

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**CORTE CONSTITUCIONAL**  
**Sala Plena**

**SENTENCIA C-1038 de 2002**

**REF: Expediente D-4066**

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998; contra el artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, y cuyos numerales 3° y 4° fueron modificados por el artículo 119 de la Ley 446 de 1998; y contra los artículos 119, 121 y 122 de la Ley 446 de 1998.

**Actor:**

Andrés Felipe Ospina

**Magistrado Ponente:**

**EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT**

Bogotá D.C, veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Andrés Felipe Ospina presenta demanda contra el artículo 13 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley

446 de 1998; contra el artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, y cuyos numerales 3° y 4° fueron modificados por el artículo 119 de la Ley 446 de 1998; y contra los artículos 119, 121 y 122 de la Ley 446 de 1998. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

## II. DEL TEXTO OBJETO DE REVISIÓN.

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones acusadas y se subraya lo demandado. Así, las normas demandadas del decreto 2651 de 1991 preceptúan:

### ***"DECRETO No. 2651 DE 1991 (NOVIEMBRE 25)***

*"Por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar los despachos judiciales.*

*El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el aparte e) del artículo transitorio 5o. de la Constitución Política, y surtido el trámite ante la Comisión Especial Legislativa, sin que hubiere lugar a improbación,*

**DECRETA:**

(...)

***Artículo 13.*** *( adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998).- La solicitud de convocatoria deberá reunir todos los requisitos exigidos por la ley para la demanda y se dirigirá al centro de arbitraje indicado en el numeral 1o. del artículo 15 de este decreto*

(...)

***Artículo 15*** *(adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998)- Para la integración del Tribunal de Arbitramento se procederá así:*

***1.*** *La solicitud de convocatoria se dirigirá por cualquiera de las partes o por ambas al centro de arbitraje acordado y a falta de éste a uno del lugar del domicilio de la otra parte, y si fuere ésta plural o tuviere*

varios domicilios al de cualquiera de ellos a elección de quien convoca el tribunal. Si el centro de conciliación rechaza la solicitud, el Ministerio de Justicia indicará a qué centro le corresponde.

2. Si las partes han acordado quiénes serán los árbitros pero no consta su aceptación, el director del centro los citará personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncie; el silencio se entenderá como rechazo.

3 (Modificado por el artículo 119 de la Ley 446 de 1998). Si se ha delegado la designación, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco (5) días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación se procederá como se indica en el numeral anterior, en caso contrario el Centro designará los árbitros

4 (Modificado por el artículo 119 de la Ley 446 de 1998). En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el Centro las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. El Centro hará las designaciones que no hagan las partes

5 Antes de la instalación del tribunal las partes de común acuerdo pueden reemplazar total o parcialmente a los árbitros.

6 De la misma forma prevista en este artículo se procederá siempre que sea necesario designar un reemplazo."

Por su parte, los artículos acusados de la Ley 446 de 1998 establecen:

"Artículo 119. Los numerales 3 y 4 del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, quedarán así:

"3. Si se ha delegado la designación, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco (5) días haga la designación; el silencio se entenderá como rechazo. Si se hace la designación se procederá como se indica en el numeral anterior, en caso contrario el Centro designará los árbitros.

4. En caso de no aceptación o si las partes no han nombrado, el Centro las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. El Centro hará las designaciones que no hagan las partes".

(...)

*Artículo 121. Trámite inicial. Previo a la instalación del tribunal de arbitramento, se procederá así:*

*1. Se surtirá el trámite previsto en los artículos 428 y 430 del Código de Procedimiento Civil.*

*2. Una vez señalada fecha para la audiencia de conciliación de que trata el numeral anterior, ésta se celebrará de conformidad con lo previsto en el parágrafo primero del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil.*

*En este proceso cabe la reconvencción y no proceden las excepciones previas.*

*Parágrafo. Estos trámites deberán surtirse ante el Director del Centro de Arbitraje, sin perjuicio de que pueda delegar estas funciones.*

*Artículo 122. Instalación del tribunal. Para la instalación del tribunal se procederá así:*

*1. Una vez cumplidos todos los trámites para la instalación del Tribunal e integrado éste y fracasada la conciliación a que se refiere el artículo anterior de la presente ley, o si ésta fuere parcial, el Centro de Arbitraje fijará fecha y hora para su instalación, que se notificará a los árbitros y a las partes, salvo que éstos hubieren sido notificados por estrados.*

*2. Si alguno de los árbitros no concurre, allí mismo se procederá a su reemplazo en la forma prevista en el numeral 6 del artículo 15 del decreto 2651 de 1991.*

*3. El Director del Centro entregará a los árbitros la actuación surtida hasta ese momento.*

*4. La objeción a la fijación de honorarios y gastos deberá formularse mediante recurso de reposición, que se resolverá allí mismo”.*

### **III. LA DEMANDA.**

El actor considera que las disposiciones demandadas violan el artículo 116 de la Constitución. El demandante explica que, conforme a esas normas, existe una fase en el proceso arbitral, llamada la “*etapa prearbitral*”, que es desarrollada básicamente por el Centro de Arbitraje, pues el Decreto 2651 de 1991 le confió a estos centros la organización de toda esta fase. Ante dichos centros deben las partes interesadas presentar la solicitud de convocatoria para que el tribunal sea integrado. El centro, explica el actor, da traslado de la demanda y recibe su contestación, así como las excepciones previas o de mérito y la contrademanda, si la hubiere. Igualmente el centro lleva a cabo la audiencia pre-arbitral. El demandante concluye entonces que el centro de conciliación, al adelantar esa fase prearbitral, desarrolla funciones judiciales, sin ser un árbitro designado por las partes, con lo cual viola el artículo 116 de

la Carta, que sólo permite que los particulares administren justicia como árbitros o conciliadores. Para sustentar su argumento, el actor cita el auto del 7 de diciembre de 2000, de la Sección Primera del Consejo de Estado, que señala que las funciones que cumplen los centros de arbitraje en esa etapa prearbitral son de naturaleza judicial.

#### **IV- INTERVENCIONES**

##### **1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.**

El ciudadano José Camilo Guzmán Santos, actuando como apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho, interviene en el proceso para oponerse a las pretensiones de la demanda. El interviniente comienza por precisar que en este caso ha operado la cosa juzgada en relación con los artículos 13 y 15 del decreto 2651 de 1991 pues esas normas ya fueron declaradas exequibles por la sentencia C-592 de 1992, con excepción de los numerales 3° y 4° del artículo 15, pues su contenido fue modificado por la Ley 446 de 1998. Por ello solicita que la Corte se esté a lo resuelto en la citada sentencia.

Luego el ciudadano examina los mencionados numerales 3° y 4° del artículo 15 del decreto 2651 de 1991 y concluye que son constitucionales, pues contienen tres formas de designación de árbitros que “*se adecuan a la filosofía del instituto del arbitramento*” ya que garantizan las tres características esenciales de dicho mecanismo: voluntariedad, temporalidad y excepcionalidad. Según su parecer, la delegación a un tercero para que escoja los árbitros o la designación directa de los árbitros en audiencia por las partes son formas legítimas de escoger los árbitros. E igualmente considera que no se opone al principio de voluntariedad que el Centro de Arbitraje designe a los árbitros, cuando el tercero delegado por las partes rechace la solicitud o no realice la designación encomendada, pues se entiende que el Centro debe contar con la aprobación de las partes, a fin de respetar el principio de voluntariedad y de autonomía que debe inspirar el arbitramento. Y por ello solicita a la Corte que declare la constitucionalidad de esos numerales, en el entendido de que cuando el Centro de Arbitraje designe a los árbitros, deberá contar con la autorización expresa de las partes en conflicto.

El interviniente también argumenta que la labor de los centros de arbitraje contribuye a la especialización y eficiencia del arbitraje, pues permite que el tribunal se concentre en las labores de instrucción y decisión, mientras que las actuaciones de impulso y trámite son encomendadas al director del centro. Por ello, y basándose en los criterios desarrollados por la sentencia SU-600 de 1999, solicita la declaratoria de exequibilidad de las otras disposiciones

acusadas de la Ley 446 de 1998. Según su parecer, *“la labor del Director del centro de Arbitraje en la etapa inicial, si bien puede tener una connotación judicial, no se opone a la filosofía del instituto, como quiera que realiza labores de simple trámite y de impulso procesal, mientras se instala el Tribunal de Arbitramento”*. Por ello concluye que esa etapa *“consigue una finalidad legítima, al concentrar la tarea propiamente arbitral en los asuntos materia de conflicto”*.

## **2. Academia Colombiana de Jurisprudencia.**

El ciudadano Héctor Enrique Quiroga Cubillos, en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, interviene en el proceso y solicita la declaratoria de inexecutable de las disposiciones acusadas. El ciudadano analiza la regulación de la función judicial en la Carta, y explica que ésta distingue entre la función permanente, que corresponde a los jueces, la función excepcional, desarrollada por los jueces de paz y las autoridades indígenas, y la función ocasional, que pueden adelantar los particulares como árbitros o conciliadores.

