuar como tal.

En lo que respecta al otro cargo que se hace al artículo 9 de la ley 1563 de 2012, en cuanto impone a los árbitros el deber de designar en los tribunales institucionales como secretarios a quienes hagan parte de la lista del centro de arbitraje, considero que es inconstitucional en cuanto se delega en los centros de arbitraje la definición de los requisitos, calidades y condiciones para ejercer una función pública, como lo es el oficio de secretario, función que está reservada al legislador al tenor de lo previsto en el artículo 26 de la Carta Política.

En efecto, reza la citada norma de la Constitución que *"las autoridades competentes, inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones"*, disposición transgredida por la disposición acusada, pues en últimas se atribuye función de autoridad competente a los centros de arbitraje para inspeccionar y vigilar el modo de ejercer las secretarías de los

Calle 12 nº 7 este bloque A piso 2
PBX (57-1) 342 9900 / 342 0288 ext. 1133
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132
dprocesal@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co
Bogotá - Colombia

tribunales, en cuanto serán ellos quienes definirán quiénes ingresan a la lista de los mismos, con cuáles requisitos, cómo han de permanecer en el mismo, cuándo pueden ser excluidos, decisiones todas que tienen que ver con la inspección y vigilancia de una profesión, están reservadas a las autoridades competentes.

Ningún centro de arbitraje es autoridad, menos ejerce función pública, como lo decidió la Corte Constitucional en su sentencia C-1038 de 2002, de manera que al tenor del artículo 26 de la Carta Política, es errado atribuirle la función de inspeccionar y vigilar los desempeños de los secretarios, que es en verdad lo que termina haciéndose cuando en la norma acusada se prevé que los árbitros solamente podrán designar a quien figure como inscrito en una lista de secretarios.

La norma acusada contiene una desigualdad respecto de los secretarios, porque mientras para ser árbitro no se requiere estar inscrito en ninguna lista de un centro de arbitraje, por el contrario, para ser secretario en un arbitraje institucional, es preciso hacer parte de una lista configurada a su amaño y con sus peculiares requisitos por los centros de arbitraje. Bajo esa perspectiva, no hay duda de que se desconoce el artículo 13 de la Carta Política, y, por tanto, ha de declararse inexequible este aparte de la disposición.

El aparte de la disposición acusada además de odiosa jamás fue considerada y discutida en el seno de la Comisión Asesora del Gobierno Nacional para la expedición de la Ley 1563 de 2012, porque fue introducida a última hora, sin que el suscrito pueda saber si fue por el Gobierno o por la Comisión de Conciliación, o ambos, o por las manos siempre misteriosas que rondan en los seguros pasillos del Congreso.

Por último, este aparte de la norma demandada parece esconder un fin benévolo pero realmente está encaminada a asegurar un mayor poder de nominación a cargo de unas entidades, que ni por Ley ni por Constitución, tienen las potestades para hacerlo. En efecto, aunque pareciera más *'justo'* que los secretarios fuesen nombrados sólo a partir de la lista del correspondiente centro de arbitraje, como si ello implicara una designación desinteresada y al azar, lo que realmente se esconde tras este aparte de la norma es una asignación irregular de funciones a los centros de arbitraje. Por estos motivos, la Corte deberá declarar la inexequibilidad del segundo aparte del artículo 9º de la Ley 1563 de 2012.

4.- En cuanto al artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

La demanda cuestiona la totalidad del artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, ~~la~~ el cual impone a árbitros y secretarios tanto al aceptar como en cualquier momento del proceso,

Calle 12 n° 7 este bloque A piso 2
fax (57-1) 342 0900 / 342 0288 ext. 1133
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132
dprocesal@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co
Bogotá - Colombia

el deber de informar a las partes sobre sus relaciones de cualquier orden con las partes y apoderados durante los dos últimos años anteriores a la designación.

Al rompe se advierte que no le asiste razón a la demanda, porque la disposición atacada no viola ningún artículo de la Carta Política, en particular el 13, 25, 26 y 83, y, por el contrario, es tal vez una de las normas que hacían falta en el estatuto arbitral, para evitar el estado de cosas desagradables que se han presentado en procesos arbitrales.

La comparación bajo la cual se teje la argumentación de la demanda, en el sentido de que la disposición controvertida viola el principio de igualdad, porque a los servidores públicos en general y a los jueces en particular no se les exige la misma obligación que se impone a árbitros y secretarios, es del todo inexacta y desafortunada. En efecto, a los servidores públicos y jueces se les impone al tomar posesión formal de sus cargos que juren cumplir la Constitución y la ley, lo cual supone que prometan que no ejercerán sus cargos en presencia de conflictos de intereses o circunstancias que enturbien la neutralidad e imparcialidad. Por esa razón, si luego en el desempeño de sus funciones un servidor o un juez terminan conociendo y decidiendo un asunto en el que tenga intereses un pariente o un socio, es decir que no se declare impedido, puede ser objeto de sanciones disciplinarias, penales y hasta patrimoniales.

