Sentencia C-035/08

ARBITRAMENTO-Carácter voluntario

La Constitución establece el arbitramento como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos mediante el cual, las partes de una controversia, en ejercicio de su autonomía someten la resolución del conflicto sobre materias transigibles a unos árbitros que han sido investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia y cuya decisión es definitiva

PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD EN ARBITRAMENTO-Alcance/PRINCIPIO DE VOLUNTARIEDAD EN ARBITRAMENTO-Elemento esencial de la vía arbitral de resolución de conflictos

Son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma". Respecto del segundo inciso del artículo 17 de la Ley 1122 de 2007 relativo a cómo se debe proceder en el evento de que "no haya acuerdo para la liquidación o que los entes territoriales no lo hagan una vez vencido el plazo" de seis meses, la Corte considera que se pueden hacer dos lecturas diferentes. La primera, apunta a que en caso de que no exista acuerdo para la liquidación de los contratos o venza el plazo, los contratos se deberán liquidar mediante un arbitramento técnico. Según dicha interpretación, se está incluyendo ex –lege la obligatoriedad de un arbitraje técnico, según la reglamentación que expida el Ministerio de Protección Social. Es decir, de manera general y mediante una ley se esta determinado la manera de liquidar todos los contratos estatales a los que se refiere el primer inciso del artículo 17 de la Ley 1122 de 2007; la segunda lectura indica que en caso de que no exista acuerdo para la liquidación de los contratos o venza el plazo, el Ministerio de la Protección Social, por vía administrativa emitirá unas reglas que establecerán el arbitraje técnico como el mecanismo de liquidación de los contratos. Es decir, el reglamento hará obligatorio el arbitraje técnico en virtud de la autorización consignada en el inciso acusado.

Cualquiera de las dos interpretaciones establecen una obligación doble: de una parte, la obligatoriedad del arbitramento para la liquidación de los contratos celebrados entre las Entidades Promotoras de Salud y las entidades territoriales a los que se hace referencia en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 1122 de 2007 y, de otra parte, que dicho arbitraje debe ser de carácter técnico. Dicha obligatoriedad vulnera el principio de voluntariedad de la vía arbitral como mecanismo de resolución de conflictos.

Referencia: expediente D-6898

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 17 (parcial) de la Ley 1122 de 2007 "por medio de la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

Demandante: Mario Andrés Zarama Bastidas

Magistrado Ponente:

Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil ocho (2008).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

LEY 1122 DE 2007

(enero 9)

por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo 17. Los gobernadores y/o alcaldes tendrán un plazo de seis (6) meses a partir de la vigencia de la presente ley, para liquidar de mutuo acuerdo, en compañía de las EPS del Régimen Subsidiado, los contratos que hayan firmado las Entidades territoriales como consecuencia de la operación del Régimen Subsidiado, y que tengan pendiente liquidar en cada Entidad Territorial.

En los casos en que no haya acuerdo para la liquidación o que los entes territoriales no lo hagan una vez vencido el plazo señalado en el presente artículo, el Ministerio de la Protección Social reglamentará el mecanismo por el cual se permita que, a través de un mecanismo de arbitramento técnico se proceda a la liquidación de los mismos, en el menor tiempo posible.

III. LA DEMANDA

El señor Mario Andrés Zarama Bastidas presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 17 (parcial) de la Ley 1122 de 2007 “por medio de la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” por considerar que éste vulnera los artículos 116 y 229 de la Constitución.

El demandante considera que la disposición vulnera el artículo 116 de la Constitución ya que éste dispone 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 (…)” (subraya por fuera del original). De acuerdo a lo anterior, para el demandante, “no es en este caso por virtud de la ley, y mucho menos por imposición de la misma, que las partes pueden acudir al mecanismo del arbitramento, sino por una

decisión autónoma y voluntaria de ellas mismas.”1

Como sustento de lo anterior indica que la jurisprudencia de la Corte Constitucional así lo ha sostenido por ejemplo en el caso del análisis del numeral 14 del artículo 19 de la Ley 42 de 1994 mediante la cual se establecía la obligatoriedad del arbitramento para los conflictos que surgieran entre los asociados o de éstos con la sociedad. Dice el demandante que “luego de efectuar el análisis de constitucionalidad de dicha norma frente a cargos muy similares a los presentados en esta acción, esa Corporación decide declarar la inexequibilidad del numeral, considerando que un mandato legal disponiendo que las diferencias surgidas entre las partes sean resueltas por la justicia arbitral desconoce el artículo 116 de la Constitución Política, ya que solo mediante la habilitación que hagan las partes en conflicto se puede llegar a acudir a ese mecanismo.”2

De otra parte, considera que la disposición demandada “además de desconocer al principio de la autonomía de la voluntad, excede lo establecido en la misma Constitución Política, ya que establece la obligatoriedad de liquidar contratos de administración de recursos de régimen subsidiado que suscriban las entidades territoriales y las entidades promotoras de salud del régimen subsidiado, y que no hayan podido ser liquidados de mutuo acuerdo o de manera unilateral, mediante un arbitramento técnico, figura que es extraña al artículo 116 ya citado. (…) no resultaría ajustado a la Constitución que además de obligar a las partes a resolver su conflicto mediante un arbitramento o arbitraje, también se privara a ellas de que sea resuelto en derecho o equidad como se encuentra establecido. Carece de sustento constitucional esta nueva figura (arbitraje técnico) establecía por la Ley 1122, ya que el artículo 116 de la Constitución estableció de manera taxativa que los árbitros emitieran sus fallos en derecho o en equidad.”4

Finalmente, sobre la vulneración de la disposición al artículo 226 de la Constitución, sostuvo:

El principio general es el libre acceso a la administración de justicia para que sea donde se diriman los conflictos o controversias surgidas entre los ciudadanos, o entre éstos y el Estado.

Dicho principio tiene excepciones como la establecida por la Constitución para que sean unos particulares quienes investidos por las partes diriman su conflicto, no obstante que continúa

siendo una posibilidad el acudir a la justicia arbitral, ya que a pesar de pactarlo las partes pueden continuar sustrayéndose de la cláusula compromisoria.

La cláusula compromisoria o pacto arbitral, no es más que una posibilidad acordada por las partes, quienes se encuentran en plena libertad de derogar ese acuerdo o simplemente hacer caso omiso de él, acudiendo a la justicia ordinaria.

Sin embargo, la norma demandada, además de desconocer el principio fundamental de todo pacto arbitral, limita su acceso a la administración de justicia, imponiendo la obligación de dirimir sus conflictos mediante un arbitramento técnico, lo cual sin duda alguna desconoce el artículo 229 de la Constitución Política el cual propugna por una garantía al derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia.

Tal y como se ha resaltado el arbitramento es una posibilidad que pueden acordar las partes, el cual encuentra asidero constitucional y legal, pero un arbitramento obligatorio, incluso en exceso de lo establecido en la Constitución resulta totalmente contrario a lo establecido en ella.5

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de la Protección Social

El Ministerio de la Protección Social actuando mediante apoderado solicitó la declaratoria de exequibilidad de la disposición acusada. El Ministerio primero expone la organización del sistema de seguridad social en salud y destaca la fuente de los recursos del régimen subsidiado y señala que todos los recursos que alimentan el sistema deben ser de destinación específica y su manejo debe darse por separado. Después de la mencionada descripción advierte que “la liquidación constituye uno de los medios de los cuales se preserva el destino de los recursos. En efecto, exclusivamente mediante este mecanismo se puede establecer si la ejecución de unos recursos se produjo en los términos previstos en la ley. Se preserva conductas como la eventual apropiación de recursos y el pago de lo no debido.”6

El Ministerio sostiene que el demandante ha interpretado erróneamente la norma y que ésta

vista en su integridad “produce una interpretación diversa, a través de la cual se preserva el carácter voluntario del arbitramento como un sistema de solución de conflictos. En efecto, al analizar la disposición se observa lo siguiente:

* Si no se produce acuerdo, el Ministerio de la Protección Social “reglamentará el mecanismo por el cual se permite que, a través de un mecanismo de arbitramento técnico se proceda a la liquidación de los mismos, en el menor tiempo posible.”

Es decir que, agotada una nueva opción para la liquidación de mutuo acuerdo, se plantea la posibilidad de un arbitramento expedito para las partes, con el fin de solucionar sus controversias que subsistan entre ellas. Pero es importante indicar que en ninguna parte se afirma que dicha opción sea obligatoria. Es más, esta norma no cierra las otras formas de solución de controversias ni las eventuales discrepancias que se susciten con motivo de la decisión, tal y como surge de esta interpretación. Si bien una primera lectura puede conferirle un carácter conminatorio, no es claro que así sea. La interpretación del demandante no atiende a ninguno de los criterios expresados sino que presupone una situación. De allí las conclusiones erróneas a las cuales arriba.

Obviamente, la disposición sí pretende, como se ha indicado, poner fin a esta situación pero lo hace utilizando una herramienta que tiene un soporte en nuestra legislación. Su importancia radica en que cuando no se había previsto esa posibilidad o cuando, a pesar de preverla, la misma resultaba dispendiosa y costosa, las partes pueden tener en sus manos y mecanismo que esté más a su alcance para resolver sus controversias.