Luego el interviniente estudia el procedimiento arbitral, y en especial las funciones que corresponden a los Centros de Arbitraje. El ciudadano señala entonces que esas atribuciones del centro no pueden invadir la órbita de los árbitros, pues la Carta otorgó las funciones arbitrales a los árbitros y no a los Centros ni a sus directores. Ahora bien, precisa el interviniente, las funciones propias de los árbitros son no sólo el fallo definitivo sino además *“todas aquellas que desarrollan el principio fundamental del debido proceso, entre ellas: el acceso a la justicia; del derecho de defensa; el derecho a aportar pruebas y a su controversia”*. Y por ello considera que *“la función judicial no solo se cumple con la decisión final, sino con el adelantamiento del procedimiento que constituye uno de los elementos estructurales del proceso”*, por lo que *“las actuaciones de admisión, inadmisión, rechazo de una demanda arbitral no pueden de ninguna manera ser de la competencia del director del centro de arbitraje ni mucho menos que este pueda delegar en otros funcionarios tal facultad.”* Con base en esas consideraciones, el ciudadano concluye que las disposiciones acusadas son inexecutable, pues otorgan al director del centro de arbitraje atribuciones judiciales, mientras que la Constitución reservó esa función judicial transitoria a los árbitros, pero no a los directores de los centros. El interviniente solicita entonces a la Corte que retire del ordenamiento las normas demandadas pero que, para evitar traumatismos, recurra a una sentencia integradora que precise que las actuaciones reguladas por el artículo 121 de la Ley 446 de 1998 deben ser adelantadas por el tribunal de arbitraje, una vez que se haya instalado.

### 3. Intervención ciudadana.

El ciudadano Néstor Humberto Martínez Neira interviene en el proceso para impugnar la demanda. La base de su argumentación es que el actor se equivocó al caracterizar la función de los centros de arbitraje como judicial, puesto que ella es pública pero de naturaleza administrativa. Para sustentar su afirmación, el interviniente comienza por explicar que, conforme a lo señalado por la sentencia C-649 de 2001, la duda sobre la naturaleza de esas funciones de los centros de arbitraje es suficiente para concluir que ésta no es judicial sino administrativa, ya que la concesión de facultades judiciales a los particulares es excepcional, y por ende de interpretación restrictiva.

Fuera de lo anterior, el ciudadano argumenta que *“a diferencia de los árbitros que dictan el derecho entre las partes del arbitramento con efecto de cosa juzgada y, por ende, ejercen una función jurisdiccional, los Centros de Arbitraje apenas circunscriben su actividad en la etapa prearbitral a realizar los actos preparatorios necesarios para que el Tribunal de Arbitramento se instale y ejerza su poder delegado”*. Según su parecer, la actuación del centro de arbitraje, a pesar de contribuir al proceso arbitral, no es judicial sino administrativa, como lo dijo la sentencia T-049 de 1993. Y por ello considera que a esa actuación del centro le son aplicables las consideraciones que la sentencia C-247 de 1995 hizo a propósito de la notificación, a la que caracterizó como un acto que es indispensable para la conducción del proceso, pero que no es en sí mismo judicial. Con base en esas consideraciones, concluye entonces el interviniente:

*“(L)a función que cumplen los centros de Arbitraje no es como tal inconstitucional, en tanto la misma es de naturaleza administrativa. Pero, claro está, si se entiende que el proceso arbitral es uno sólo, en él únicamente los árbitros están habilitados por la Constitución para ejercer la función jurisdiccional y por lo tanto la presencia de los Centros de Arbitraje en la etapa prearbitral es extraña al proceso.*

*En tal sentido se le prestaría un gran servicio a los métodos alternos de solución de conflictos si se retorna el arbitraje a su cauce normal, declarando inexecutable la “etapa prearbitral”, para evitar la actuación procesal de un cuerpo extraño –los Centros de Arbitraje- en este procedimiento especial, que hace de los mismos un sistema mixto: administrativo y jurisdiccional, carente de toda racionalidad y funcionalidad.*

*En el arbitraje institucional, en el mundo entero, los centros de arbitraje no toman decisiones frente al proceso. Simplemente prestan sus oficios*

*administrativos y secretariales para la gestión de los árbitros, quienes son los únicos que actúan en el proceso. Los centros de arbitraje no compiten con los jueces naturales del arbitraje. Otra cosa, sin embargo, ocurre en la legislación colombiana, para nuestro propio infortunio.”*

## **V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.**

El Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, en concepto No 2944, recibido el 19 de julio de 2002, solicita a la Corte declarar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

El Ministerio Público comienza por analizar la regulación de la funciones que cumplen los centros de arbitraje, y con base en ese examen y en las consideraciones de la sentencia SU-600 de 1999, concluye que dichos centros ejercen funciones públicas, y por ello deben garantizar los derechos constitucionales de los intervinientes, pero dichas funciones *“no son jurisdiccionales, pues sólo los árbitros están investidos, para casos concretos, de esa función (sentencias C-037 de 1996 y C-672 de 1999, entre otras)”*. En tales circunstancias, la Vista Fiscal considera que, tal y como lo señaló la sentencia T-049 de 1993, *“los actos o decisiones que adoptan los Centros de Arbitramento y Conciliación están sometidos al control del Juez Contencioso Administrativo, por lo cual se concluye que es a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el medio más expedito para ejercer control de los actos de la administración”*. El Procurador destaca que esa interpretación es válida, a pesar la tesis contraria sostenida por el auto del Consejo de Estado mencionado por el actor, pues la Corte Constitucional es el *“ente que está llamado a interpretar con autoridad las normas constitucionales y, como tal, sus decisiones en esta materia prevalecen sobre las de los demás órganos estatales”*. Por todo lo anterior, el Ministerio Público concluye que el cargo del actor se funda en un supuesto errado, pues los centros de arbitraje no ejercen funciones judiciales sino administrativas, y por ello no vulneran el artículo 116 de la Carta, ni invaden las atribuciones propias de los árbitros, éstas sí de naturaleza judicial.

## **VI- CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

### **Competencia.**

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4º de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 13 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la



Ley 446 de 1998; del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la ley 446 de 1998, y cuyos numerales 3° y 4° fueron modificados por el artículos 119 de la Ley 446 de 1998; y de los artículos 119, 121 y 122 de la ley 446 de 1998, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de normas que hacen parte de una Ley de la República, y que en parte modificaron y convirtieron en legislación permanente los mandatos de un decreto ley de vigencia transitoria.

**Un asunto procesal previo: examen de la existencia o no de cosa juzgada.**

2- Uno de los intervinientes considera que en relación con la mayor parte de las normas acusadas del decreto 2651 de 1991 existe cosa juzgada, pues dichas disposiciones ya fueron declaradas exequibles por la sentencia C-592 de 1992. Comienza pues la Corte por examinar esa solicitud.

3- La sentencia C-592 de 1992, MP Fabio Morón Díaz, declaró exequibles, en la parte resolutive, entre otros, los artículos 13 y 15 del Decreto No. 2651 de 1991, que son las disposiciones parcialmente acusadas en el presente proceso. Además, esa sentencia no limitó en forma expresa la cosa juzgada. Finalmente, esa providencia analizó un cargo similar al formulado por la presente demanda. En efecto, en esa ocasión, uno de los actores atacó esos artículos por considerar que conferían a los centros de arbitramento y a sus directores funciones judiciales, que no les podían ser atribuidas. La Corte rechazó ese cargo, con la siguiente argumentación:

*“El artículo 116 de la Constitución Política, señala que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los jueces y la justicia penal militar, administran justicia; que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales; que la ley podrá atribuir funciones judiciales a determinadas autoridades administrativas, salvo para adelantar la instrucción de sumarios o para juzgar delitos; que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la función de conciliadores o de árbitros, luego no 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, el traslado a tribunales de arbitramento en los que los particulares desarrollan la función arbitral de tipo jurisdiccional, ni las funciones que defiende el Decreto 2651 a los Centros de Arbitraje para admitir la solicitud de arbitramento, ni la posibilidad de que estos designen árbitros, por cuanto, se ha visto, la Constitución Política autoriza a la ley para investir transitoriamente de la función de administrar justicia a los particulares. Se mantiene invariable el principio constitucional consagrado en el inciso 4o. del artículo 116,*

*según el cual, hace parte del debido proceso de los procesos de conciliación y arbitramento el principio de la voluntariedad de las partes en su funcionamiento y en la decisión final tratándose del primero de los mismos, en los términos que determine la ley (subrayas no originales).”*

Todo lo anterior muestra que el interviniente tiene razón y que con respecto a los artículos 13 y 15 del Decreto No. 2651 de 1991, que son los acusados en la presente oportunidad, existe cosa juzgada, con excepción de los numerales 3° y 4° del artículo 15, cuyo contenido fue modificado por la Ley 446 de 1998.

4- Con todo, podría argumentarse que la cosa juzgada no opera pues el decreto 2561 de 1991, cuando fue estudiado por la sentencia C-592 de 1992, era un cuerpo normativo de vigencia transitoria, pues regía desde el 10 de enero de 1992, hasta el 10 de julio de 1995. Podría entonces objetarse que ese cambio implicó una modificación formal y sustantiva de esas disposiciones, pues no tendría el mismo sentido normativo un decreto con vocación transitoria, que ese mismo decreto, cuando es convertido en ley permanente. Y podría invocarse en favor de esa tesis el siguiente precedente: la sentencia C-301 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, tuvo que estudiar una demanda contra unos artículos de la Ley 15 de 1992 que tenían un contenido semejante al Decreto Legislativo 1156 de 1992, dictado en ejercicio de las facultades del estado de Conmoción Interior, y que había sido declarado exequible por la sentencia C-07 de 1992. La Corte se planteó entonces el problema de si existía o no cosa juzgada, y concluyó que no, pues el decreto 1156 de 1992 tenía vocación transitoria y había sido expedido al amparo del estado de Conmoción Interior, mientras que la Ley 15 de 1992 había sido aprobada, como norma permanente, por el Congreso, y esa diferencia tenía implicaciones sobre el contenido material de las disposiciones. Dijo entonces la Corte:

*“Por estas razones, la repetición de los preceptos jurídicos declarados exequibles por la Corte Constitucional, por la misma autoridad y dentro del mismo estado de excepción objeto de la declaratoria, quedaría cubierto por la cosa juzgada. Sin embargo, esa reiteración llevada a cabo por un órgano diferente - Congreso - y por fuera del estado de excepción, no puede colocarse bajo el abrigo de una sentencia de exequibilidad proferida en el curso de la revisión oficiosa de los decretos dictados durante los estados de excepción.*

*No escapa a esta Corte que una norma expedida por el Presidente en desarrollo de la competencia especial que en su favor consagra el artículo 213 de la CP, puede resultar constitucional a la luz de la temporal expansión de las facultades gubernamentales propia de los*

*estados de excepción y de la posibilidad de restringir - sin llegar a suspender - los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, fuera del estado de excepción, la misma norma como mandato permanente incorporado a la legislación ordinaria, puede encontrarse inconstitucional ya sea por falta de competencia en el órgano del que emana ora por entrañar una reducción de los derechos fundamentales incompatible y carente de razonabilidad en un estado de normalidad y como estatuto con vocación de gobernar el discurrir cotidiano de la vida civil. La Constitución traza una nítida línea divisoria entre la normalidad y la anormalidad institucional, que se desvanecería si todas o la mayoría de las reglas de la segunda, temporales y eminentemente excepcionales, pudieran - bajo la égida de la ley - hacer su tránsito a la primera, convirtiéndose en permanentes y generales. Por ministerio de la ley, el campo de los estados de excepción, desplazaría el de la normalidad. La Constitución no autoriza esta suerte de laxas migraciones normativas. Las sentencias de exequibilidad de los decretos dictados bajo los estados de excepción, no se ocupan de anticipar la exequibilidad de sus preceptos en la hipótesis de que sean luego incorporados como legislación permanente. Se trata en este caso de una circunstancia futura e incierta, ajena a la materia examinada y al ejercicio de confrontación efectuado por la Corte cuyo único referente en esa oportunidad es el estado de excepción. A ese aspecto, no considerado en la sentencia de exequibilidad, no puede, en consecuencia, extenderse el imperio de la cosa juzgada.”*

5- A pesar de lo anterior, la Corte considera que ese reparo no es de recibo, por cuando la Ley 466 de 1998 se limitó a adoptar las mismas disposiciones del decreto 2651 de 1991 como legislación permanente, pero sin variar un ápice su contenido. Y el hecho de que esas disposiciones tengan ahora vocación permanente no modifica su sentido. Y la Corte considera que esta situación normativa no es asimilable al caso decidido por la sentencia C-301 de 1993, pues en esa ocasión, esta Corporación estudió la conversión de una norma de emergencia, expedida al amparo del Estado de Conmoción, en una disposición permanente. Y es obvio que ese cambio tiene implicaciones normativas, pues el régimen de normalidad no es igual al régimen de excepción. Sin embargo, en la presente oportunidad, la situación es diversa, pues lo único que sucedió fue que un norma legal ordinaria, de vigencia transitoria, fue convertida en norma permanente, pero ambos mandatos operan en el régimen constitucional de normalidad.

Esta Corte ha precisado que si una disposición legal de vigencia transitoria ha sido declarada exequible, y es posteriormente convertida en norma permanente, ese hecho no altera la cosa juzgada, salvo si la constitucionalidad de la norma dependía sólo de su vocación transitoria<sup>1</sup>. Y con ese criterio, la

---

<sup>1</sup> Ver sentencia C-804 de 2000. MP Carlos Gaviria Díaz.

Corte concluyó que una sentencia que había recaído sobre el artículo 51 del mismo decreto 2651 de 1991 implicaba cosa juzgada en relación con el artículo 162 de la ley 446 de 1998, que había convertido en permanente esa disposición, pues la declaración de exequibilidad no había dependido de la naturaleza transitoria del decreto 2651 de 1991. Dijo entonces la Corte:

*“Bien distinto es el caso en que el propio legislador ordinario, en vista de una finalidad específica y transitoria, resuelve fijar a la ley un ámbito de validez temporal determinado, y luego juzga conveniente incorporarla al ordenamiento con carácter permanente. Lo que debe analizar, entonces, el juez constitucional es si la armonía de la ley con la Constitución dependía sólo de la finalidad transitoria que estaba llamada a alcanzar aquélla, o si más allá de esa circunstancia la ley apunta a un propósito que, independientemente de la temporalidad previamente determinada, pueda juzgarse permanentemente en armonía con la Carta. Si tal es el caso, la temporalidad o permanencia de la ley resulta irrelevante.*

*Ahora bien: no hay duda de que la fundamentación de la sentencia C-586/92, corresponde a esa situación y, en consecuencia, la cosa juzgada resulta incuestionable.*

*Siendo así, considera la Corte que en el presente caso la transitoriedad del precepto con que nació el decreto 2651/91 parcialmente acusado, en nada incide sobre la constitucionalidad del artículo 51, objeto de demanda, juzgado por la Corte en la sentencia C-586/92, pues además de que su contenido no ha sido modificado, tanto en esa época como hoy, que ha sido adoptado como norma permanente, debe ajustarse a las normas constitucionales que, dicho sea de paso, son las mismas que regían para ese momento. Distinto sería que las disposiciones constitucionales aplicables hubieran sido reformadas, pues ahí sí habría lugar a un nuevo examen.<sup>2</sup>”*

Ahora bien, la declaración de exequibilidad de las normas sobre arbitramento por la sentencia C-592 de 1992 no dependió de la vocación transitoria del decreto 2651 de 1991, ni ha habido ninguna modificación del régimen constitucional del arbitramento. Por ello la Corte concluye que existe cosa juzgada con respecto a los artículos 13 y 15 del Decreto No. 2651 de 1991, con excepción de los numerales 3º y 4º del artículo 15, cuyo contenido fue modificado por la Ley 446 de 1998. En relación a esas disposiciones, la Corte se estará entonces a lo resuelto en esa sentencia.

---

<sup>2</sup> Sentencia C-804 de 2000. MP Carlos Gaviria Díaz

6- De otro lado, la Corte también constata que los artículos 119, 121 y 122 de la Ley 446 de 1998 acusados, también ya fueron objeto de pronunciamiento por esta Corte. En efecto, la sentencia C-672 de 1999, MP Antonio Barrera Carbonell declaró exequibles, entre otros, los artículos 111 a 142 de ese cuerpo normativo. Sin embargo, esa sentencia limitó la cosa juzgada a los cargos analizados en esa ocasión, a saber que esa regulación no requería ley estatutaria ya que podía ser adoptada por ley ordinaria. Como en el presente proceso, el cargo de la demanda es distinto, no existe cosa juzgada y procede un pronunciamiento de fondo.

Entra pues esta Corporación al examen material de los cargos del demandante contra las otras disposiciones acusadas.

### **El asunto material bajo revisión.**

7- Las normas acusadas regulan las atribuciones de los centros de arbitraje en la llamada “*etapa prearbitral*”. A dichos centros, que no son organismos estatales, corresponde realizar varias labores destinadas a facilitar la conformación del tribunal de arbitramento. El demandante y uno de los intervinientes concluyen entonces que esas funciones son de naturaleza judicial y violan la Constitución, pues el artículo 116 superior sólo permite que los particulares administren justicia como árbitros o conciliadores, lo cual significa que la ley no puede conferir atribuciones judiciales a los centros de arbitraje ni a sus directores.

Por el contrario, otro de los intervinientes y la Vista Fiscal se apartan de esa tesis, pues consideran que el actor parte de un supuesto errado. Según su parecer, el centro de arbitraje ejerce funciones públicas pero que no son propiamente judiciales sino administrativas, ya que ni esa entidad, ni su director, definen la controversia arbitral, con fuerza de cosa juzgada, actividad que es reservada a los árbitros. Estos intervinientes concluyen entonces que la labor de los centros de arbitraje es meramente de apoyo e impulso, y por ello se trata de una función administrativa y no judicial, que no invade la esfera propia de los árbitros, ni vulnera entonces el artículo 116 superior.

Como vemos, el problema constitucional que plantea la presente demanda es si las competencias atribuidas por las disposiciones acusadas a los centros de arbitraje y a su director en la llamada fase prearbitral, desconocen la función propia de los árbitros o la naturaleza excepcional de la función judicial ejercida por los particulares o por autoridades no judiciales. Para responder a este interrogante, la Corte comenzará por recordar el marco constitucional del arbitramento, para luego analizar la naturaleza y alcance de las funciones de

los centros de arbitraje en esa fase prearbitral, y poder entonces determinar la constitucionalidad de las normas acusadas.

### **El marco constitucional del arbitramento**

8- En numerosas oportunidades<sup>3</sup>, esta Corte ha analizado la naturaleza, posibilidades y límites del arbitramento dentro de nuestro ordenamiento constitucional. La jurisprudencia ha determinado que, conforme a la Carta, el arbitramento *“es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”*<sup>4</sup>. Mecanismo que tiene ciertas características básicas: (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento *“un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes”*<sup>5</sup>. Además (iii) el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean. El arbitramento (iv) es también de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo *“problema jurídico puede ser objeto de un laudo”*, ya que *“es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”*<sup>6</sup>. Finalmente, (v) la Corte ha destacado que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso. Ha dicho al respecto esta Corte:

*"El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema*

<sup>3</sup> Ver, entre otras, las sentencias C-226 de 1993, Consideración Cuarta, C-247 de 1994, C-294 de 1995, C-242 de 1997, C-163 de 1999, C-248 de 1999, C-672 de 1999, C-330 de 2000, C-1436 de 2000, C-060 de 2001 y C-098 de 2001.

<sup>4</sup> Sentencia C-242 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara.