Imponerle a un árbitro o un secretario el deber de información que en buena hora consagró el artículo 15 de la ley 1563 de 2012, busca transparencia y rectitud tanto en cada uno de ellos, como en el funcionamiento del respectivo tribunal para el que presten sus tareas. No es un secreto que en el arbitraje ha crecido una camarilla de compadrazgos y privilegiados, que han montado una verdadera empresa rica y poderosa en los conflictos de intereses, y a pesar de ello, nadie lo advierte o quien lo hace no se atreve a criticarlo, y así, todos a una como en Fuenteovejuna, ofician unas veces de contrapartes, otras de árbitros, más tarde unos de partes y otros de árbitros o secretarios, luego como asesores de diferentes partes y alguno sentado como su juez; en fin, un pernicioso carrusel que ha proliferado en todos los arbitrajes, pero principalmente en los estatales, comprometiendo la transparencia y el buen nombre de esta institución.

No se piense que, en mi caso, son nuevas las precedentes reflexiones, porque las he ventilado públicamente en foros y artículos, como el publicado en la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, intitulado "EL SOFÁ DEL ARBITRAJE". En este artículo, desde entonces sostuve:

> *"de la noche a la mañana la lista de árbitros de muchos centros de arbitraje, inclusive de algunas cámaras de comercio, parecen ser directorios políticos, o expresiones de un* ***"clientelismo arbitral"****. Los ex funcionarios de cada Gobierno escampan cómodamente en*

Calle 12 n. 7 este bloque A piso 2
PBX (57-1) 342 9900 / 342 0288 ext. 1133
telefax (57-1) 342 0286 ext. 1132
dprocesal@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co
Bogotá - Colombia

esas listas, y a la manera de los cocodrilos que permanecen largas horas con sus fauces abiertas a la espera de que algo caiga, aguardan pacientemente que un buen día les caiga también un arbitraje, que además de mantenerlos vigentes en una profesión que han ejercido poco, les permita reportar jugosas remuneraciones. No hay duda de que la forma como se integran en los últimos años las listas de los centros de arbitraje es algo más que caprichosa, pues excepcionalmente figuran en ellas verdaderos juristas, con merecimientos propios, o con prestigios construidos en el litigio, la docencia o en el ejercicio de la magistratura

(...)

Cierto es que cuando las partes no designan de común acuerdo a los árbitros que han de dirimir la controversia, los Centros de Arbitraje acuden a un mecanismo de sorteo, que aparentemente es transparente, pero que por sus resultados deja mucho que desear. En muchas ocasiones he estado tentado a sugerirle a uno que otro de los árbitros premiados por los geniales computadores de ciertos centros de arbitraje, que aprovechen su suerte en el Baloto o en loterías semejantes, porque en verdad asombra que en una misma sesión puedan resultar escogidos para dos o más casos. Por supuesto, sin duda lo más censurable de estos sorteos de árbitros se presenta en la conformación del universo de posibles personas a designar, conformado de forma tan arbitraria como silenciosa, de manera que el usuario nunca tiene cómo controvertir si están todos lo que son, o si son todos los que están.

(...)

En el mismo orden de ideas, un mal que está atacando de raíz los tribunales arbitrales, es el hecho afrentoso de que muchos árbitros aceptan sus encargos en presencia de causales inocultables de impedimentos y recusación, no sólo por razones de amistad íntima sino también de enemistad grave con algunos sujetos procesales, las cuales se pretenden disipar con la frágil justificación de que si las partes nada dicen, el problema queda allanado y resuelto"[7].

Por razones como las precedentes, era más que necesario el artículo 15 de la ley 1563 de 2012, de manera que nada hay que censurarle, tanto más cuanto que se aviene a la Carta Política.

En efecto, contrario a lo que propone la demanda, no es igual un juez o servidor público a quien se desempeña como árbitro, así se parezcan en cuanto todos ejercen una función pública. El juez o el servidor público ha de estar ajeno a los negocios particulares, al oficio

[7] Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Bejarano Guzmán, Ramiro. Volumen No. 30. 2004. Bogotá.

Calle 12 n[7 este bloque A piso 2
Pbx (57-1) 342 9900 / 342 0288 ext. 1133
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132
dprocesal@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co
Bogotá - Colombia

de representar intereses ajenos, a la actividad mercantil y en general a aquellas que persiguen el lucro, porque todas ellas devienen incompatibles con su investidura; en cambio el árbitro si bien es abogado se mueve precisamente en el mundo de los negocios, lo suyo es el ajetreo de los pleitos a los que se asoma como vocero de intereses en contienda, y a su desempeño profesional no le deslucen escenarios impensables en quien viste la toga del juez.