(…)

Cabe señalar que el atributo de la norma es, entonces, el de permitir que las partes acudan a un arbitraje técnico y señala una causal adicional en donde ello es posible. Todo lo demás se sujeta a lo previsto en las leyes y reglamentos existentes en la materia y a lo que residualmente disponga el Ministerio.

Bajo esta interpretación, los cargos formulados no están llamados a prosperar puede (sic) plantean un razonamiento lógico que no se corresponde con la norma atacada y, por ende,

las consecuencias de constitucionalidad que deriva no resultan acertadas. Básicamente el actor aísla el inciso, tanto del artículo 17 como de las normas de arbitramento considerando que el Ministerio goza de una autonomía total para su regulación. Esto lo lleva a concluir que se está forzando la adopción de un mecanismo de solución de conflictos. No obstante, esta clase de normas no puede leerse por fuera del instituto del cual hace parte ni interpretarse en contravención de las normas (inclusive los elementos señalados en el artículo 17 atacado) que lo regulan y el alcance mismo de la facultad ministerial) que lo regulan y el alcance mismo de la facultad ministerial."7

Finalmente, expone que "a través de la norma en estudio se persigue expedir una regulación técnica, basada en el carácter específico de la situación que se pretende dirimir y sobre la base de los lineamientos legales y reglamentarios existentes en la materia. Se abre una perspectiva de solución de una controversia que las partes, no obstante lo previsto en el artículo 50 del Decreto 050 de 2003, no habían solucionado. Cabe señalar que las entidades territoriales tampoco acudieron al mecanismo de liquidación unilateral. Tal solución, se insiste, debe tener como referente lo indicado por la ley sus reglamentos."8

1. Intervención de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral ACEMI.

ACEMI actuando mediante apoderado presentó intervención dentro del proceso solicitando la inexequibilidad del inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1122 de 2007.

Sostiene que "la norma demandada vulnera los principios de habilitación o voluntariedad y de temporalidad que constitucionalmente regula el arbitraje, en la medida en que hace obligatorio dicho mecanismo y crea una instancia forzosa de carácter permanente que no respeta la libertad de las partes para solucionar sus litigios.

La imposición del arbitraje técnico infringe el principio de proporcionalidad que limita la libertad de configuración por parte del legislador, por cuanto la complejidad jurídica que enmarca la liquidación de un contrato de administración de recursos del régimen subsidiado, es un elemento que determina la necesidad de permitirle a las partes habilitar el arbitraje en derecho.

Al establecerse la figura del arbitramento técnico, se viola el artículo 116 de la Constitución Política, toda vez que éste reconoce únicamente los fallos en derecho o en equidad."9

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación mediante concepto 4392 solicita a la Corte Constitucional que se declare la constitucionalidad condicionada del inciso segundo del artículo 17 de la Ley 1122 de 2007, bajo el entendido que la reglamentación que dicte el Ministerio de la Protección Social para ser aplicada al mecanismo del arbitramento técnico en los contratos suscritos entre las entidades territoriales y las Empresas Prestadoras de Salud, del régimen subsidiado, sólo procederá en los casos en que dicho arbitramento se haya pactado en el respectivo contrato.

La Vista Fiscal primero se refirió a los contratos de prestación del servicio público de la salud con recursos del régimen subsidiado y a la obligación de las direcciones seccionales y locales de salud de contratar con empresas promotoras de carácter comunitario como las Empresas Solidarias de Salud. A su vez dijo que cuando no es posible la contratación con empresas de propiedad de los usuarios, la contratación entre las direcciones seccionales o locales de salud con la Empresas Promotoras de Salud, se debe hacer mediante concurso y se regirá por las normas del derecho privado. También señaló que los contratos que celebran las entidades territoriales a través de sus direcciones seccionales o locales se rigen por las regulaciones de la Ley 80 de 1993.

Después de hacer un recuento sobre la figura del arbitramento en la contratación estatal indicó que "del texto de las normas transcritas, se deduce con meridiana claridad que las partes pueden suplir al juez natural del contrato mediante el pacto de la cláusula compromisoria (o pacto arbitral), para que sean los árbitros, habilitados por ellas quienes, a través de un laudo arbitral, decidan en derecho sobre las diferencias surgidas del contrato, con efectos de cosa juzgada y mérito ejecutivo sin perjuicio del recurso de anulación previsto en el artículo 128-5 del Código Contencioso Administrativo."10

También se refirió al contrato estatal y la autonomía de la voluntad frente al arbitramento y señaló para el caso que "aunque la facultad otorgada al Ministerio de la Protección Social lo es para dictar un reglamento que haga viable el arbitramento técnico como mecanismo para la liquidación de los contratos existentes entre las Entidades Territoriales y las Empresas

Prestadoras de Salud del régimen subsidiado cuando quiera que la liquidación no haya sido posible por falta de acuerdo entre las partes, la disposición que se acusa sugiere que tal liquidación debe hacer a través de dicho mecanismo alternativo, haciendo abstracción de las normas especiales del estatuto de la Contratación Estatal que establecen: i) la libertad de las partes para pactar la cláusula compromisoria, tanto en el arbitramento general como en el técnico, -artículos 70 y 74 del CCA-: y ii) el derecho de las partes para acudir a otros mecanismos de solución de las controversias contractuales que, además lleva implícita la disposición por la cual se establece la improcedencia de prohibir la utilización de esos otros medios –artículos 68 y 69 del CCA-.

Para el Ministerio Público no admite duda que, si el arbitramento es voluntario y, por lo mismo debe haberse pactado entre las partes porque constituye un medio subsidiario para liquidar los contratos estatales, la imposición de acudir al arbitramento técnico violenta el principio de autonomía de las voluntad de la parte a quien se le hace tal imposición.

(…)

Así, el arbitramento técnico no tiene cabida en la resolución de los conflictos que surjan entre las Entidades Territoriales y las Empresas Prestadoras de Salud sino por virtud del pacto arbitral, ello es, que a través de la norma no puede el legislador imponerlo en forma obligatoria sólo por el hecho de la falta de acuerdo entre las partes, pues el arbitramento es un mecanismo subsidiario, más no el único legalmente previsto para la liquidación de los contratos estatales y, tampoco el único legalmente previsto para la solución de las controversias contractuales.”11

Finalmente dice que “en virtud de lo analizado, este despacho solicitará a la Corte Constitucional declarar exequible la autorización al Ministerio de la Protección Social contenida en la norma demandada, para dictar una reglamentación que viabilice el mecanismo de la liquidación de los contratos suscritos entre las Entidades Territoriales y las Empresas Prestadoras de Salud –EPSs- del régimen subsidiado cuando o fuere posible llegar a un común acuerdo, siempre y cuando, la utilización del mecanismo del arbitramento técnico sólo sea posible en la medida en que las partes hayan pactado.”12

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política, corresponde a esta corporación conocer de la presente demanda, por dirigirse contra una norma perteneciente a una Ley de la República.

2. Problema Jurídico

En el presente caso la Corte encuentra el siguiente problema jurídico a resolver: ¿La previsión de un arbitramento técnico para los casos de la liquidación de contratos existentes entre las entidades territoriales y las empresas promotoras de salud del régimen subsidiado vulnera el principio de voluntariedad y el acceso a la administración de justicia?

Para resolver el problema la Corte, primero, se referirá al arbitramento técnico. Segundo, reiterará su jurisprudencia sobre el principio de voluntariedad en el arbitramento. Después determinará el alcance de la disposición acusada y finalmente analizará si la norma demandada vulnera o no el principio de voluntariedad y el derecho al acceso a la administración de justicia.

1. El arbitraje técnico

El artículo 116 de la Constitución establece la posibilidad de resolver conflictos por medios alternativos a la justicia ordinaria. Uno de ellos es el arbitramento:

ARTICULO 116. 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 y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia

en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

De acuerdo a lo anterior, la Constitución establece el arbitramento como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos mediante el cual, las partes de una controversia, en ejercicio de su autonomía someten la resolución del conflicto sobre materias transigibles a unos árbitros que han sido investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia y cuya decisión es definitiva.13

La Ley 446 de 1998, que regula los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en su título tercero se refiere al arbitraje y establece sus diferentes modalidades entre las que se encuentra el arbitraje técnico:

"Artículo 111. Definición y modalidades. El artículo 1º del Decreto 2279 de 1989, quedará así:

"Artículo 1º. El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral.

El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el Arbitro deberá ser Abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico.

Parágrafo. En la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje. Si nada se estipula, el fallo será en derecho.""

Así, el arbitraje técnico es una modalidad de arbitraje en el que los árbitros definen o resuelven un determinado conflicto con base en ciertos conocimientos específicos de una determinada ciencia, arte, u oficio. No obstante, al tratarse de un tipo de arbitraje, éste se

compone de los elementos generales del mismo. La jurisprudencia ha señalado que el arbitramento es de naturaleza jurisdiccional y que la fuente de las funciones jurisdiccionales de los árbitros es la voluntad de las partes. Lo anterior en virtud de una previsión constitucional expresa.

Pasa ahora la Corte a reiterar su jurisprudencia sobre el principio de voluntariedad en la vía arbitral de resolución de conflictos.

3.1 El principio de voluntariedad en la vía arbitral de resolución de conflictos. Reiteración de jurisprudencia.

El principio de voluntariedad en el ámbito arbitral tiene fundamento constitucional expreso en el artículo 116 de la Carta y ha sido objeto de varios pronunciamientos de esta Corporación.