<sup>5</sup> Sentencia C-060 de 2001, Fundamento 3.

<sup>6</sup> Sentencia C-060 de 2001, Fundamento 3

*ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales*"<sup>7</sup>.

9- Las anteriores características del arbitramento han llevado a esta Corte a aceptar ciertas regulaciones adoptadas por el Legislador, así como a excluir otras. Una breve referencia a algunas de esas decisiones es útil pues permite precisar el marco constitucional del arbitramento.

Así, la sentencia C-060 de 2001, MP Carlos Gaviria Díaz, retiró del ordenamiento el inciso tercero del párrafo del artículo 19 de la Ley 182 de 1.995, tal y como fue modificado por el artículo 4 de la Ley 335 de 1.996, según el cual, ciertos conflictos relacionados con las concesiones de televisión, si no había acuerdo entre las partes, debían ser resueltos por medio del arbitramento, con la designación de los árbitros, conforme a lo dispuesto por el Código de Comercio. La Corte concluyó que esa regulación desconocía la voluntariedad, excepcionalidad y temporalidad del arbitramento, pues hacía obligatorio ese mecanismo y creaba una instancia forzosa que no respetaba la libertad de las partes para solucionar sus litigios, con lo cual, además, restringía indebidamente el acceso de los particulares a la administración de justicia.

Con criterio idéntico, la sentencia C-242 de 1997, MP Hernando Herrera Vergara, declaró inexecutable un numeral del artículo 19 de la Ley 142 de 1994. Esta norma señalaba que, las empresas de servicios públicos debían establecer en sus estatutos, que las diferencias ocurridas a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, debían someterse a la decisión arbitral. La Corte concluyó que esa regulación desconocía el principio de habilitación y voluntariedad del arbitramento, al hacer obligatorio su uso, con lo cual restringía además el derecho de acceso a la justicia (CP art. 229), pues *“son las partes las facultadas en la Constitución (art. 126) para habilitar en cada caso concreto a los árbitros de la función de administrar justicia, en forma transitoria”*. Además, señaló la sentencia, ese carácter imperativo del arbitramento también vulnera su naturaleza transitoria, pues implica un desplazamiento de la justicia ordinaria por el mecanismo arbitral.

Por su parte, la sentencia C-248 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró la constitucionalidad del párrafo del artículo 116 de la Ley 446 de 1998, que consagra la autonomía de la cláusula compromisoria. Autonomía según la cual, puede un tribunal de arbitramento creado con base en un cláusula compromisoria, debatir la existencia y la validez del contrato y su decisión

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional Sentencia C-330 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente. La Corte consideró que dicha figura no desconocía el principio de habilitación, pues la *“decisión acerca de la accesoriedad o la independencia de la cláusula compromisoria le corresponde al legislador, en el marco de su libertad de configuración normativa”* y aunque esa decisión pueda *“ser considerada como inadecuada o equivocada”*, ese examen no compete al juez constitucional.

La sentencia C-294 de 1995, MP Hernando Herrera Vergara, declaró la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 2º del decreto 2651 de 1991, que prevé la posibilidad de que las partes recurran a arbitramento en los procesos de ejecución en los que se hayan propuesto excepciones de mérito. La Corte consideró que esa regulación no viola el principio de excepcionalidad del arbitramento, pues la Carta no excluye que las partes habiliten a unos árbitros para que decidan sobre esas excepciones en un proceso de ejecución

Igualmente, la sentencia C-330 de 2000, MP Carlos Gaviria Díaz, concluyó que los artículos 130 a 142 del Código de Procedimiento Laboral, que regulan el arbitramento voluntario en el campo laboral, se ajustan a los principios constitucionales que enmarcan esa figura, pues preservan el carácter voluntario, temporal y excepcional de este mecanismo alternativo de solución de los conflictos.

Por su parte, la sentencia C-098 de 2001, MP Martha Victoria SÁCHICA Méndez, declaró exequible la expresión *“de carácter transigible”* contenida en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, pues consideró que dentro del respeto de los principios constitucionales, el Legislador está facultado para señalar los asuntos susceptibles de ser sometidos a la justicia arbitral. Además, precisó esa sentencia, la justicia arbitral opera frente a derechos de libre disposición por su titular, y por ello, *“frente a ciertos derechos o bienes, el legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes”*.

Finalmente, la sentencia C-1436 de 2000, MP Alfredo Beltrán Sierra, condicionó el alcance de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, pues precisó que éstos eran exequibles, en el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales. Esa sentencia concluyó que, permitir a las partes una autorización a los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de



esos actos administrativos, desconocía la excepcionalidad del arbitramento al permitir que los árbitros invadieran una competencia que era exclusiva de la jurisdicción estatal.

10- Una vez precisado el marco constitucional del arbitramento, entra entonces la Corte a analizar si las funciones atribuidas por las disposiciones acusadas a los centros de arbitramento, y en especial a su director, se ajustan o no a ese marco constitucional.

### **Las funciones de los centros de arbitraje y de su director en la fase prearbitral.**

11- Las normas acusadas establecen que la solicitud de convocatoria de un arbitramento debe reunir todos los requisitos de la demanda y ser dirigida al centro de arbitraje acordado. A falta de éste, a uno del lugar del domicilio de la otra parte, y si ésta fuere plural o tuviere varios domicilios, al de cualquiera de ellos a elección de quien convoca el tribunal. Establecen igualmente que en estos casos se surtirá el trámite previsto en los artículos 428 y 430 del Código de Procedimiento Civil, que tiene que ver con la admisión de la demanda, su traslado y contestación. Igualmente señalan que debe citarse a audiencia de conciliación, que se celebrará de conformidad con el Procedimiento Civil, y que en esa fase cabe la reconvención, pero no proceden las excepciones previas. Esas disposiciones precisan que todos esos trámites deberán surtirse ante el Director del Centro de Arbitraje, sin perjuicio de que pueda delegar estas funciones.

Esas normas indican además las actividades que el centro de arbitraje y su director adelantan para la designación de los árbitros y la conformación del tribunal. Así, si las partes han acordado quiénes serán los árbitros pero no consta su aceptación, el director del centro debe citarlos personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncien. Si las partes han delegado la designación, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco días haga la designación. En caso de no aceptación de los árbitros o si las partes no han nombrado, el Centro las citará a audiencia para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros. Y el Centro hará las designaciones que no hagan las partes

Posteriormente, si fracasa la conciliación y ya ha sido integrado el tribunal de arbitramento, el Centro de Arbitraje fija fecha y hora para su instalación, que se notificará a los árbitros y a las partes. El Director del Centro entregará entonces a los árbitros la actuación surtida hasta ese momento. Y en la primera audiencia de trámite, conforme al artículo 124 de la Ley 446 de

1998, el tribunal resolverá sobre su propia competencia, mediante auto que sólo es susceptible de reposición.

12- Este breve recuento normativo muestra que la llamada etapa prearbitral, a cargo del Director del Centro de Arbitraje, tiene no sólo gran importancia sino que además las funciones del director y del centro son de gran trascendencia. Así, le corresponde entre otras cosas, recibir la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento, aceptar o rechazarla, y si es el caso, correr traslado de ella, y recepcionar su contestación, las excepciones previas o de mérito y la contrademanda, si la hubiere. Igualmente deberá llevar a cabo una audiencia de conciliación y conformar el tribunal.

La Corte ya había destacado que esta etapa prearbitral es de gran trascendencia, pues no sólo incluye actos procesales y materiales necesarios *“para la conformación ulterior del Tribunal”*, sino que además en esa fase, *“al director del Centro de Arbitraje incumbe ejercer poderes procesales que traslucen una clara e indubitable función pública como son los relacionados con las diligencias de notificación, admisión y rechazo de la solicitud de convocatoria, decisión de los recursos de reposición, conducción de la audiencia de conciliación etc”*. Y es que, precisó la Corte, en esa fase *“tienen lugar actos tan significativos como el de la admisión o rechazo de la solicitud de convocatoria al Tribunal de Arbitramento, el traslado y la contestación de la demanda arbitral”*<sup>8</sup>.

13- La pregunta que naturalmente surge del examen precedente, es si las características e importancia de esta fase prearbitral y las competencias atribuidas al Centro de Arbitraje y a su director, son incompatibles con los principios constitucionales del arbitramento, y con otros derechos constitucionales como el debido proceso.

Para responder a ese interrogante, la Corte considera necesario precisar en primer lugar lo siguiente: el hecho de que el Legislador haya decidido regular los centros de arbitramento y atribuirle algunas competencias en la llamada fase prearbitral no es en sí mismo inconstitucional, pues como ya se explicó, la voluntariedad del arbitramento no excluye que el Congreso pueda regular el proceso arbitral. Esta competencia del Legislador es clara, no sólo porque expresamente el artículo 116 superior indica que el ejercicio de la función arbitral se adelanta *“en los términos que determine la ley”*, sino además porque, como se explicó, esa intervención legislativa aparece necesaria para amparar el derecho al debido proceso (CP art. 29). Por ello esta Corte había señalado con claridad *“que el legislador goza de plena autonomía para dictar disposiciones tendientes a desarrollar el ejercicio de funciones*

---

<sup>8</sup> Sentencia SU-600 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 6.

*judiciales por parte de particulares a través de la institución del arbitramento y, de esta forma, regular un procedimiento reconocido desde la propia Constitución como una forma alternativa de resolver conflictos jurídicos.<sup>9</sup>*

14- No existe pues ningún reparo constitucional a la existencia misma de la regulación de las actividades y competencias de los centros de arbitraje, y a la colaboración de esas entidades, dentro de un marco legal, para una adecuada y ágil conformación de los tribunales de arbitramento. La pregunta que surge es si la normatividad específica prevista en las disposiciones acusadas vulnera el marco constitucional del arbitramento, en especial al conferirle, como lo señala el demandante, funciones judiciales a dichos centros y a sus directores durante la llamada fase prearbitral, mientras que, en desarrollo del principio de habilitación, la Carta sólo autorizaría la atribución de esas funciones exclusivamente a los árbitros mismos.