No siendo iguales las procedencias del juez o servidor público y del árbitro, la ley no podía cerrar los ojos a esa situación y por ello era necesario definir responsabilidades diferentes para ellos de manera de obligar a esa árbitro a revelar muchas de sus relaciones que si bien son lícitas han de quedar al descubierto cuando se trata de asumir la función pública de administrar justicia transitoriamente. Distinto tiene que ser el tratamiento a quien es juez, porque éste por razón de su oficio ha de estar al margen de los negocios e intereses que circundan la vida del abogado que eventualmente es designado árbitro en un pleito. Un juez no anda metido en negocios, actividades mercantiles o agenciando intereses contrapuestos, como si le ocurre a un árbitro, y he allí la razón plausible para que el legislador hubiese considerado necesario imponerle el deber de información de ilustrar a las partes sobre todas sus relaciones con ellas y/o sus apoderados, precisamente para garantizar una justicia transparente y recta.

El derogado Estatuto Arbitral –Decreto 1818 de 1998 – si algo tenía mal regulado, era precisamente el tema de los impedimentos y recusaciones para árbitros y secretarios, que en veces resultaba insuficiente para concebir los eventos en los que los árbitros debían declararse incompetentes para conocer de un determinado asunto. En efecto, tales causales estaban diseñadas para quienes eran jueces permanentes, no para quienes obraban como árbitros transitorios, y por ello resultaba insuficiente esa regulación.

Precisamente para que esas causales de impedimentos y recusación de los árbitros y secretarios no cayeran en el vacío, el nuevo estatuto arbitral no sólo las amplió a situaciones no predicables de los jueces del Estado, sino que además les impuso el deber de información al momento de aceptar y durante el curso del proceso.

Se trata, pues, de una garantía a la buena justicia, que es aquella que se administra a la manera de la diosa Temis, con los ojos vendados, para que sea imparcial, neutral, dura pero equilibrada.

Así las cosas, la norma acusada, antes que propiciar la desigualdad que se censura con precario apoyo del artículo 13 de la Carta Política, lo que busca es la igualdad, en cuanto

Calle 12 n[illegible] 7 este bloque A piso 2
Pbx (57-1) 342 9900 / 342 0288 ext. 1133
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132
dprocesal@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co
Bogotá - Colombia

crea un escenario donde el particular que oficie como árbitro o secretario, asegure a la sociedad que ninguna de sus actividades personales, que no se configuran en los jueces, será desconocida por las partes y/o sus apoderados, porque han de ser puestas de presente sin ambages.

De manera que, así como no existe duda respecto de un juez del Estado, tampoco la haya sobre un secretario o un árbitro, este último, que aunque detenta similares condiciones a las de un juez de la República, tiene especiales calidades a las que ya he hecho referencia.

Tampoco viola la disposición demandada el artículo 25 de la Constitución, porque imponer a árbitros y secretarios una exigencia en aras de la moralidad, no puede considerarse una dificultad para ejercer un oficio, por lo demás, transitorio. Lo contrario podría conducir al imposible moral de que a un árbitro o secretario puedan aceptar sus encargos ocultándoles a las partes y apoderados las diferentes relaciones que las partes y/o sus apoderados tienen derecho a conocer. Si esa fórmula llegare a salir triunfante, sería el derrumbe moral del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Lo mismo puede decirse respecto del cargo de supuesta violación del artículo 26 de la Carta Política, por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, puesto que ésta disposición, no impide el libre ejercicio de la profesión de abogado, ni los oficios de abogados o árbitros, sino que les impone un deber de revelar todas sus relaciones con partes y/o sus apoderados durante los dos últimos años, como elemental requisito para asegurar la moralidad de las decisiones que han de adoptar.

Tampoco se conculca el principio de la presunción de la buena fe previsto en el artículo 83 de la Carta Política, al imponer a árbitros y secretarios el deber de informar al aceptar o durante el curso del proceso, las relaciones sostenidas con las partes y/o sus apoderados. Este deber no parte del supuesto de que todo árbitro o secretario se encuentra en situación de sospecha, como lo supone la demanda, sino que precisamente como estos vienen de un mundo diferente del ordinario y sencillo en el que se desenvuelve un juez del Estado, es preciso garantizarles a las partes enfrentadas en el proceso arbitral, que cualquier detalle que deban conocer sobre las relaciones de sus jueces temporales, de todas maneras van a tener oportunidad de enterarse de los mismos, para tomar las determinaciones que a bien tengan.