En la sentencia SU-174 de 200714 la Corte resumió las sentencias relativas al principio de voluntariedad en el arbitramento. Es pertinente reiterar lo dicho en esa oportunidad dado que el cargo central del demandante versa sobre la violación de dicho principio:

"2.1. La voluntad de las partes como origen y fundamento del arbitraje.

2.1.1. Por mandato expreso del constituyente, la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares15. Tal acuerdo recibe en nuestro sistema diferentes denominaciones-pacto arbitral, pacto compromisorio-, puede revestir diferentes formas-cláusula compromisoria, compromiso-, y puede abarcar un conflicto específico o, por el contrario, referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación negocial16.

En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas17[128]: la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias18. Así, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la principal y fundamental diferencia entre la justicia que administran los árbitros y la que administran los jueces de la República es que, mientras que los jueces ejercen una función pública institucional que es inherente a la existencia misma del Estado, los particulares ejercen esa función en virtud de la habilitación que les han conferido en ejercicio de la autonomía de su voluntad contractual las partes que se enfrentan en un conflicto determinado19. También ha señalado que la justificación constitucional de este mecanismo de resolución de conflictos estriba no sólo en su contribución a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia, sino en que proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos20, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente21.

2.1.2. La voluntad de las partes se manifiesta en diferentes aspectos del sistema arbitral: por medio de su acuerdo, deciden libremente que no acudirán a la justicia del Estado para resolver sus diferendos, establecen cuáles controversias someterán al arbitraje, determinan las características del tribunal, designan los árbitros e incluso fijan el procedimiento arbitral a seguir, dentro del marco general trazado por la ley. La voluntad de las partes es, así, un elemento medular del sistema de arbitramento diseñado en nuestro ordenamiento jurídico, y se proyecta en la estabilidad de la decisión que adoptará el tribunal arbitral, como se señalará más adelante. Más aún, como consecuencia del acuerdo de voluntades reflejado en el pacto arbitral, las partes aceptan por anticipado que se sujetarán a lo decidido por el tribunal de arbitramento22.

2.1.3. Una consecuencia importante del papel central de la voluntad autónoma de las partes dentro del sistema de arbitramento es que la función conferida a los árbitros es transitoria o temporal, ya que al ser las partes en conflicto las que habilitan a los árbitros para resolver una determinada controversia, cuando se resuelve el conflicto desaparece la razón de ser de

su habilitación23. Otra consecuencia es que las partes, al prestar su consentimiento para habilitar a los árbitros, adquieren la responsabilidad de actuar de manera diligente para establecer con precisión los efectos que tendrá para ellas acudir a la justicia arbitral, y conocer las consecuencias jurídicas y económicas que para ellas se derivarán de tal decisión24. Un tercer efecto es que cualquier circunstancia que vicie la voluntad de las partes de acudir a este mecanismo de resolución de conflictos afecta la legitimidad tanto del tribunal arbitral como de las decisiones que él adopte, y constituye un obstáculo indebido en el acceso a la administración de justicia; de tal manera, el pacto arbitral debe resultar de la libre discusión y autónoma aceptación por las personas concernidas, sin apremio alguno25, a la luz de su evaluación autónoma de las circunstancias que hacen conveniente recurrir a tal curso de acción, y no de una imposición que afecte su libertad negocial26. Por otra parte, la importancia del principio de voluntariedad o poder de habilitación marca, como se verá, uno de los límites materiales para la operancia del sistema de arbitraje, a saber, que aquellos asuntos que no se encuentran dentro de la órbita de libre disposición y autonomía de las partes en conflicto no pueden someterse a la decisión de tribunales arbitrales.

2.1.4. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la importancia de la voluntad autónoma de las partes en conflicto dentro del sistema arbitral no obsta para que el Legislador adopte regulaciones generales sobre la materia, puesto que la misma Constitución dispone, en el inciso final del artículo 116, que los particulares podrán administrar justicia como árbitros "en los términos que determine la ley"27.

2.1.5. La Corte Constitucional ha otorgado especial importancia al principio de voluntariedad que rige al sistema arbitral, al examinar la constitucionalidad de disposiciones legales que regulan el tema; así, ha declarado en varias oportunidades la inexequibilidad de normas que restringen o impiden la expresión autónoma y libre de la voluntad para acudir al arbitramento, y en otros casos ha ejercido el control constitucional sobre disposiciones legales con especial atención a la forma en que éstas materializan o respetan el principio de habilitación voluntaria de los tribunales arbitrales, tomando éste como el criterio central para declararlas ajustadas a la Carta Política.

2.1.5.1. Así, en la sentencia C-242 de 199728, la Corte examinó el artículo 19 de la Ley 142 de 1994, en virtud del cual las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios debían incluir en sus estatutos una cláusula arbitral29. En criterio del demandante, la obligatoriedad de pactar esta cláusula privaba a los particulares del derecho de acceso a la administración de justicia por el Estado, si así lo preferían en casos concretos. Para la Corte, el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales de los árbitros exige, por mandato constitucional, habilitación expresa por las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad, por lo cual se requiere necesariamente el consentimiento de quienes han de someter sus diferencias a un tribunal arbitral, a través de un acuerdo específico inter partes en relación con cada contrato o con una controversia específica, que manifieste la espontánea y libre voluntad de someterse a este mecanismo de resolución de conflictos30; la necesidad de llegar a un acuerdo específico entre las partes precluye, así, el establecimiento de mandatos obligatorios y genéricos en la ley, en el sentido de someter necesariamente las diferencias surgidas entre los asociados o entre éstos y la sociedad al trámite arbitral, pues ello desconoce el mandato constitucional según el cual son las partes las únicas que pueden habilitar transitoriamente a los árbitros para resolver sobre casos específicos31, y además impide a los asociados determinar libremente si optan por acceder al sistema estatal de administración de justicia32. En consecuencia, recordando que el arbitramento no puede sustituir al sistema estatal de administración de justicia en forma absoluta e indefinida en el tiempo so pretexto de resolver prontamente los conflictos-puesto que el arbitramento sólo procede en forma excepcional y transitoria, respecto de materias susceptibles de transacción y en virtud de acuerdo expreso para habilitar a los árbitros en cada caso particular33-, la Corte afirmó que, en el contexto de las empresas de servicios públicos, los conflictos entre los asociados o de éstos con la sociedad con motivo del contrato social se pueden someter a arbitramento, pero en cada caso concreto, de manera libre y voluntaria y no obligatoria, en ejercicio espontáneo de la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación34. La norma que imponía el arbitramento fue, en consecuencia, declarada inexequible.

2.1.5.2. Posteriormente, en la sentencia C-1140 de 200035, la Corte se pronunció sobre los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999, que regulaban la conformación y el funcionamiento de tribunales de arbitramento pactados en contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda con entidades financieras. La Corte indicó que, en la práctica, estos créditos se otorgan mediante contratos de adhesión en los que el deudor es la parte débil y simplemente acepta las reglas prefijadas por la entidad financiera, en formatos

preimpresos que de hecho se ve forzado a aceptar, para luego aceptar los árbitros impuestos por la institución que otorgó el crédito. Precisó esta Corporación que, en este tipo de negocios en los que las partes están en desequilibrio efectivo entre sí, y dada la ausencia de reglas claras que permitan llegar a acuerdos reales y genuinos sobre la atribución de competencia a tribunales arbitrales, las normas que propician la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos desconocen el carácter extraordinario que la Constitución asigna al arbitramento, que exige una habilitación libremente acordada por las partes, y no la imposición por una de ellas. Se resaltó, en este orden de ideas, que los tribunales arbitrales han de ser convenidos libremente por las personas que participan en la relación negocial, y no impuestos por la más fuerte36. Por ello, para la Sala Plena, las normas eran abiertamente inconstitucionales, dado que propiciaban la inclusión de cláusulas compromisorias en este tipo de contratos, lo cual en su criterio violaba el derecho de acceso a la administración de justicia, el principio de igualdad, el objetivo de lograr un orden justo y el derecho a la vivienda digna37. Como consecuencia de este análisis, se declararon inexequibles las normas acusadas.

2.1.5.3. Más tarde, en la sentencia C-060 de 200138, la Corte estudió un segmento del artículo 19 de la Ley 182 de 1995, en virtud del cual si no se llegaba a un acuerdo entre los concesionarios del servicio de televisión y las empresas de servicios públicos o el Estado sobre el uso de la infraestructura de redes de cableado, ductos y postes existentes para efectos de facilitar la transmisión de la señal, se habría de someter la controversia a arbitramento de conformidad con el Código de Comercio. La norma fue demandada por contrariar el artículo 116 Superior, que parte de la base de que la atribución temporal de funciones jurisdiccionales a los árbitros resulta de una habilitación expresa por las partes, y no de una imposición legal como la demandada, que en criterio de los peticionarios restringía el derecho de acceso a la administración de justicia. La Corte Constitucional reiteró, en primer lugar, que el arbitramento es marcadamente voluntario, por lo cual las cláusulas compromisorias deben resultar de la libre discusión de las partes, y no de condiciones legalmente impuestas a uno de los contratantes, pues lo contrario desconocería el principio de autonomía de la voluntad, particularmente en relación con la decisión de los procedimientos y autoridades que han de resolver eventuales desacuerdos contractuales39. También recordó la Sala Plena que la autorización constitucional para acudir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos no puede tomarse como vía libre para bloquear el acceso a la administración de justicia40. En consecuencia, para la Corte la norma acusada, al

disponer que se había de acudir obligatoriamente a arbitramento, era contraria al carácter voluntario, temporal y excepcional de la justicia arbitral; por ello el Legislador había excedido los límites de la figura del arbitraje, basados en el acceso libre y opcional de las partes a esta forma alternativa de resolución de conflictos41. Enfatizando que tanto la cláusula compromisoria como el compromiso son instituciones jurídicas derivadas de un acuerdo explícito, y que resultan del análisis de circunstancias jurídicas y económicas concretas que hacen recomendable recurrir a un tribunal arbitral, la Corte afirmó que no se puede crear mediante ley un arbitramento obligatorio para resolver disputas contractuales, ya que ello crearía una instancia forzosa que desconocería la libertad de las partes para solucionar sus conflictos y restringiría el acceso a la administración de justicia42. Por lo tanto, reiterando que las diferencias entre el Estado y los concesionarios del servicio de televisión, o entre éstos y las ESP, pueden someterse a tribunales arbitrales siempre y cuando se decida hacerlo en forma libre y reflexiva y no como consecuencia de una imposición legal43, la Corte declaró inexequibles las expresiones acusadas.