Comienza la Corte por analizar la naturaleza de esas funciones. Ese examen resulta indispensable, pues si la función ejercida por los centros de arbitramento no es de naturaleza judicial, entonces el cargo del actor sería claramente infundado, pues no se vería cómo esas atribuciones podrían desconocer el marco constitucional del ejercicio de funciones judiciales por los particulares. Por el contrario, si la Corte concluye que dichas funciones son de naturaleza judicial, entonces la acusación del demandante podría tener sustento.

### **La naturaleza judicial de las funciones de los centros de arbitramento.**

15- En ocasión anterior, esta Corporación señaló que las funciones desarrolladas por los centros de arbitramento eran administrativas, y por ello concluyó que era improcedente una tutela dirigida contra un centro de arbitraje, en la medida en que el peticionario contaba con la posibilidad de impugnar las actuaciones de ese centro, por medio de una acción de nulidad y restablecimiento<sup>10</sup>. Con posterioridad, la sentencia SU-600 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, concedió una tutela dirigida contra el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio, por una violación al debido proceso ocurrida en esta fase prearbitral. Esa sentencia no calificó como judicial o administrativa la naturaleza de las funciones del centro en esa fase arbitral, pero insistió en su importancia y que éstas implicaban el ejercicio de una función pública. Dijo entonces esta Corporación:

---

<sup>9</sup> Sentencia C-330 de 2000. MP Carlos Gaviria Díaz.

<sup>10</sup> Ver sentencia T-049 de 1993.

*“No es posible negar la importancia jurídica y procesal de la etapa pre-arbitral, dado que si bien en ella no se decide la controversia, si se hace patente el ejercicio de una función pública que debe cumplirse conforme a un procedimiento legal vinculante tanto para el Centro como para las personas convocadas. Pese a que en esta etapa no se decide la controversia, la garantía del debido proceso y el derecho de defensa pueden resultar comprometidos cuando se violan los preceptos legales que la gobiernan. La vigencia de estos derechos fundamentales es independiente de la caracterización de esta etapa como jurisdiccional o de que semejante atributo se atribuya o niegue al director del Centro de Arbitraje”<sup>11</sup>.*

Por su parte, los jueces naturales encargados del conocimiento de esos casos han concluido que ese procedimiento es de naturaleza judicial. En especial, la tesis sostenida por la Sección Primera del Consejo de Estado<sup>12</sup>. El alto tribunal concluyó que el trámite prearbitral era de naturaleza jurisdiccional, y por ello carecía de control contencioso administrativo. El argumento central del Consejo de Estado es que esas actuaciones del centro de arbitraje tienen naturaleza judicial, no sólo porque están destinadas a impulsar el proceso arbitral, que es de naturaleza jurisdiccional, sino además por cuanto, en su fondo y forma, están sometidos a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales. Procede pues la Corte a examinar la naturaleza de esas funciones.

16- Esta Corporación se aparta de la tesis desarrollada por la sentencia T-049 de 1993 y acoge la doctrina elaborada por la Sección Primera del Consejo de Estado, por las siguientes dos razones. En primer lugar, porque en principio el juez constitucional debe ser respetuoso de las interpretaciones de las normas ordinarias adelantadas por los jueces ordinarios. La Corte es un juez de constitucionalidad y no de legalidad, y por ello *“no puede imponer, con base en discusiones puramente legales, cual es el sentido de una disposición legal, puesto que ésa es labor de los jueces ordinarios y, en especial, del tribunal de casación”*. Y es que en virtud de la separación que existe entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, *“la Corte Constitucional sólo puede establecer en sus sentencias cuáles son las interpretaciones admitidas de determinadas normas legales cuando existen valores constitucionales en juego”<sup>13</sup>*. Por consiguiente, la interpretación desarrollada sobre este punto por el Consejo de Estado amerita un particular respeto.

---

<sup>11</sup> *Ibíd*em fundamento 7.

<sup>12</sup> Auto del 7 de diciembre de 2000, Expediente 6601, CP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

<sup>13</sup> Sentencia C-109 de 1995, Fundamento 13.

17- En segundo lugar, los argumentos expresados por esa Corporación son razonables y convincentes. Así, es cierto que no existe consenso doctrinario ni jurisprudencial sobre cuáles son los criterios que permiten distinguir una función judicial de una función administrativa. Esta Corte ya había reseñado esos problemas en los siguientes términos:

*“La doctrina jurídica ha tenido muchas dificultades para precisar qué se entiende por función administrativa por dos razones básicas. De un lado, por cuanto no es fácil diferenciarla de las otras tareas clásicas del Estado, a saber de la legislación y, en especial, de la función judicial con la cual comparte muchos rasgos. Por ejemplo, un autor de la talla de Kelsen -y en este punto es seguido por muchos otros doctrinantes-, ha sostenido que no existe materialmente ninguna diferencia entre la labor administrativa y la labor judicial pues ambas son la producción de una norma singular (sentencia o decisión administrativa) dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general (ley). Para Kelsen, la diferencia entre la administración y la jurisdicción tiene razones históricas y no conceptuales, y se relaciona más con la naturaleza de los órganos que ejecutan el derecho: la aplicación es administrativa si es desarrollada por funcionarios jerárquicamente organizados, mientras que es judicial si los aplicadores gozan de independencia funcional. Así las cosas, según estas corrientes, la única diferencia material que se puede establecer es entre la legislación, que consiste en crear normas generales y abstractas, y la ejecución, que produce normas individuales dentro de los marcos permitidos por la norma general. Por ello Kelsen concluye que la función administrativa sólo puede definirse residualmente, esto es, como aquella actividad del Estado que no es ni legislación ni jurisdicción.*

*Otros autores no comparten esos criterios pues consideran que es posible establecer criterios materiales para determinar el significado de la función administrativa y diferenciarla de las labores jurisdiccionales (Sobre estos criterios, ver entre otros, Juan Francisco Linares. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Astrea, 1986, pp 149 y ss.). Según estas corrientes, mientras los jueces resuelven esencialmente controversias y conflictos con base en una estricta aplicación de la ley, la función propiamente administrativa se relaciona con las diversas labores de ejecución que, específicamente, desarrolla la rama ejecutiva para el cumplimiento de sus fines, para lo cual se reconoce un margen de discreción al funcionario administrativo, quien puede entonces apreciar la conveniencia y oportunidad de la medida que toma. Habría pues una especificidad material de la función administrativa. Pero incluso para quienes aceptan esta opinión, subsisten muchas dudas y controversias*

*pues estas labores son muy amplias y complejas, por lo cual la doctrina suele diferenciar entre diversas formas de la actividad administrativa<sup>14</sup>.*

Sin embargo, a pesar de esas dificultades, en ocasiones, como en el presente caso, es necesario definir si una autoridad ejerce o no funciones judiciales, pues es el presupuesto para tomar la decisión en un sentido u otro. Es pues necesario adelantar unos criterios que permitan entonces determinar si la función ejercida por un particular, o por una autoridad es o no de naturaleza judicial. Y en tal contexto, la Corte considera que existen algunos elementos formales y materiales que son útiles para dirimir esas controversias.

De un lado, existen criterios formales, en torno a los cuales parece existir un cierto consenso académico y jurisprudencial<sup>15</sup>. Así, en primer término, es de la esencia de los actos judiciales su fuerza de cosa juzgada, mientras que los actos administrativos suelen ser revocables. Esto significa que una decisión judicial es irrevocable una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, mientras que un acto administrativo puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada. En segundo término, la función judicial es en principio desplegada por funcionarios que deben ser jueces, o al menos tener las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces. Finalmente, y ligado a lo anterior, el ejercicio de funciones judiciales se desarrolla preferentemente en el marco de los procesos judiciales. Por consiguiente, conforme a esos tres criterios formales, se presumen judiciales aquellas (i) funciones que se materializan en actos con fuerza de cosa juzgada, o (ii) son desplegadas por jueces, o al menos por funcionarios que gozan de los atributos propios de los jueces, o (iii) se desarrollan en el marco de procesos judiciales, o se encuentran indisolublemente ligadas a un proceso judicial.

De otro lado, aunque resultan más polémicos, también es posible adelantar algunos criterios materiales. Así, la Constitución establece una reserva judicial para la restricción concreta de ciertos derechos, como la libertad (CP art. 28), y por ende, se entiende que dichas limitaciones sólo pueden ser desarrolladas en ejercicio de funciones judiciales. Igualmente, la Constitución establece el derecho de toda persona a acceder a la administración de justicia (CP art. 229). Por consiguiente, en principio no sería admisible que una autoridad, en ejercicio de una función no judicial, pueda limitar el acceso a la administración de justicia. Por ende, debe entenderse que en principio una

---

<sup>14</sup> Sentencia C-189 de 1998. MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento 9.

<sup>15</sup> Al respecto, ver, entre otras, la sentencia C-189 de 1998.

decisión que restrinja el acceso a la administración de justicia, debe a su vez, ser ejercicio de una función judicial.