En efecto, la norma acusada no está diseñada para que toda información que revele un árbitro o secretario suscite su desvinculación del proceso, sino sólo aquellas que en opinión de las partes y/o sus apoderados ameriten preocupación, y siempre que los demás árbitros consideren conveniente la marginación del árbitro o secretario. Lo anterior

Calle 12 n. 7 este bloque A piso 2
conm (57-1) 342 9900 / 342 0288 ext. 1133
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132
dprocesal@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co
Bogotá - Colombia

con fundamento en que el descubrir algo, pueda resultar incómodo para alguno de los sujetos procesales.

Como se ve, puede ocurrir que si un árbitro o secretario al cumplir con el deber de información suministra un detalle o circunstancia que no suscita reparos de las partes y/o sus apoderados, pueda continuar desempeñando su tarea. Es decir, en este caso se cumplió el deber de información pero no hubo tacha alguna al árbitro o secretario.

Por lo demás, es preciso advertir algo que parece que en la demanda se desconoce o se soslaya, y que es preciso no perder de vista. El deber de información no es igual a las causales de impedimentos y recusaciones, pues el primero es una obligación de información general que en sí misma no provoca el retiro de quien lo cumple; mientras que las causales de impedimentos y recusaciones están fundadas en hechos objetivos sustentados, al decir de Matirollo, en el amor propio, la amistad, la animadversión y el interés. Así lo ha entendido la disposición acusada, al prever que el deber de información no es per se motivo de impedimento o recusación. En efecto, solamente cuando durante el curso del proceso se establezca que un árbitro o secretario omitieron información que debieron suministrar al aceptar sus designaciones, tal omisión se convierte en causal de impedimento y recusación, pero por virtud del incumplimiento de un deber concebido para garantizarle a las partes el suficientemente conocimiento de quienes han de ser sus jueces o secretarios en un conflicto arbitral.

Finalmente, es importante señalar que la medida es absolutamente proporcionada pues, en caso de que algunos de los actores involucrados tengan algún interés que crea que debe ventilar, el único deber que tiene es manifestarlo ante el tribunal sin que ello necesariamente conduzca a la imposición de una sanción. En muchos casos podrá simplemente alimentar el ambiente de pulcritud que debe acompañar cualquier ejercicio de impartición de justicia, por tanto no implica ninguna medida desproporcionada y se encuentra amparada por el ordenamiento constitucional.

PRUEBAS.

Con el fin de poner de presente ante su despacho la manera en que se han repetido sistemáticamente algunos profesionales del derecho, incluidos los expertos en la contratación estatal, fungiendo como árbitros o secretarios en diversos procesos arbitrales, demostrando que los argumentos presentados en esta intervención encuentran sustento material en la forma en que se ha conducido estos oficios en la última década en nuestro país, considero pertinente proponerle al Honorable Magistrado sustanciador que de estimarlo conveniente, decrete como pruebas las siguientes:

Calle 12 nº 1 este bloque A piso 2
Pbx (57-1) 342 9900 / 342 0288 ext. 1133
telefax (57-1) 342 0288 ext. 1132
dprocesal@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co
Bogotá - Colombia

1.- Librar oficio al Instituto Nacional de Concesiones (INCO) para que con destino a este proceso informe los nombres de todos los profesionales del derecho que se han desempeñado como árbitros y secretarios en los diferentes tribunales arbitrales que ha enfrentado la entidad, a partir del año 2000 y hasta la fecha de la respuesta.

2.- Librar oficio al Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, para que informe los nombres de los profesionales del derecho que han oficiado como árbitros y secretarios en los diferentes tribunales arbitrales administrados en ese centro en los que hayan intervenido entidades públicas o que ejerzan funciones administrativas, a partir del año 2000 y hasta el momento de la respuesta.

PETICIÓN

Por las razones que dejo expuestas solicito se declaren exequibles las disposiciones acusadas, con excepción del aparte del artículo 9 de la Ley 1563 de 2012, en cuanto prevé que ***"El secretario deberá ser escogido de la lista del centro en la que se adelante el procedimiento arbitral"***, el cual en mi criterio resulta contrario a la Carta Política.

De manera subsidiaria, si la Corte encuentra que existe un problema de igualdad en el aparte del artículo 8º en el cual se establece que la prohibición sólo aplicará para tribunales arbitrales en los que intervengan como parte entidades estatales o que ejerzan funciones administrativas, solicito que se declare inexequible dicho aparte y por tanto cobre vigencia esa limitación para todos los tribunales sean de carácter privado o público.

NOTIFICACIONES.

Recibiré notificaciones en el Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, ubicada en la calle 12 No 1 – 17 Este Bloque A Piso 2 Oficina 206, teléfono 3419900, extensión 1131; o en mi oficina particular localizada en la carrera 7A No 69 – 67 Piso 2, teléfonos PBX 3123170, FAX 3123859, ambas direcciones en Bogotá.

De los Señores Magistrados,

RAMIRO BEJARANO GUZMÁN

C.C. No 14. 872. 948 de Buga.