2.1.5.4. Un año después, en la sentencia C-1038 de 200244, la Sala Plena de la Corte se pronunció sobre las normas legales-contenidas en el Decreto 2651 de 1991 y la Ley 446 de 1998 -que atribuían a los Centros de Arbitraje funciones de índole jurisdiccional durante la etapa prearbitral, en relación con la admisión o rechazo de la solicitud de convocatoria a un tribunal arbitral, la realización de la audiencia de conciliación, la designación de los árbitros y la conformación e instalación del tribunal. Se argumentaba en la demanda que, al no haber sido designados expresamente por las partes para administrar justicia, los funcionarios de los Centros de Arbitraje no podían cumplir con estas funciones, o de lo contrario estarían violando el artículo 116 Superior. La Corte, luego de recordar la importancia del principio de habilitación o voluntariedad dentro del diseño constitucional y legal del arbitraje, explicó que durante la etapa prearbitral, los funcionarios de los Centros de Arbitraje cumplen funciones de gran trascendencia que implican el ejercicio de poderes procesales, tales como la notificación, admisión y rechazo de la solicitud de convocatoria, la decisión de los recursos correspondientes y la conducción de la audiencia de conciliación. Si bien consideró que no pugna con la Constitución ni con el carácter voluntario del arbitramento el hecho de que la ley regule el adelantamiento de esta etapa prearbitral-puesto que el Legislador mantiene su competencia constitucional para establecer los términos en que se ejercerá la función arbitral

y para proteger el debido proceso-, y que tampoco es inconstitucional que, dentro del marco legal, los centros de arbitraje colaboren para la conformación adecuada y ágil de los tribunales, afirmó que sí surge un problema constitucional cuando a los funcionarios de dichos Centros se les confieren legalmente funciones judiciales, que reñirían con el principio de habilitación de los árbitros por las partes45. Luego de analizar la naturaleza de los actos adelantados durante la etapa prearbitral por los Centros de Arbitraje, la Corte concluyó que gran parte de sus funciones eran de naturaleza jurisdiccional, por cuanto (i) implicaban la adopción de decisiones y el adelantamiento de trámites directa e indisolublemente vinculados con el proceso arbitral, que es judicial, (ii) esas decisiones tenían consecuencias importantes para el acceso a la justicia arbitral, porque se decidía, por ejemplo, sobre la admisibilidad de la solicitud de convocatoria del tribunal, (iii) su ejercicio podía implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia, y (iv) se sometían en cuanto al fondo y a la forma a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil que gobiernan las actuaciones judiciales46. En consecuencia, teniendo en cuenta que el artículo 116 de la Carta autoriza a los particulares para habilitar a los árbitros, y no a los Centros de Arbitraje, para administrar justicia, se concluyó que desconoce la Constitución la atribución legal de funciones judiciales a los funcionarios de dichos centros47. Se resaltó, en esa medida, que es la voluntad de las partes la que activa la jurisdicción arbitral, la competencia de los árbitros y sus atribuciones, por lo cual admitir el ejercicio de funciones judiciales excepcionales por quienes no han sido expresamente autorizados por la voluntad de las partes contraría el principio de habilitación que está a la base del arbitramento, y el carácter excepcional y por ende de interpretación restrictiva de este sistema, así como el texto del artículo 116 C.P. que se refiere a la habilitación de los árbitros, y no de los centros de arbitraje. Si bien la ley puede legítimamente asignar a estos centros funciones de apoyo y soporte, no ocurre lo mismo con las funciones jurisdiccionales; por ello, tal atribución se declaró contraria a la Carta Política48. La Corte aclaró que esta decisión no es óbice para que las partes mismas habiliten libremente al Centro de Arbitraje para que lleve a cabo ciertas actuaciones, tales como la designación de árbitros en caso de que la persona designada para ello no lo haga, lo cual sí respeta el principio de voluntariedad y habilitación; tal designación, aclaró la Sala Plena, puede ser expresa y directa, o darse mediante la aceptación del reglamento del Centro de Arbitraje en el que se contemple tal hipótesis. Pero se enfatizó que lo que contraría la Constitución es que la ley establezca reglas supletivas de habilitación, en ausencia de la voluntad de las partes para habilitar expresamente el ejercicio de funciones jurisdiccionales

respecto de sus conflictos49. En consecuencia, la Corte determinó que los trámites de admisión de la demanda arbitral, su traslado, y el examen de la posibilidad de reconvención, deben ser realizados por los árbitros y no por el Director del Centro de Arbitraje, después y no antes de la instalación del Tribunal50.

2.1.5.5. Además de haber declarado inexequibles ciertas disposiciones legales-como las que se acaban de reseñar-por ser contrarias al principio de habilitación voluntaria de los árbitros por las partes, la Corte también ha asumido este principio como criterio guía para determinar la constitucionalidad de otras disposiciones del ordenamiento nacional. Así, por ejemplo, en la sentencia C-211 de 200051, la Corte examinó el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, en virtud del cual las diferencias que surjan en las cooperativas de trabajo asociado "se someterán al procedimiento arbitral previsto en el título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria". Para la Corte, esta norma era exequible porque no imponía un arbitramento forzoso sino voluntario, puesto que dejaba abierta la opción a las partes de recurrir al sistema estatal de administración de justicia; recordó, en este sentido, que el arbitramento está basado en la voluntad de las partes, por lo cual sería inconstitucional una norma que lo estableciera de manera imperativa52.

2.1.5.6. En el mismo sentido, en la sentencia C-330 de 200053, la Corte examinó las normas del Código Procesal del Trabajo (arts. 130 a 142) que consagran y regulan el arbitramento voluntario en materia laboral. La Corte señaló explícitamente que en el campo laboral es aplicable la figura del arbitramento voluntario, siempre y cuando en su regulación legal se respeten las garantías constitucionales mínimas que amparan a los trabajadores54, así como el debido proceso, las reglas constitucionales que rigen el arbitramento, y el principio según el cual el recurso a un tribunal arbitral debe ser resultado de la libre manifestación de los contratantes, y no el producto de la presión ejercida por alguna de las partes con base en su superioridad de poder o negocial- caso en el cual se incurriría en un objeto ilícito55. Con estas precisiones, las normas fueron declaradas ajustadas a la Constitución.

2.1.5.7. Finalmente, en la sentencia C-878 de 200556, la Corte estudió el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo, que dispone que únicamente se podrá pactar válidamente la

cláusula compromisoria en las convenciones o pactos colectivos de trabajo. Esta norma fue demandada por considerar los actores que violaba el derecho a recurrir al arbitramento de los trabajadores no sindicalizados o que no formaban parte de un pacto colectivo. La Corte, sin embargo, advirtió que la interpretación de esta restricción legal se debe enmarcar dentro de la realidad de la desigualdad estructural de las relaciones laborales, la naturaleza de contrato de adhesión que usualmente presenta el contrato de trabajo y la subordinación del trabajador, así como el deber correlativo del Estado de mantener el equilibrio en las relaciones empleador-trabajador57. Con base en esta contextualización, y reafirmando la importancia de la justicia arbitral en el campo laboral, la Corte procedió a determinar si la norma acusada garantizaba que cuando el trabajador renuncia a acudir al sistema estatal de administración de justicia, lo hace con pleno convencimiento de su decisión y no como efecto de la imposición de la cláusula compromisoria por el empleador58, dado que tanto el compromiso como la cláusula compromisoria, al constituir una derogación excepcional del sistema estatal de administración de justicia, deben pactarse de manera libre y voluntaria, y no ser producto de la imposición unilateral de una de las partes59. Después de afirmar que por la trascendencia de la decisión de los trabajadores de renunciar a la resolución de los conflictos por el al sistema estatal de administración de justicia, el Estado está en la obligación de adoptar las precauciones legales pertinentes60, la Corte concluyó que la norma bajo estudio establecía un equilibrio legal entre las partes, al presumir que la cláusula compromisoria incluida en los pactos o convenciones colectivas surgía como producto de una amplia discusión previa, y que limitaba la posibilidad de que los trabajadores individuales firmaran cláusulas que no compartían o no habían podido controvertir, y que eventualmente podrían transformarse en obstáculos para la defensa de sus derechos laborales, dado-entre otros factores-el carácter oneroso de la justicia arbitral. En tal sentido, la Corte caracterizó la norma estudiada como una intervención legítima del legislador, orientada a proteger los derechos del trabajador y su acceso a la justicia, que además no es óbice para que los trabajadores opten por la justicia arbitral si la cláusula compromisoria está incluida en un pacto o convención, o si se firma el compromiso luego de la existencia del conflicto laboral61.