18- Los anteriores criterios formales y materiales obviamente no son exhaustivos ni son de aplicación mecánica, pues en ocasiones pueden estar en tensión unos con otros. Sin embargo, la Corte considera que en el presente caso, ellos son suficientes para concluir que gran parte de las funciones desarrolladas por los centros de arbitramento en la fase prearbitral son de naturaleza judicial. De un lado, desde el punto de vista formal, en esa fase, si bien no se decide directamente el fondo de la controversia, si se toman decisiones y se llevan a cabo trámites que tienen una vinculación directa con el proceso arbitral, que es de naturaleza judicial. Por ende, y como bien lo destaca la jurisprudencia del Consejo de Estado, esa etapa se encuentra indisolublemente ligada con un proceso judicial, y por ello se entiende que su naturaleza es también judicial. Por ello, se encuentra regulada por el estatuto procesal civil. De otro lado, desde el punto de vista material, las decisiones tomadas en esa fase prearbitral tienen consecuencias importantes en el acceso a la justicia arbitral, pues corresponde al director del centro de arbitramento, entre otras cosas, decidir sobre la admisibilidad de la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento.

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la fase prearbitral tiene una naturaleza jurisdiccional, por las siguientes razones: i) puede implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia; ii) está destinada a impulsar el proceso arbitral, que es de naturaleza jurisdiccional, y iii) en su fondo y forma está sometida a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales.

19- La Corte ha concluido entonces que no sólo la fase prearbitral tiene gran importancia, sino que además es de carácter jurisdiccional. ¿Significa lo anterior que el demandante tiene razón y esas disposiciones deben ser retiradas del ordenamiento, por desconocer el mandato del artículo 116 superior, en la medida en que esa disposición autoriza a los árbitros a ejercer funciones judiciales, pero no a los centros de arbitramento? Para responder a ese interrogante, la Corte debe analizar si efectivamente el artículo 116 impide conferir esas atribuciones a los centros de arbitraje.

### **El alcance del principio de habilitación y el ejercicio de funciones judiciales por los centros de arbitramento.**

20- El artículo 116 establece que 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. Esta norma señala entonces que los árbitros, cuando son habilitados por las partes, pueden ejercer la función judicial, pero no indica expresamente que los centros de arbitraje puedan desarrollar esas atribuciones. Por consiguiente, el actor acierta en que los particulares sólo pueden habilitar a los árbitros mismos, pero no a los centros de arbitraje; y por ello no puede la ley conferir atribuciones judiciales al centro de arbitraje, o a su director.

21- Con todo, podría argumentarse que la anterior interpretación deja de lado que el arbitraje se ejerce “*en los términos que determine la ley*” (CP art. 116) y por ello esta Corte había reconocido que el principio de habilitación no excluye una amplia libertad de configuración en esta materia. Ha dicho al respecto esta Corporación:

*“La Corte Constitucional comparte plenamente el argumento expuesto por el actor, según el cual la justicia arbitral sólo está permitida constitucionalmente si está habilitada por las partes. Sin embargo, resulta equivocado deducir de esta premisa que el Legislador está impedido para regular el procedimiento que rige este tipo de mecanismos de solución de conflictos, pues 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” (C.P. art. 116).*

*En este orden de ideas, el artículo 116 de la Carta debe interpretarse en armonía con el artículo 29 superior, según el cual toda persona tiene derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, lo cual permite concluir que, en situaciones donde los particulares no acordaron procedimiento especial que los regule, le corresponde al Legislador fijar las formas procesales de cada juicio, lo que incluye, el proceso arbitral. Por consiguiente, si los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, es razonable que el Legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral, dentro del marco de la Constitución.<sup>16</sup>”*

En esas circunstancias, podría considerarse que la previsión de una fase prearbitral de naturaleza judicial y adelantada por los centros de arbitraje no es en sí misma inconstitucional, pues no desconoce el principio de voluntariedad del arbitraje, ni su carácter temporal y excepcional. En efecto, esa fase prearbitral existe exclusivamente porque las partes, por medio de un pacto arbitral (sea cláusula compromisorio, o sea compromiso) decidieron voluntariamente acudir a la justicia arbitral. Esa fase prearbitral opera

<sup>16</sup> Sentencia C-163 de 1999, Fundamento 8.



entonces exclusivamente por la voluntad de las partes de acudir a ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos, y únicamente para el litigio específico, con lo cual se respetan los principios de habilitación y temporalidad. Finalmente, es obvio que esta fase prearbitral sólo puede operar para aquellos eventos en que el arbitraje es normativamente posible, con lo cual se respeta también el carácter excepcional de esta institución.

Podría entonces objetarse que la regulación es constitucional, en razón a que esta fase prearbitral es una forma como la ley quiso que se ejerciera la justicia arbitral, sin que ello desconozca el principio de habilitación, pues éste se hace en los términos establecidos por la ley. Según esta objeción, cuando dos partes en un negocio jurídico deciden acudir a la justicia arbitral, aceptan que la ley ha establecido esa fase prearbitral, sin que la realización de dicho trámite desconozca el carácter voluntario del arbitramento. En efecto, se entendería que las partes libremente renunciaron a la justicia estatal para solucionar su litigio por medio del proceso arbitral, conociendo la existencia de esa fase prearbitral.

22- La Corte considera que el anterior reparo, fundado en la libertad del legislador para regular el proceso arbitral, no es de recibo, pues deja de lado los principios constitucionales que gobiernan el arbitraje, y la naturaleza excepcional del ejercicio de funciones judiciales por los particulares.

Así, las funciones judiciales que se atribuyen a particulares deben ser conferidas de manera expresa, pues su carácter excepcional así lo exige. Tal conclusión se complementa perfectamente con el elemento de la voluntad de las partes, que deciden no sólo acudir a la justicia arbitral, sino quiénes serán los árbitros. En ese sentido, la voluntad de las partes activa tanto la jurisdicción arbitral como las competencias y atribuciones de las personas que obrarán como árbitros. Lo contrario, es decir, admitir que funcionarios que no han sido habilitados por la voluntad de las partes puedan ejercer una labor judicial de carácter excepcional, sería ir en contra no sólo el espíritu de la normatividad en materia de arbitramento -basada en la voluntad de las partes- sino también contrariar la Constitución, que establece claramente que se trata de una situación excepcional cuya interpretación debe ser restrictiva.

Admitir una interpretación contraria desconocería el tenor del artículo 116 de la Carta, según el cual los particulares sólo habilitan a los árbitros, no al centro de arbitraje ni a otros funcionarios para el ejercicio de una función tan delicada como la de administrar justicia. En ese orden de ideas, mal podría la ley hacer obligatoria la intervención de personas o entidades no autorizadas por las partes para intervenir en el procedimiento. Es menester entonces reconocer el peso del principio de habilitación al momento de conferir

facultades judiciales a los particulares, sin que ello implique negar la importancia de las labores de apoyo y trámite, que pueden ejercer los centros de arbitraje. Sólo así puede ser evitada una participación extraña en el desarrollo de un procedimiento de carácter excepcional que opera basado en la habilitación dada por la voluntad de las partes que acuden al mecanismo. Con base en los fundamentos anteriores, esta Corte encuentra que el cargo del actor es acertado, pues los centros de arbitramento no pueden ser habilitados por la ley para tomar decisiones judiciales indisolublemente ligadas a la suerte del proceso arbitral. Dichas decisiones sólo pueden ser tomadas *por los árbitros habilitados por las partes* (CP art. 116), sin perjuicio de que la ley pueda conferir a dichos centros labores de apoyo al proceso arbitral, o el desarrollo de ciertas funciones en materia de conciliación.

### **Precisión de jurisprudencia.**

23- Al análisis precedente podría objetársele que desconoce la doctrina sentada en la mencionada sentencia C-592 de 1992, MP Fabio Morón Díaz. Como se explicó anteriormente (Cf fundamento 3), esa sentencia, al declarar inexequibles los artículos 13 y 15 del Decreto No. 2651 de 1991, señaló explícitamente que no afectaba la separación de poderes, ni la autonomía de la Rama Judicial, ni el debido proceso, que la ley confiriera a los Centros de Arbitraje funciones para admitir la solicitud de arbitramento, o para designar árbitros, por cuanto, la Constitución autoriza a la ley para investir transitoriamente de la función de administrar justicia a los particulares. Procede pues la Corte a precisar la relación de la presente sentencia con la tesis desarrollada en la sentencia C-592 de 1992.

24- La Corte reitera que bien puede la ley atribuir a los particulares la función de administrar justicia, y que el Legislador tiene una cierta libertad de configuración en este campo. Sin embargo, esas regulaciones legales deben respetar los principios constitucionales que gobiernan la administración de justicia por los particulares. Por ello, esta Corporación complementa parcialmente la doctrina desarrollada en la referida sentencia C-592 de 1992, pues es claro que las regulaciones legales del arbitraje deben respetar los principios constitucionales que rigen esta figura, entre los cuales se encuentra, como hemos visto, el principio de voluntariedad o de habilitación. Ahora bien, la sentencia C-592 de 1992 no estudió específicamente si la concesión de funciones judiciales a los centros de arbitraje desconocía o no ese principio. En cambio, en la presente oportunidad, el examen específico de ese tema ha llevado a esta Corporación a la siguiente conclusión: *la concesión de esas funciones judiciales al centro de arbitramento desconoce el principio de habilitación*, y por ello dichas atribuciones deben ser declaradas inexequibles. En esos términos, la doctrina de la sentencia C-592 de 1992 es precisada.

Con todo, esta Corporación aclara que esa doctrina no impide ni la existencia de centros de arbitraje, ni que la ley pueda conferirle a esas instituciones funciones conciliadoras o labores de apoyo al trabajo de los tribunales de arbitramento. Pero lo que no puede hacer el Legislador es conferirle atribuciones judiciales propias de los árbitros, como lo hacen las disposiciones acusadas. Tampoco, pueden las partes habilitar para administrar justicia, a personas que no tengan la calidad de árbitros.