2.1.5.8. El anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del

artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes. La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma." 62

Después de recordar lo establecido por la jurisprudencia respecto del principio de voluntariedad como elemento esencial de la vía arbitral de resolución de conflictos -en especial las reglas sentadas por la Corte en las que ésta ha concluido que "son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma"63- pasa la Corte a determinar el alcance de la norma demandada y su constitucionalidad respecto de los cargos elevados.

1. El inciso segundo del artículo 17 de la Ley 1122 de 2007 vulnera el principio de voluntariedad de la vía arbitral como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Artículo 17. Los gobernadores y/o alcaldes tendrán un plazo de seis (6) meses a partir de la vigencia de la presente ley, para liquidar de mutuo acuerdo, en compañía de las EPS del Régimen Subsidiado, los contratos que hayan firmado las Entidades territoriales como consecuencia de la operación del Régimen Subsidiado, y que tengan pendiente liquidar en cada Entidad Territorial.

En los casos en que no haya acuerdo para la liquidación o que los entes territoriales no lo

hagan una vez vencido el plazo señalado en el presente artículo, el Ministerio de la Protección Social reglamentará el mecanismo por el cual se permita que, a través de un mecanismo de arbitramento técnico se proceda a la liquidación de los mismos, en el menor tiempo posible.

El artículo parcialmente demandado se inscribe en el contexto de la Ley 1122 de 2007 que tiene como objeto "realizar ajustes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios. Con este fin se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud."64

El mencionado artículo se divide en dos partes. La primera, que corresponde al primer inciso, establece un plazo de seis meses a partir de la vigencia de la Ley para los gobernadores y/o alcaldes con el fin de que se proceda a liquidar de mutuo acuerdo y en compañía de las EPS del Régimen Subsidiado, aquellos contratos firmados con las entidades territoriales suscritos en el contexto de la operación del Régimen Subsidiado. Dicho inciso no fue demandado.

De otra parte, se encuentra el segundo inciso del artículo 17 de la Ley 1122 de 2007 relativo a cómo se debe proceder en el evento de que "no haya acuerdo para la liquidación o que los entes territoriales no lo hagan una vez vencido el plazo" de seis meses, el cual ha sido demandado en esta oportunidad. La Corte considera que respecto de éste se pueden hacer dos lecturas diferentes. La primera, apunta a que en caso de que no exista acuerdo para la liquidación de los contratos o venza el plazo, los contratos se deberán liquidar mediante un arbitramento técnico. Según dicha interpretación, se está incluyendo ex –lege la obligatoriedad de un arbitraje técnico, según la reglamentación que expida el Ministerio de Protección Social. Es decir, de manera general y mediante una ley se esta determinado la manera de liquidar todos los contratos estatales a los que se refiere el primer inciso del artículo 17 de la Ley 1122 de 2007.

La segunda lectura de la disposición indica que en caso de que no exista acuerdo para la liquidación de los contratos o venza el plazo, el Ministerio de la Protección Social, por vía

administrativa emitirá unas reglas que establecerán el arbitraje técnico como el mecanismo de liquidación de los contratos. Es decir, el reglamento hará obligatorio el arbitraje técnico en virtud de la autorización consignada en el inciso acusado.

La primera interpretación de la norma establece la obligatoriedad del arbitramento técnico ex –lege y la segunda en virtud de una reglamentación administrativa. Por lo tanto, en los dos casos se trata de un deber de acudir a la vía arbitral que ha sido incluido en los contratos de manera posterior a la celebración de los mismos y sin contar con la voluntad de las partes que lo han suscrito.

Aduce el Ministerio de Protección Social que el inciso acusado puede leerse en un sentido diverso al de haber establecido la obligatoriedad del arbitraje técnico y afirma que el propósito del legislador no fue exigir que se acudiera al arbitramento ni tampoco a una modalidad específica del mismo: el arbitraje técnico. No obstante, del texto de la norma no es posible identificar elementos que sustenten dicha tesis. Tampoco una interpretación sistemática permite deducir el carácter facultativo de dicho arbitraje puesto que el inciso seguido fija el mecanismo que a juicio del legislador conduciría al resultado buscado, v.gr. una liquidación rápida de los contratos referidos cuando ella no hubiere podido ser efectuada de mutuo acuerdo. De tal forma que la tercera interpretación propuesta por el Ministerio de Protección Social no tiene asidero y sólo las dos primeras lecturas mencionadas han de guiar la reducción del cargo.

De acuerdo a lo anterior, la Corte encuentra que cualquiera de las dos primeras interpretaciones establecen una obligación doble: de una parte, la obligatoriedad del arbitramento para la liquidación de los contratos celebrados entre las Entidades Promotoras de Salud y las entidades territoriales a los que se hace referencia en el primer inciso del artículo 17 de la Ley 1122 de 2007 y, de otra parte, que dicho arbitraje debe ser de carácter técnico. Dicha obligatoriedad vulnera el principio de voluntariedad de la vía arbitral como mecanismo de resolución de conflictos, por lo que el aparte correspondiente del inciso segundo del artículo 17 de la ley 1122 de 2007 deberá ser declarado inexequible.

Conforme a lo reiterado en esta providencia, una norma vulnera el principio de voluntariedad de la vía arbitral cuando "(i) impone a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exige a ciertas empresas estatales someter las

diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma."65

La Corte advierte que el resto del inciso acusado guarda una relación estrecha con el punto analizado en la medida en que atribuye al reglamento la regulación del arbitramento técnico impuesto por la norma. De ahí que la demanda verse sobre todo el inciso y no sobre una parte de él. Además, dejar abierta la posibilidad de que por vía del reglamento se regule el arbitramento técnico o cualquier otro mecanismo de resolución de conflictos constituye una amenaza para el principio de legalidad que rige esta materia. Por lo tanto, la decisión de inexequibilidad comprenderá el inciso demandado en su integridad.

Ahora bien, esta decisión no prohíbe que las partes de cada contrato pacten acudir al arbitramento para resolver sus diferencias en punto a la liquidación del contrato respectivo, en el evento en que dicha liquidación no concluya de mutuo acuerdo. Esta sentencia tampoco impide que las autoridades ejerzan sus competencias constitucionales y legales con miras a agilizar dichas liquidaciones.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

DECLARAR INEXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 1122 de 2007.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

IMPEDIMENTO ACEPTADO

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-035 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

RESERVA DE LEY-Regulación de mecanismo de arbitramento técnico para la liquidación de contratos (Salvamento de voto)

LIQUIDACION UNILATERAL DE CONTRATO DEL REGIMEN SUBSIDIADO POR ENTIDAD TERRITORIAL-Procedencia (Salvamento de voto)

CLAUSULA COMPROMISORIA-Puede establecerse en el contrato o acordarse con posterioridad (Salvamento de voto)

AUTONOMIA TERRITORIAL-Su afectación produce inexequibilidad (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-6898

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 17 (parcial) de la Ley 1122 de 2007, "por medio de la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"

Magistrado Ponente:

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corte, me permito manifestar mi discrepancia frente a la decisión adoptada en Sala Plena del 23 de enero del 2008 respecto del expediente de la referencia, en la cual esta Corporación declaró "exequible, por el cargo analizado, el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 1122 de 2007, salvó la expresión "que, a través de un mecanismo de arbitramento técnico se proceda a", la cual se declara inexequible"66, decisión de Sala Plena que el suscrito magistrado encuentra extrañamente cambiada en la parte resolutiva de la presente sentencia. Las razones de mi disenso frente a la decisión original adoptada por la Sala, son las que me permito consignar a continuación:

1. En primer término, debo señalar que no puede entenderse que el Ministerio de la Protección Social esté facultado para entrar a regular mecanismos que compete establecer al

Legislador, como en el presente caso, el mecanismo de arbitramento técnico para la liquidación de los contratos de que trata el artículo 17 de la Ley 1122 del 2007.

2. De otra parte, a juicio de este magistrado, no puede sostenerse que hoy exista vacío jurídico en la materia regulada por el artículo 17 de la Ley 1122 del 2007, por cuanto si no se logra acuerdo para la liquidación de los contratos en cuestión, o en caso que los entes territoriales no lo hagan una vez vencido el plazo señalado por la misma norma, se procede a la liquidación unilateral de los contratos que hayan firmado las Entidades territoriales como consecuencia de la operación del Régimen Subsidiado, sin que haya que llevarlo a arbitramento técnico.

3. Así mismo, debo indicar que la cláusula compromisoria se puede establecer en el contrato y si ésta no se ha pactado se puede acordar con posterioridad.

4. Finalmente, considero necesario dejar constancia que la causa de la inexequibilidad es una eventual afectación de la autonomía territorial, y no otra como lo manifiesta la sentencia.

Con fundamento en lo anterior, salvo mi voto a la presente sentencia.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Folio 3.