### **Unidad normativa.**

25- Una vez precisada la doctrina sobre el principio de habilitación y el ejercicio de funciones judiciales por los centros de arbitramento, entra la Corte a examinar específicamente las disposiciones acusadas sobre las cuales no existe cosa juzgada constitucional. Ellas son, de un lado, los numerales 3 y 4 del artículo 15 del decreto 2651 de 1991, que fueron modificados por el artículo 119 de la Ley 446 de 1998. Y de otro lado, los artículos 121 y 122 de esa misma ley 446 de 1998.

Estas últimas dos disposiciones fueron sólo parcialmente acusadas por el demandante, pero la Corte considera que es necesario estudiarlas integralmente, en desarrollo de la figura de la unidad normativa. La razón es la siguiente: la llamada fase prearbitral, a cargo de los centros de arbitramento, tiene un sentido orgánico y configura un sistema, que tiene su eje básico en las atribuciones judiciales previstas para el centro. Ahora bien, la Corte ha concluido que esas atribuciones judiciales pueden ser contrarias al principio de habilitación, por lo que esta fase prearbitral aparece *prima facie* de una constitucionalidad dudosa. En tales circunstancias, es claro que, en virtud de la regla de unidad normativa, prevista por el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991<sup>17</sup>, es necesario que la Corte estudie integralmente la regulación de esa fase prearbitral. En efecto, esta Corporación ya había señalado que la unidad normativa es procedente cuando ella es indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano, y que eso sucede no sólo cuando es necesario que la Corte extienda el estudio a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo, sino además cuando la regulación global de la cual forma parte la norma demandada aparezca *prima facie* de una dudosa constitucionalidad<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Sobre el alcance de la unidad normativa, ver, entre otras, las sentencias C-320 de 1997, fundamentos 2 y ss, C-448 de 1997, fundamentos 22 y ss, C-481 de 1999, fundamentos 3 y ss y C-992 de 2000.

<sup>18</sup> Sentencia C-320 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento 5.

### **Designación de árbitros y principio de habilitación**

26- Los numerales 3 y 4 del artículo 15 del decreto 2651 de 1991 regulan ciertos aspectos de la forma de designación de los árbitros, que la Corte procede a analizar.

De un lado, el inciso tercero establece una primera regulación relacionada con aquellos casos en que las partes han delegado la designación de los árbitros en un tercero. En esa hipótesis, el Centro de Arbitraje requerirá al delegado para que en el término de cinco días haga la designación. El silencio se entenderá como rechazo. Si ese tercero hace la designación, entonces el director del centro citará a los árbitros, personalmente o por telegrama para que en el término de cinco días se pronuncien. Y el silencio se entenderá como rechazo.

La Corte encuentra que esta regulación se ajusta a la Carta, pues bien pueden las partes delegar en un tercero la designación de los árbitros. En efecto, el principio de habilitación no implica que las partes deban directamente designar a los árbitros, pues si ellas acuerdan que un tercero designe al árbitro o a los árbitros, se entiende que la designación hecha por ese tercero es expresión de la voluntad de las partes. Esa posibilidad se ajusta entonces al principio de habilitación. Y, en este caso, la labor que ejerce el centro de arbitramento es puramente material y de apoyo, y no implica ninguna decisión jurisdiccional, por lo que se ajusta a la Carta y será declarada exequible.

27- La última parte de ese ordinal establece que “*en caso contrario el Centro designará a los árbitros*”. Este aparte implica que si aquella persona en quien las partes delegaron la designación de los árbitros no realiza dicha designación, entonces el Centro procederá a hacerla.

Ese aparte admite entonces dos interpretaciones. Conforme a una primera hermenéutica, las propias partes autorizaron en forma previa y expresa al centro de arbitramento a que realizara la designación de los árbitros, en caso de que el delegado no las realizara. Esa habilitación al centro puede haber sido directa, si las partes atribuyeron expresamente esa potestad al centro, indicando que correspondía a dicha entidad designar al árbitro, en caso de que la persona que había sido delegada para tal efecto, no cumpliera su labor. Pero la delegación puede ser también indirecta, si las partes acordaron expresamente aceptar el reglamento del centro, y ese documento establece que corresponde al centro designar a los árbitros, en aquellos eventos en que el tercero delegado por las partes no realiza dicha designación.

Según la segunda interpretación, las partes no autorizaron expresamente al centro de arbitramento y esta disposición, con el fin de favorecer la puesta en marcha del tribunal, establece una regla supletiva de la voluntad de las partes, en virtud de la cual, el centro procederá a realizar la designación.

La Corte considera que la primera hermenéutica se ajusta plenamente a la Carta, pues las propias partes han acordado, ya sea de manera directa, o ya sea en forma indirecta, que el centro realice dicha labor. Y es que las partes pueden habilitar al centro también en forma indirecta, al aceptar el reglamento, pues, dentro de ciertos límites, los particulares pueden acordar las reglas del proceso arbitral, tal y como lo establece el artículo 7° de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Por ello, la sentencia C-037 de 1997, al declarar la exequibilidad de dicho artículo, señaló que *“los particulares, en aquellos casos no previstos por el legislador, pueden fijar sus propias reglas para el ejercicio de su labor de impartir justicia, siempre y cuando se ajusten a los parámetros establecidos en la Constitución y en la ley”*.

Por el contrario, la segunda posibilidad desconoce el principio de habilitación pues corresponde a las partes, directamente o por medio de un delegado, designar a los árbitros, por lo que la ley no puede establecer reglas supletivas que no tomen en cuenta la voluntad expresa de las partes. Y esto sucede en esta segunda interpretación, pues la ley estaría atribuyendo al centro la designación de los árbitros, sin que las partes le hubieran conferido a esa entidad dicha atribución, ni de manera directa, ni en forma indirecta.

Por todo lo anterior, la Corte acoge el criterio de uno de los intervinientes y considera que es necesario condicionar el alcance de ese aparte, a fin de evitar una interpretación del mismo que pueda ser contraria al principio de habilitación. Esa expresión será declarada exequible, pero en el entendido que el Centro podrá designar a los árbitros únicamente si las partes lo han autorizado previa y expresamente a realizar dicha designación, ya sea de manera directa, o ya sea en forma indirecta, si aceptaron el reglamento del centro y éste prevé que dicha entidad realizara la designación, si el tercero que había sido delegado para tal efecto, no cumple esa labor.

28- El ordinal cuarto del artículo 15 del decreto 2651 de 1991 desarrolla otra regla para aquellos eventos en que los árbitros no acepten la designación, o las partes no hayan nombrado árbitros. Dicha norma establece entonces que el Centro citará a audiencia a las partes para que éstas hagan la designación total o parcial de los árbitros.

A pesar de que la expresión “*audiencia*” podría sugerir que esta actividad del centro es judicial, la Corte considera que la labor del centro en este caso es puramente operativa y de apoyo, pues se entiende que dicha entidad cita a las partes a un encuentro para que éstas procedan a designar a los árbitros. Así entendida la regla, ella no plantea ningún problema constitucional, pues respeta plenamente el marco constitucional del arbitramento, y en especial el principio de habilitación, pues las partes designan a los árbitros. Ese aparte es entonces exequible.

29- La última parte de ese ordinal cuarto del artículo 15 del decreto 2651 de 1991 establece que en estos casos, el Centro hará las designaciones que no hagan las partes. Nuevamente la Corte considera que esa regla admite dos interpretaciones.

Según una primera hermenéutica, las propias partes autorizaron en forma previa y expresa al centro de arbitramento a que realizara la designación de los árbitros, en caso de que ellos no logran ponerse de acuerdo al respecto. Esa habilitación al centro pudo ser en forma directa, o indirecta, si las partes acordaron expresamente aceptar el reglamento del centro, y ese documento establece que corresponde al centro designar a los árbitros, en aquellos eventos en que las partes no logren ponerse de acuerdo sobre ese punto. Según la segunda interpretación, las partes no autorizaron expresamente al centro de arbitramento para realizar la designación, ni en forma directa, ni de manera indirecta, y la ley, con el fin de favorecer la puesta en marcha del tribunal, establece una regla supletiva de la voluntad de las partes, en virtud de la cual, el centro procederá a realizar la designación de los árbitros, en caso de que las partes no logren realizarla.

Nuevamente la Corte considera que la primera hermenéutica se ajusta plenamente a la Carta, pues las propias partes han acordado que el centro realice dicha labor, en forma directa o indirecta. Por el contrario, la segunda posibilidad desconoce el principio de habilitación pues corresponde a las partes, directamente o por medio de un delegado, designar a los árbitros, por lo que la ley no puede establecer reglas supletivas que no tomen en cuenta la voluntad expresa de las partes. Y esto sucede en esta segunda interpretación, pues la ley estaría atribuyendo al centro la designación de los árbitros, sin que las partes le hubieran conferido a esa entidad dicha atribución.

Es pues necesario condicionar el alcance de ese aparte, a fin de evitar una interpretación del mismo que pueda ser contraria al principio de habilitación. Esa expresión será declarada exequible, pero en el entendido que el Centro podrá designar a los árbitros únicamente si en el compromiso o cláusula

compromisoria las partes lo han autorizado, de manera directa o indirecta, a realizar dicha designación.

30- Las anteriores decisiones de exequibilidad condicionada aparentemente podrían tener un impacto negativo sobre la viabilidad de ciertos arbitramentos, en aquellos casos en que las partes no logren designar a los árbitros, o el tercero delegado no realice dicha labor, y las partes no hayan conferido expresamente a los centros de arbitramento la posibilidad de designar árbitros, ni en forma directa ni de manera indirecta. En efecto, los apartes acusados establecían una regla supletiva de la voluntad de las partes, a fin de evitar que en esos eventos el tribunal no pudiera ser instalado, y conferían entonces al centro la atribución de realizar las designaciones que no hubieran sido efectuadas por las partes o por el tercero delegado, incluso si las propias partes no habían delegado de manera directa o indirecta en el centro esa función.

Esa regulación pretendía favorecer la instalación de los tribunales de arbitramento, pues el centro realizaba aquellas designaciones que pudieran faltar. Sin embargo, a pesar de esos propósitos loables, esa regulación es contraria al principio de habilitación (CP art. 1126), y por ello tenía que ser retirada del ordenamiento. Ahora bien, eso no significa que en esas situaciones, esos tribunales de arbitramento no puedan ser instalados, por las siguientes dos razones: De un lado, las partes pueden, en cualquier momento, delegar en el centro la designación de los árbitros, a fin de hacer viable la instalación del tribunal. De otro lado, incluso si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre la designación de los árbitros, esto no significa que por esa razón el pacto arbitral (sea cláusula compromisoria, o sea compromiso) se torne ineficaz, pues las partes acordaron acudir al arbitramento para dirimir su litigio. Lo que sucede es que subsiste una disputa entre ellas sobre la designación concreta de los árbitros. Pero esa controversia no afecta el pacto arbitral como tal. Se trata pues de una cuestión que debe ser resuelta, y como ésta tiene que ver con el acceso a la justicia arbitral, se entiende que, conforme a los criterios desarrollados anteriormente en esta sentencia (Cf supra fundamento 17), la decisión de ese asunto representa el ejercicio de una función judicial. Ahora bien, como la regla general es que la función judicial es ejercida por los jueces (CP art. 116), y sólo excepcionalmente por los particulares o por las autoridades administrativas, entonces se entiende que esta controversia debe ser dirimida por una juez, pues ninguna disposición atribuye su solución a una autoridad diversa a la judicial. Y como el artículo 12 del estatuto procesal civil señala que corresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuido por ley a otras jurisdicciones, entonces es claro que esta controversia debe ser decidida por los jueces civiles, y específicamente a los jueces civiles del circuito, pues éstos conocen de los

asuntos que no estén atribuidos a otro juez (C de PC art. 16). Esto muestra pues que, conforme a la legislación vigente, y en desarrollo de la decisión de exequibilidad condicionada de esta sentencia, en los casos en que las partes no logren ponerse de acuerdo sobre los árbitros, ni hayan delegado directa o indirectamente en el centro de arbitramento la designación de los mismos, corresponderá a la parte interesada dirigirse al juez civil del circuito para que éste, a través de un trámite breve y sumario, proceda a realizar dicha designación, de conformidad con las listas de los centros de arbitramento, a fin de asegurar la eficacia del correspondiente pacto arbitral. Como es obvio, en desarrollo del principio de habilitación, el juez deberá intentar respetar al máximo la voluntad de las partes.

### **El trámite inicial y la instalación del tribunal de arbitramento.**

31- El artículo 121 regula el trámite inicial del proceso arbitral y establece que, previo a la instalación del tribunal, ciertos trámites deberán surtirse ante el Director del Centro de Arbitraje. Así, el centro deberá determinar sobre la admisión de la demanda, su traslado, la posibilidad de reconvención, así como citar a la audiencia de conciliación.

La Corte no encuentra ninguna objeción a que la ley regule la fase inicial del proceso arbitral pues, como ya se explicó, el Legislador tiene una cierta libertad de configuración en la materia, ya que el arbitraje debe realizarse en los términos que determine la ley (CP art. 116). Sin embargo, conforme a los criterios adelantados en esta sentencia, algunas de las atribuciones conferidas al centro de arbitraje en esta fase son de carácter judicial, lo cual desconoce el principio de habilitación, como ya se explicó. Por consiguiente, la ley puede prever la existencia de estos trámites iniciales del proceso arbitral, pero no puede atribuirlos al centro de arbitramento, ya que dichas tareas deben ser realizadas por personas investidas de funciones judiciales, en este caso, por los propios árbitros.

Conforme a lo anterior, la Corte considera que es inconstitucional que ese trámite inicial sea adelantado ante el centro de arbitramento, antes de la instalación del tribunal de arbitramento, por lo que los apartes que prevén esa posibilidad serán retirados del ordenamiento, a saber el párrafo del artículo 121 de la Ley 446 de 1998 y la expresión inicial del mismo, que dice “*Previo a la instalación del tribunal de arbitramento.*” Igualmente, por unidad normativa, resulta necesario retirar del ordenamiento la expresión “*y fracasada la conciliación a que se refiere el artículo anterior de la presente ley, o si ésta fuere parcial*” del siguiente artículo de esa misma ley. En efecto, dicha expresión supone que ese trámite inicial es adelantado por el centro de



arbitramento, previamente a la instalación del tribunal, lo cual es contrario a la Carta, por lo cual también será declarada inexecutable.

Por el contrario, la existencia misma de ese trámite inicial se ajusta a la Carta y será mantenida en el ordenamiento, en desarrollo del principio de conservación del derecho, según el cual, los jueces constitucionales deben, por respeto al principio democrático, intentar preservar al máximo la obra del Legislador. Pero obviamente, es necesario armonizar esa normatividad con los mandatos constitucionales, por lo que ella será declarada executable, *en el entendido que dicha fase debe ser desarrollada por el tribunal arbitral, después de su instalación*, pues sólo de esa manera esa regulación de la fase inicial se ajusta al principio de habilitación y al carácter restrictivo del ejercicio de funciones judiciales por los particulares (CP art. 116).

32- El artículo 122 regula la instalación del tribunal y establece que una vez cumplidos todos los trámites para la instalación del Tribunal e integrado éste, el Centro de Arbitraje fijará fecha y hora para su instalación, que se notificará a los árbitros y a las partes, salvo que éstos hubieren sido notificados por estrados. Luego establece que si alguno de los árbitros no concurre, allí mismo se procederá a su reemplazo, de común acuerdo entre las partes. El Director del Centro entregará a los árbitros la actuación surtida hasta ese momento y la objeción a la fijación de honorarios y gastos deberá formularse mediante recurso de reposición, que se resolverá allí mismo.

La Corte encuentra que esa regulación es un desarrollo posible de la libertad de configuración del Legislador, que no desconoce los principios constitucionales que regulan el arbitramento, pues no confiere al centro funciones judiciales sino labores de apoyo a la instalación del tribunal. Ese artículo será entonces declarado executable, excepto la expresión “*y fracasada la conciliación a que se refiere el artículo anterior de la presente ley, o si ésta fuere parcial*”, que será retirada del ordenamiento, en desarrollo de la figura de la unidad normativa, tal y como se explicó en el fundamento anterior de esta sentencia.

### **Efectos en el tiempo de la decisión.**

33- Por razones de seguridad jurídica, la Corte precisa que esta decisión de inexecutable sigue la regla general, y tiene efectos sólo hacia el futuro, y por ello *no afecta los procesos de arbitramento que ya hayan superado esta fase prearbitral*. Sin embargo, esta Corporación aclara que aunque este fallo no tiene proyección hacia el pasado, sus efectos son inmediatos, y por ello debe aplicarse a los procesos arbitrales que no hayan superado esa fase prearbitral. Además, es claro que esta decisión no impide el desarrollo de

nuevos procesos arbitrales, pues se entiende que las partes procederán directamente a la convocación del respectivo tribunal, con el apoyo material y logístico, cuando sea necesario, de los centros de arbitramento.

## VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

**Primero: ESTARSE A LO RESUELTO** en la sentencia C-592 de 1992, respecto del artículos 13 y de los ordinales 1°, 2°, 5° y 6° del artículo 15 del Decreto No. 2651 de 1991, adoptados como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998

**Segundo.** Declarar **EXEQUIBLE** el numeral 3° del artículo 15 del Decreto No. 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, y cuyo contenido fue modificado por la Ley 446 de 1998, en el entendido que, en desarrollo del principio de habilitación (CP art. 116), la expresión “*en caso contrario el Centro designará a los árbitros*” es aplicable si las partes lo han autorizado previa y expresamente.

**Tercero.** Declarar **EXEQUIBLE** el numeral 3° del artículo 15 del Decreto No. 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, y cuyo contenido fue modificado por la Ley 446 de 1998, en el entendido que, en desarrollo del principio de habilitación (CP art. 116), la expresión “*El Centro hará las designaciones que no hagan las partes*” es aplicable si ha sido prevista en el compromiso o en la cláusula compromisoria.

**Cuarto.** Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “*Previo a la instalación del tribunal de arbitramento*” y el parágrafo del artículo 121 de la Ley 446 de 1998. El resto de ese artículo 121 de la Ley 446 de 1998 es declarado **EXEQUIBLE**, en el entendido que corresponde realizar este trámite inicial al tribunal arbitral, después de su instalación.

**Quinto.** Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 122 de la Ley 446 de 1998, excepto la expresión “*y fracasada la conciliación a que se refiere el artículo anterior de la presente ley, o si ésta fuere parcial*” que se declara **INEXEQUIBLE**.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

**MARCO GERARDO MONROY CABRA**  
**Presidente**

**JAIME ARAUJO RENTERIA**  
**Magistrado**

**ALFREDO BELTRAN SIERRA**  
**Magistrado**

**MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA**  
**Magistrado**

**JAIME CORDOBA TRIVIÑO**  
**Magistrado**

**RODRIGO ESCOBAR GIL**  
**Magistrado**

**EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT**  
**Magistrado**

**ALVARO TAFUR GALVIS**  
**Magistrado**

**CLARA INES VARGAS HERNANDEZ**  
**Magistrada**

**MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ**  
**Secretaria General**