2 Folio 4.

3 Folio 5.

4 Folios 5-6.

5 Folio 6.

6 Folios 59-60.

7 Folios 63-64.

8 Folio 66.

9 Folio 81.

10 Folio 94.

11 Folios 95-96.

12 Folios 97-98.

13 El arbitramento se define legalmente en el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998, que reproduce el artículo 111 de la Ley 446 de 1998: "El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. // El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. // En este evento el arbitro deberá ser abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico. // Parágrafo. En la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje. Si nada se estipula, el fallo será en derecho". En la sentencia C-163 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte explicó que según el Código de Comercio y la doctrina constitucional , el arbitraje se define como un mecanismo expresamente autorizado por la Constitución, mediante el cual las partes en un conflicto transigible, a través de un contrato, renuncian a acceder a la jurisdicción ordinaria y someten las diferencias que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de un tercero o árbitro, que administrará justicia por medio de un procedimiento establecido por las partes o en la ley, y adoptará una decisión a la cual las partes aceptan sujetarse por anticipado: "El artículo 115 del Código de Comercio define el arbitraje ordinario (que difiere del internacional o del laboral) como el "mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter

transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral'. Adicionalmente, la doctrina constitucional definió el arbitramento como "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'. // Así pues, la justicia arbitral implica la suscripción voluntaria de un contrato o negocio jurídico, por medio del cual las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y acuerdan someter la solución de cuestiones litigiosas, que surgen o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de árbitros, para lo cual determinan un procedimiento que ellos establecen o se remiten al previsto en la ley. Pues bien, este mecanismo alterno de resolución de conflictos fue expresamente autorizado por el artículo 116 de la Constitución cuando señaló 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".

14 Sentencia SU-174 de 2007 MP: Manuel José Cepeda Espinosa. SV: Jaime Araujo Rentería; Humberto Sierra Porto. AV: Jaime Córdoba Triviño. En esta oportunidad la Corte conoció de un caso en el que se alegaba la vulneración del derecho al debido proceso por parte de un tribunal de arbitramento y del Consejo de Estado al incurrir en una vía de hecho por defecto orgánico consistente en haber desconocido la validez y firmeza del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato administrativo GM-95-04-017 suscrito entre CISA y el Departamento del Valle del Cauca. La Corte determinó que el Tribunal de Arbitramento convocado para resolver controversias económicas existentes entre CISA y el Departamento del Valle del Cauca, con ocasión del contrato GM-95-04-017, no incurrió en la vía de hecho por defecto orgánico alegada.

15 La doctrina especializada en el arbitramento a nivel internacional y comparado también ha resaltado la importancia del acuerdo entre las partes como base del proceso arbitral; así, se ha resaltado que el arbitramento depende del consentimiento de las partes, el cual, una vez otorgado, obliga a aquellas a cumplir la decisión adoptada, independientemente de si la comparten; y que al optar por el arbitramento, las partes acuerdan someter su disputa a un particular que habilitan para actuar como juez, excluir la jurisdicción de los jueces estatales y cumplir con la decisión del tribunal, así como fijar las reglas de procedimiento en la medida en que así lo permita el derecho estatal. Ver, a este respecto, Emmanuel Gaillard y John

Savage (eds.): “Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration”. Kluwer Law International, 1999: “No se disputa el hecho de que la base del arbitramento es contractual: el poder de un árbitro para resolver una disputa se fundamenta en la intención común de las partes a esa disputa. (…) La base contractual del arbitramento ha sido reafirmada constantemente en la legislación y la jurisprudencia. (…) En otras palabras, la naturaleza judicial del arbitramento no debilita, de ninguna manera, el principio igualmente sólido de la autonomía de las partes.” (Traducción libre). También se puede consultar, en este sentido, Christian Bühring-Uhle: “Arbitration and Mediation in International Business”. Kluwer Law International, 1996, p. 42-44: “El arbitramento (…) depende del consentimiento de las partes pero una vez este consentimiento se ha otorgado, las partes quedan obligadas por la decisión independientemente de si la aceptan. Al optar por el arbitramento, las partes acuerdan someter su disputa a un tribunal privado, excluir la jurisdicción de las cortes públicas y cumplir la decisión de dicho tribunal. El acuerdo arbitral también sirve para establecer las reglas de procedimiento en la medida en que lo permita la ley del Estado donde se desarrolla el arbitramento (…).” (Traducción libre). Ver también, Caivano, Roque: “Arbitraje”, Villela Editor, Buenos Aires, 2000, p. 98-99: “(…) los árbitros ejercen jurisdicción y por lo tanto de allí se deriva el status jurídico de su función. Ello sin desconocer que su origen es generalmente contractual; o dicho de otro modo, tendría una raíz contractual y un desarrollo jurisdiccional. Se trata, en suma, de una jurisdicción instituida por medio de un negocio particular. (…) La voluntad de las partes permite sustraer de los órganos creados por el Estado la resolución de determinado tipo de controversias, atribuyendo esa misión a particulares, quienes se encuentran así temporalmente investidos-mientras sea necesario para el desempeño de su labor-de una verdadera jurisdicción. (…) La relevancia jurídica que tiene la voluntad de las partes en la admisión del sistema arbitral como fórmula para la resolución de sus controversias, más allá de su propia fuerza vinculante, viene dada porque la ley inviste a los árbitros de la autoridad necesaria para ejercer su función”.

16 De conformidad con el artículo 117 del Decreto 1818 de 1998, que reprodujo el texto del artículo 115 de la Ley 446 de 1998, “por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”.

17 Dijo la Corte en la sentencia C-098 de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez) que “el arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse

como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precaviendo su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos".

18 En la sentencia C-163 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se afirmó, en este sentido: "De lo expuesto es fácil concluir que el sustento de la justicia arbitral es el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros (…). Por consiguiente, la habilitación de los árbitros que realizan las partes contratantes, es un requisito constitucional imperativo sin el cual no es procedente la justicia arbitral". En idéntico sentido, en la sentencia C-330 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) la Corte explicó: "El arbitramento es voluntario. La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal de arbitramento (antes que acudir a los jueces ordinarios), es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. El arbitramento, al ser un instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, "tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar (…) Así, el fundamento de esta figura procesal es, entonces, la determinación voluntaria de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos, con la garantía de que, como acontece en los demás procesos, los derechos consagrados en la Constitución y la ley tienen plena vigencia".

19 Sentencia C-294 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), en la que se afirmó: "En principio, solamente puede señalarse una diferencia fundamental entre la justicia que administran los árbitros y la de los tribunales y jueces de la República a la cual se refiere el inciso primero del mismo artículo 116. Tal diferencia es ésta: // Cuando los tribunales y jueces enumerados en el inciso primero del artículo 116 administran justicia, ejercen una función pública cuya razón de ser está en la existencia misma del Estado: no puede pensarse en un Estado que no administre justicia a sus súbditos. Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser "habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad". Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar".

20 En este sentido, en la sentencia C-098 de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez), se dijo: "...el arbitramento como la conciliación o la amigable composición, han de entenderse como institutos a los que el Constituyente les reconoció una función fundamental dentro la administración de justicia, pues son mecanismo a los que pueden recurrir opcionalmente las personas para poner término a sus controversias, sin la intervención directa del Estado, lo que permite no sólo la descongestión del aparato de justicia sino la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos".

21 En este sentido, en la sentencia C-163 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) la Corte señaló: "Además, estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos encuentran base constitucional no sólo en su reconocimiento expreso en el artículo 116 superior sino también en otros principios y valores constitucionales. Así, su presencia puede constituir una vía útil, en ciertos casos, para descongestionar la administración de justicia formal, con lo cual se potencia la eficacia, celeridad y efectividad de la justicia (CP art. 228). Además, y más importante aún, la Carta establece un régimen democrático y participativo (CP art. 1º), que propicia entonces la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos . En ese orden de ideas, es perfectamente posible que el Legislador estimule la resolución de conflictos directamente por los propios afectados, por medio de figuras como la conciliación o la amigable composición, o por terceros que no sean jueces, como sucede en el caso de los árbitros o de ciertas autoridades administrativas y comunitarias".

22 En la sentencia C-242 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara), se afirmó: "El arbitramento, que es el que interesa para el caso en estudio, consiste en 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".

23 Sentencia C-294 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), en la que se afirmó que "los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral". Más tarde, en la sentencia C-330 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se reafirmó que "el arbitramento es de carácter temporal. No es posible pensar que las

atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros, puedan ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. De no ser así, se crearía una jurisdicción paralela a la ordinaria que, con grave perjuicio del orden público (…)".

24 Dijo la Corte en la sentencia C-330 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz): "Es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo. (…)La manifestación de voluntad, que da lugar a la sujeción de ciertos eventos a la decisión de los árbitros debe ajustarse a una regulación detallada, destinada a garantizar que la puesta en funcionamiento de la justicia arbitral no sea el fruto del deseo caprichoso de los sujetos en contención. El fundamento de esta figura procesal debe ser la determinación libre de las partes de acudir a un mecanismo alternativo para resolver conflictos. Como en todo negocio jurídico, también en el acuerdo que da paso al arbitraje, es deber de las partes establecer con precisión los efectos que han de seguirse de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas que tal decisión produce; sólo así puede decirse que la cláusula compromisoria es plenamente eficaz".

25 En la sentencia C-098 de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez), se señaló que la característica constitucional central de esta institución es que las partes del conflicto determinan en forma autónoma y voluntaria que no serán los jueces estatales sino un particular habilitado por ellos el que resolverá su controversia, sin apremio alguno para ejercer su poder habilitante: "La nota característica de este instituto, requisito que la propia Constitución impone y que la jurisprudencia constitucional ha resaltado (…), está en que los sujetos en controversia o que prevean que pueden llegar a estarlo, determinen autónoma y voluntariamente que su diferencia no será decidida por el Estado a través de sus jueces, sino por un particular a quien ellos le reconocen el poder y la competencia para resolver sus desavenencias-poder habilitante de las partes-. Es, en este contexto, en donde el arbitramento adquiere su condición de mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pues son las partes las que voluntariamente y sin apremio alguno, deciden no hacer uso del aparato de justicia estatal".

26 En este sentido, en la sentencia C-060 de 2001 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte explicó-en relación con un contrato de concesión-: “En este punto, resulta necesario reiterar que, tanto el convenio que da origen al contrato de concesión-sobre el que versa el parágrafo parcialmente demandado-, como todas las decisiones tomadas en desarrollo de este vínculo contractual, tienen que ser el resultado de la libre discusión de las partes, y no de la aceptación de cláusulas y condiciones impuestas por la ley o uno de los contratantes. Si algún significado ha de dársele al principio de autonomía de la voluntad, que estructura todo el régimen de contratación nacional (pública y privada), éste tiene que ver con la posibilidad de que sean las propios sujetos de la relación jurídica, quienes decidan el destino de su vínculo y obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no sólo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino el adecuado acceso a la administración de justicia. (…) Sobre este particular, no puede perderse de vista el hecho de que, tanto la cláusula compromisoria-que se incluye en los contratos con el propósito de hacer posible los arreglos arbitrales-, como el compromiso, son entidades jurídicas que surgen del acuerdo explícito de las partes y, como tal, son el resultado del análisis de circunstancias concretas que desde el punto de vista jurídico-incluso económico-, hacen recomendable recurrir a un tribunal de arbitramento”.

27 Algunas de las características básicas del arbitramento, derivadas de la autonomía de la voluntad y recién reseñadas, fueron sintetizadas así en la sentencia C-1038 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett): “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”. 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”. 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”.

28 M.P. Hernando Herrera Vergara.

30 “Desde luego, que conviene destacar que la realización de funciones jurisdiccionales por los árbitros requiere por exigencia constitucional de la habilitación por las partes en conflicto para que puedan proferir, en cada caso en concreto, los fallos en derecho o en equidad en los términos legalmente establecidos (C.P.,art.116); lo que indica que para que sea procedente al utilización de este mecanismo en la misión esencial de administrar justicia por particulares investidos transitoriamente de dicha facultad, se requiere indefectiblemente del consentimiento o la habilitación por parte de aquellos que han optado por someter sus conflictos a la decisión arbitral. // Lo antes expresado significa que, la mencionada habilitación a particulares para que ejerzan la función pública de impartir justicia, debe darse a través de un acuerdo interpartes de escoger el mecanismo del arbitramento como el instrumento adecuado y competente para resolver sus diferencias, a causa de la espontánea y libre voluntad de someterse al proceso arbitral, a cambio del conocimiento de las mismas por la jurisdicción ordinaria”.

31 En términos de la Corte: “De ahí que, disponer por vía legal y genérica, a manera de mandato obligatorio, que el instrumento que debe utilizarse para resolver las diferencias surgidas entre los asociados o con la sociedad, con motivo del contrato social, sea el del procedimiento arbitral, desconoce el mandato contenido en el artículo 116 de la Constitución Política, según el cual “son las partes” las únicas que pueden investir transitoriamente y en cada caso específico a los particulares, a fin de que sirvan de árbitros para que decidan en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”

32 Dijo la Corte: “Igualmente, en el precepto acusado se impide, por consiguiente, la determinación libre que tienen los asociados de las mencionadas “E.S.P.”, de someter las diferencias a la decisión arbitral de particulares, dada la obligatoriedad de la norma, cercenando así el derecho al acceso a la jurisdicción ordinaria, investida del principio de gratuidad y permanencia de que está revestida la administración de justicia (C.P., art. 218 y 229)”.

33 “Además, no tiene fundamento alguno de carácter jurídico pretender que el arbitramento pueda sustituir la jurisdicción ordinaria de manera absoluta e indefinida en el tiempo, bajo el pretexto de obtener una definición pronta del conflicto, ya que la institución arbitral

solamente es procedente y viable en forma excepcional y transitoria, según los ordenamientos constitucionales anteriormente citados y respecto de materias susceptibles de transacción, en desarrollo del acuerdo expreso de las partes, mediante la habilitación de los árbitros para proferir el respectivo fallo en cada caso en particular".

34 "De lo anterior se colige, entonces, que en las empresas de servicios públicos domiciliarios "E.S.P." las diferencias que surjan entre los asociados o con la sociedad, con motivo del contrato social, pueden libre, y no obligatoriamente, y en cada evento específico someterse a la decisión de un tribunal de arbitramento, a fin de que éste dirima el respectivo conflicto, en desarrollo del ejercicio espontáneo de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, para que los particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en su calidad de árbitros "habilitados por las partes", profieran sus fallos en derecho o en equidad, en los términos señalados por la ley".

35 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

36 En términos de la Corte, "(…) en todo caso es importante anotar que, en relación con el artículo 36 de la Ley objeto de análisis, también resulta ostensiblemente inconstitucional que una de las partes tenga la efectiva capacidad de sustraer de manera absoluta esta clase de procesos del normal conocimiento de la justicia ordinaria. El artículo 116 de la Constitución, al prever la posibilidad del arbitramento, lo contempla como extraordinario, puesto que, además de hacerlo transitorio, exige la "habilitación" por las partes, lo que significa que, por definición, debe ser convenido, no impuesto. Y, con base en el principio que obliga al juez-con mayor razón al de constitucionalidad-a velar por la prevalencia del Derecho sustancial (art. 228 C.P.), esta Corte no puede pasar inadvertida la circunstancia del desequilibrio efectivo entre los contratantes en los préstamos hipotecarios, ni la falta de reglas claras en la normatividad objeto de examen, que permitieran llegar a genuinos y reales acuerdos en un plano de igualdad. // Debe advertir la Corte que lo dicho no implica la condena de los pactos arbitrales per se, pues tales cláusulas y los tribunales de arbitramento, como mecanismos alternativos de solución de conflictos, constituyen valioso instrumento para alcanzar el orden y la paz sociales, siempre y cuando se cumpla con la indispensable condición de efectividad consistente en que las partes en controversia tengan plena libertad para decidir acerca de si acuden o no a ese medio, y nunca porque así lo imponga la parte más fuerte, porque entonces dicha figura pierde su razón de ser, resulta distorsionada su finalidad, y a

la postre se convierte en motivo adicional de querella social, pues es muy probable que la parte que se ha visto obligada a acudir a la justicia arbitral-por fuerza de las aludidas circunstancias de debilidad-desconozca su legitimidad".

37 Dijo la Corte: "Para la Corte es palmaria la inconstitucionalidad de los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999, acusados en este proceso. (…) Estima esta Corporación que la implantación de ese sistema destinado a resolver los conflictos contractuales que se presenten con ocasión del crédito para adquisición de vivienda, viola el derecho de acceder a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución Política), el principio de igualdad (artículo 13 ibídem) y el objetivo constitucional de un orden justo (Preámbulo), además de frustrar-por contera-el ejercicio del derecho a una vivienda digna (art. 51 C.P.). // En primer lugar, debe resaltarse que en la aludida materia operan los contratos por adhesión, en los cuales el acreedor impone las condiciones del acuerdo contractual, mientras que el deudor-parte débil de la relación-limita su papel a la aceptación de las reglas previamente establecidas por el primero. // Es indiscutible que quien pide el préstamo para la adquisición de vivienda se ve sometido a las imposiciones contractuales de las entidades financieras. Así las cosas, la expresa alusión legal a que "solamente por solicitud expresa del deudor podrá pactarse el procedimiento de arbitramento" resulta ser una inocua garantía para evitar que éste se vea presionado y obligado a suscribir una cláusula compromisoria, si se tiene en cuenta la frágil posición que él ocupa en la relación convencional. // En efecto, muy fácilmente, bajo la modalidad de formatos preimpresos, quien pide el préstamo se ve abocado a suscribir la cláusula compromisoria por temor a que no se le otorgue el préstamo, y así la parte más fuerte de la relación contractual termina imponiendo su exclusiva voluntad, aunque pueda en apariencia presentarse una realidad distinta. // Y después, en los términos de la normatividad impugnada, la institución financiera-que en principio sufraga los honorarios de los árbitros-los escoge, o los impone. // De la normatividad demandada no surge directamente la regla aplicable a la forma en que han de ser escogidos los árbitros, y por tanto ello resultaría de la manera en que se redacte la cláusula contractual respectiva, la cual, incluida en un contrato por adhesión, deja de nuevo indefenso, también en ese punto, al usuario".

38 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

39 Dijo la Corte: "En este punto, resulta necesario reiterar que, tanto el convenio que da

origen al contrato de concesión-sobre el que versa el parágrafo parcialmente demandado-, como todas las decisiones tomadas en desarrollo de este vínculo contractual, tienen que ser el resultado de la libre discusión de las partes, y no de la aceptación de cláusulas y condiciones impuestas por la ley o uno de los contratantes. Si algún significado ha de dársele al principio de autonomía de la voluntad, que estructura todo el régimen de contratación nacional (pública y privada), éste tiene que ver con la posibilidad de que sean las propios sujetos de la relación jurídica, quienes decidan el destino de su vínculo y obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no sólo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino el adecuado acceso a la administración de justicia".

40 "En la medida en que toda persona tiene derecho a acceder a la administración de justicia, estos estímulos legales al uso de los mecanismos alternativos de solución de los conflictos no pueden llegar al extremo de bloquear o afectar de manera desproporcionada la posibilidad de una persona de llevar su controversia ante los jueces".

41 En términos de la Corte: "Resulta contradictorio con el carácter voluntario, temporal y excepcional que se le reconoce al arbitramento-en los términos ya aludidos-, que una disposición legal pretenda establecer la obligatoriedad de dicho mecanismo en el evento de no existir acuerdo sobre el uso de ciertas redes de comunicación entre el Estado o las empresas prestadoras de servicios públicos, y los concesionarios del servicio de televisión. Sin duda, se trata de una norma que excede los límites sobre los que la institución arbitral se sustenta, que guardan íntima relación con el hecho de que la utilización de la justicia arbitral, como forma alternativa de resolución de los conflictos, sea el resultado de la libre decisión de las partes que ante un evento cierto, que se debate, optan por encargar su resolución a particulares designados por ellas"

42 En palabras de la Corte: "Sobre este particular, no puede perderse de vista el hecho de que, tanto la cláusula compromisoria-que se incluye en los contratos con el propósito de hacer posible los arreglos arbitrales-, como el compromiso, son entidades jurídicas que surgen del acuerdo explícito de las partes y, como tal, son el resultado del análisis de circunstancias concretas que desde el punto de vista jurídico-incluso económico-, hacen recomendable recurrir a un tribunal de arbitramento. Por otro lado, no es concebible que por medio de una ley se establezca la obligatoriedad del arbitramento para la resolución de

contenciones contractuales, pues de este modo se crea una instancia forzosa que no respeta la libertad de las partes para solucionar sus litigios y restringe indebidamente el acceso de los particulares a la administración de justicia. Por estas razones las expresiones demandadas serán declaradas inexequibles."

43 Dijo la Corte: "Ahora bien: no puede pensarse, so pena de incurrir en un grave error de interpretación, que el pronunciamiento de la Corte sobre este particular impide u obstaculiza la aplicación de formas alternativas de solución de conflictos a las diferencias que se presenten entre el Estado y los concesionarios del servicio público de televisión. El sometimiento de los desacuerdos nacidos en cumplimiento de un contrato-en este caso el de concesión-, a la decisión de particulares investidos de poderes judiciales, es una figura constitucional-artículo 116 C.P.-cuya aplicación ha sido respaldada y alentada por la jurisprudencia de la Corte, si bien siempre condicionada a la necesidad de proteger la integridad de la jurisdicción ordinaria y asegurar el recto ejercicio de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos, quienes de manera libre y reflexiva siempre podrán optar por acudir ante la justicia arbitral para la resolución de sus problemas jurídicos".

44 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

45 Dijo en este sentido la Corte: "(…) 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 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" // 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".

46 "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".

47 "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".

48 "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".

49 Expresó la Corte, en lo pertinente: "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. (…) 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 el contrario, la segunda posibilidad desconoce el principio de habilitación pues corresponde a las partes, directamente o por medio de una 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".

50 El segmento relevante de la parte resolutiva de esta sentencia dice: "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".

51[162] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

52 Dijo la Corte: "...disposición que, a juicio de la Corte no viola el estatuto superior, básicamente por tres razones: primero porque es la misma Constitución la que autoriza la justicia arbitral (art. 116); segundo, porque el arbitramento no es de carácter forzoso sino facultativo, es decir, que las partes pueden optar por acudir a él o no hacerlo; y tercero, por que no se impide a las partes acceder a la justicia laboral para definir los conflictos o controversias que surjan entre ellos en relación con su trabajo, que es su principal aporte. (...) La decisión de someter las diferencias a árbitros debe surgir de la libre y autónoma voluntad de las partes en conflicto. En consecuencia, las disposiciones que consagren el arbitramento con carácter obligatorio violan la Constitución, como ya lo reiterado esta corporación".

53 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

54 En términos de la Corte, "Las consideraciones que hasta ahora se han hecho alrededor de las características del arbitramento como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, son plenamente aplicables cuando el estudio se restringe concretamente al ámbito del derecho laboral. Las controversias de carácter individual o colectivo que surgen como resultado de la existencia de una relación de trabajo bien pueden ser ventiladas y resueltas por tribunales de arbitramento regidos por la ley. (...) En síntesis es posible afirmar que el legislador goza de plena autonomía para dictar disposiciones tendientes a desarrollar el ejercicio de funciones 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-también los originados en la relación de trabajo-(Artículo 116 C.P.). Sin embargo, este poder de configuración que se reconoce a la rama legislativa no es ilimitado, pues debe concordar con los principios y derechos consagrados en la Constitución en materia laboral".

56 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

57 En términos de la Corte: "...A partir de la realidad de la desigualdad estructural de las relaciones laborales, de la obligación del Estado de intervenir con acciones positivas encaminadas a mantener el equilibrio en las relaciones entre empleador y trabajador, de la subordinación del trabajador al empleador, de considerar que el contrato de trabajo corresponde a un contrato por adhesión, es donde se debe ubicar la restricción legal de

suscripción de la cláusula compromisoria".

58 "Entonces, si bien no está en discusión la importancia constitucional de la justicia arbitral en asuntos laborales, lo que sí debe examinar la Corte es si la ley está garantizando que cuando el trabajador renuncie a recurrir a la justicia ordinaria, lo haga con pleno convencimiento de su decisión. Es decir, que no sea producto de la imposición de una de las partes de hacer suscribir a la otra, de manera individual, la cláusula compromisoria".

59 Dijo la Corte: "El compromiso, como se sabe, no forma parte del contrato inicialmente pactado entre las partes, sino que es un acto jurídico de nacimiento posterior, que surge cuando así se conviene por ellas para que se le dé solución a un conflicto posterior al contrato que, de no mediar el compromiso, debería ser decidido por la jurisdicción del Estado. El compromiso requiere la preexistencia del conflicto, de la contención, de la controversia jurídica por unos hechos determinados. No puede imponerse unilateralmente por una de las partes a otra, como un ejercicio abusivo del derecho para sustraer la decisión del litigio por los jueces. Exige, necesariamente que se pacte de manera autónoma, esto es, con una voluntad libre, exenta de vicios en el consentimiento, pues se trata nada menos de la derogación de la jurisdicción para el caso concreto".

60 "Entonces, dada la trascendencia de la decisión del trabajador de renunciar a la justicia ordinaria para la solución de sus conflictos, nace para el Estado, a través del legislador, la obligación de adoptar las precauciones que estime convenientes".

61 "En el caso sub exámine consideró el legislador que se equilibraban las partes en este aspecto, bajo la presunción de que si la cláusula compromisoria consta en convención o pacto colectivo, querría decir que tal decisión había sido producto de una amplia discusión previa, en la que participaron el sindicato o los representantes de los trabajadores, y, por consiguiente, se adoptaba libre de presiones. De esta manera se limita la posibilidad de que tal renuncia sea producto de una aparente decisión individual del trabajador, quien para no poner en juego su contrato de trabajo, se vería obligado a firmar cláusulas con las que ni esté de acuerdo o que ni siquiera hubiere podido controvertir. // Además, la suscripción individual de esta cláusula por parte de los trabajadores podría convertirse en un obstáculo para hacer valer sus derechos laborales, pues, al tener que recurrir a la justicia arbitral, que es onerosa, mejor decidan desistir de demandar al empleador. (…) Por consiguiente, como

conclusión se tiene : no sólo no se viola ninguna de las disposiciones constitucionales a las que se refiere el demandante con la restricción acusada, sino que se trata de una intervención legítima del legislador y justificada en la Constitución, con el fin de proteger al trabajador, para que no renuncie a la justicia ordinaria al suscribir individualmente la cláusula compromisoria, salvo si ésta consta en convención o pacto colectivo, pues, en este caso, existe la presunción de que su inclusión fue objeto de amplio debate sobre su conveniencia, por parte del sindicato o de los representantes de los trabajadores, según el caso. (…) se trata de una forma de garantizar el acceso de los trabajadores a la justicia ordinaria, en la que obra el principio de la gratuidad. Además, no se impide al empleado recurrir a la justicia arbitral si la cláusula consta en pacto o convención, o si obra en un compromiso, una vez ya se ha producido el conflicto".

62 Sentencia SU-174 de 2007 MP: Manuel José Cepeda Espinosa. SV: Jaime Araujo Rentería; Humberto Sierra Porto. AV: Jaime Córdoba Triviño.

63 Sentencia SU-174 de 2007 MP: Manuel José Cepeda Espinosa. SV: Jaime Araujo Rentería; Humberto Sierra Porto. AV: Jaime Córdoba Triviño.

64 Ley 1122 de 2007. Artículo 1.

65 SU-174 de 2007 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

66 Acta No. 01 de 23 de enero del 2008.