

Sentencia C-305/13

ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL-Designación de árbitros y secretarios/ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL-Impedimentos de árbitros o secretarios/ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL-Deber de información a cargo de persona designada árbitro o secretario de tribunal de arbitramento

LIMITACIONES E INHABILIDADES PARA DESEMPEÑARSE COMO ARBITRO O SECRETARIO DE TRIBUNALES DE ARBITRAMIENTO EN LOS QUE SEA PARTE UNA ENTIDAD PUBLICA O DE QUIEN EJERCE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS-No configura un desconocimiento de los derechos a la igualdad y al trabajo

FUNCIONES DE ARBITRO O SECRETARIO DE TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO-Límites/ARBITRO O SECRETARIO DE TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO-Limitación del numero de tribunales simultáneos en casos en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas

ARBITRAMIENTO-Jurisprudencia constitucional/ARBITRAMIENTO-Contenido y alcance/ARBITRAMIENTO-Concepto/ARBITRAMIENTO-Mecanismo de carácter excepcional y temporal de administrar justicia en cabeza de particulares/ARBITROS-Función de administrar justicia de carácter temporal con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades/ARBITRAMIENTO-Facultades de los árbitros

En forma reiterada la Corte Constitucional ha hecho énfasis en que, aun cuando la habilitación se produce para casos concretos y en virtud del acuerdo entre las partes, el arbitramento es “un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido” y, por lo tanto, los árbitros quedan investidos de la función de administrar justicia “con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades”. De conformidad con lo indicado, aunque medie un acuerdo de voluntades entre las partes en disputa para habilitar a los árbitros, es la Constitución Política la que provee el fundamento último del arbitramento y, por ende, de la posibilidad de que mediante él se resuelva “en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia”,

lo cual implica que “los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional”, inscrita dentro de la administración de justicia que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta, “es función pública”. La condición pública de la función transitoriamente encomendada a los árbitros implica que la configuración del estatuto de la actuación arbitral se realice dentro del marco fijado por la Constitución, marco que, ciertamente, ha de comprender los derechos de las personas llamadas a desempeñarse como árbitros o como secretarios de tribunal de arbitramento, pero también los de quienes concurren al proceso arbitral en calidad de partes o de sujetos procesales y, desde luego, las exigencias propias de la administración de justicia en cuanto función pública que ha de cumplirse con ceñimiento a criterios de transparencia, publicidad, imparcialidad, autonomía e independencia, conforme se desprende del ya citado artículo 228 superior. En este orden de ideas, la perspectiva exclusivamente fincada en los derechos de las personas que aspiran a ser árbitros o secretarios de tribunal de arbitramento no alcanza a agotar el conjunto de pautas superiores que se han de tener en cuenta al momento de decidir acerca de la designación de los mencionados árbitros o secretarios y sobre las condiciones en las que han de cumplir las funciones que se les encomienden. No es suficiente, entonces, tener la acreditación del mérito personal o profesional como único requisito para acceder, sin más límites, al desempeño de las tareas propias del arbitramento, porque el carácter de función pública, inherente a la administración de justicia que cumplen los árbitros y los secretarios de los tribunales de arbitramento, impone otros límites constitucionales, a los que se suman los correspondientes a los derechos de los involucrados en la controversia que los árbitros van a solucionar, mediante una decisión “que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada”. De ahí que la distinción entre dos grupos de profesionales que, según la actora, desconoce la igualdad en sus dimensiones de igualdad de trato y de oportunidades, debe ser apreciada a partir de un referente constitucional más amplio que el esgrimido en la demanda y solo desde ese marco constitucional, que incluye lo preceptuado en los artículos 116 y 228 de la Carta, pero también en artículos como el 29 sobre el debido proceso y 229 sobre acceso a la administración de justicia, puede ser valorada la razonabilidad de la medida adoptada en el artículo 8º de la Ley 1563 de 2012.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN ARBITRAMIENTO-Límites/MECANISMOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS-Configuración legislativa/LEGISLADOR-Autonomía para desarrollar ejercicio de funciones judiciales por particulares/ARBITRAMIENTO EN MATERIA LABORAL-Autonomía legislativa no ilimitada para regular procedimiento

El artículo 116 de la Carta, después de autorizar a los particulares para administrar justicia en forma transitoria y en condición de árbitros “habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”, agrega que tal investidura procede “en los términos que determine la ley”. Con fundamento en este precepto superior, la Corte ha puntualizado que aun cuando la justicia arbitral debe ser habilitada por las partes, no procede deducir de esta premisa “que el legislador está impedido para regular el procedimiento que rige este tipo de mecanismos de solución de conflictos”, de donde el artículo 116 de la Carta debe interpretarse en armonía con el artículo 29, según el cual “toda persona tiene derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, lo que incluye el proceso arbitral. En atención a lo precedente, la Corporación ha precisado que, pese a ser decidido por particulares, el arbitramento es un auténtico proceso, por lo cual “está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso”, cuyas garantías son aplicables a toda actuación judicial, “pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”. Tal como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, la vigencia de las garantías incorporadas en el debido proceso hace parte de los contenidos constitucionales que deben ser observado al regular el arbitraje, así como los derechos de acceso a la administración de justicia y de defensa, la primacía del derecho sustancial sobre las formas y ciertos principios y fines del Estado, tales como la justicia y la igualdad, entre otros, de manera que, con ceñimiento a esos postulados superiores y dado que los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, “es razonable que el legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral”. Así pues, en lo que le atañe y dentro de los límites constitucionales pertinentes, “el legislador goza de plena autonomía para dictar disposiciones tendientes a desarrollar el ejercicio de funciones arbitrales 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”.

ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL-Propósito/ARBITRAMIENTO-Distinción entre los que están comprometidos el interés público y aquellos en los que se ventilan asuntos de carácter privado/LIMITACIONES E INHABILIDADES PARA DESEMPEÑARSE COMO ARBITRO O SECRETARIO DE TRIBUNALES DE ARBITRAMIENTO EN LOS QUE SEA PARTE UNA ENTIDAD PUBLICA O DE QUIEN EJERCE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS-Finalidad de la

medida

Mediante la regulación del arbitraje recogida en la Ley 1563 de 2012, se pretendió “proteger el arbitraje de abusos, monopolios, tráfico de influencias y de acaparamientos indebidos”, para lo cual, entre otros aspectos y ya en la exposición de motivos del proyecto inicial, se propuso que ningún árbitro o secretario pudiera desempeñarse, “simultáneamente como tal, en más de cinco tribunales en que intervenga una entidad pública o quien ejerza funciones públicas en los conflictos relativos a éstas”, medida allí mismo calificada como “sana y profiláctica”. Este propósito permaneció durante la discusión del proyecto y el texto mediante el cual busca su realización práctica solo sufrió algunas variaciones que lejos de desvirtuarlo lo reafirman, pues solo pretendieron mayor claridad, tal como se advierte desde el informe de ponencia para primer debate en el Senado, en el cual se consignó que “para evitar interpretaciones equívocas sobre el alcance de la intervención de la entidad pública, se ha precisado que esta tiene que ser en su carácter de ‘parte’ y se aclara la redacción respecto de la expresión ‘funciones públicas’ por ‘funciones administrativas’ en los términos señalados en el artículo 1º”. En las anteriores referencias se encuentra la razón por la cual en el inciso 2º del artículo 8º de la Ley 1563 de 2012 el legislador, de una parte, diferenció entre los arbitramientos en los que está comprometido el interés público y aquellos en los que se ventilan asuntos de carácter privado y, de la otra, fijó un tope en la cantidad de arbitramientos en los que pueden desempeñarse árbitros y secretarios siempre que intervengan como partes entes públicos. El especial cuidado por el interés público que llevó al legislador a distinguirlo del interés privado y el propósito de evitar la concentración de los arbitramientos estatales en unas pocas manos corrieron paralelos en la discusión del proyecto que luego se convirtió en ley de la República y superaron propuestas de modificación, como la vertida en el pliego presentado para el primer debate en la Cámara y tercero del proyecto, en el que se propuso “modificar el artículo 8º para reducir el número de arbitrajes en que alguien puede participar como árbitro o secretario cuando se trata de controversias en las que intervenga una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas, en el texto aprobado el límite era cinco (5) arbitramientos y en el pliego se reduce a tres (3), para los arbitrajes privados el límite queda en ocho (8)”. Repárese en que aun cuando se pensó en establecer un límite también para el caso de los arbitrajes privados, se mantuvo la diferencia entre estos y los estatales y que respecto de los últimos se planteó una limitación más severa, lo que persiste en la fórmula finalmente adoptada, a la que se retornó más adelante, mediante el señalamiento

expreso de que se regresaba “a la versión del Senado, según la cual no hay límites en los arbitrajes privados, conservando en todo caso el original límite de cinco (5) arbitrajes en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas”, según consta en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes. El Congreso de la República, en uso de su facultad de configuración se inclinó por conferirle especial protección al interés público y, con tal objetivo, junto a otros mecanismos que no viene al caso mencionar, estableció una medida que procura evitar el acaparamiento de los arbitrajes en que se debata lo público por grupos exclusivos y lo hizo merced al señalamiento de un límite de tribunales de arbitramento en que pueden actuar árbitros y secretarios en forma simultánea. Al comentar esta medida, en la intervención que presentó en nombre propio y en representación del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, el ciudadano Ramiro Bejarano Guzmán apunta que el motivo por el cual la restricción opera únicamente para los árbitros o secretarios que actúen en tribunales estatales radica en que “en los arbitrajes en que intervienen como partes entes públicos, se ventilan interés igualmente públicos, al mismo tiempo que los gastos de funcionamiento y los honorarios de los árbitros y el secretario, son sufragados parcialmente con cargo a recursos del erario estatal”, de modo que “si lo público pertenece a todos y a ninguno en particular, a no dudarlo, ello supone que no solamente en los arbitrajes estatales deban intervenir quienes tienen tomado el mercado arbitral, por llamarlo de alguna manera, sino todos los profesionales que estén en capacidad de hacerlo”. La protección del arbitraje “de abusos, monopolios, tráfico de influencias y de acaparamientos indebidos”, presente ya en la exposición de motivos inicial, tiene en esta medida un mecanismo de realización cuyo efecto es democratizador en la medida en que amplía la base de personas con posibilidad de acceder al desempeño de las funciones de árbitros o de secretarios de tribunal de arbitramento y, por contera, responde al carácter participativo de la democracia constitucional previsto en los artículos 1º y 2º de la Carta, rasgo también inherente al arbitraje, que, según lo ha señalado la Corte, “permite no solo la descongestión del aparato de justicia, sino la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos”, en armonía con el régimen democrático y participativo instaurado, “que propicia, entonces, la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos”. Así las cosas al poner coto al monopolio del arbitraje que compromete a entidades públicas en calidad de partes o a quien ejerce funciones administrativas el resultado, en lugar de desconocer la igualdad la propicia, pues

un mayor número de profesionales tiene la posibilidad real de aspirar a desempeñarse como árbitro o como secretario, cuando quiera que estos asuntos se tramiten mediante arbitramento. Sin embargo, la igualdad que pretende la actora es de distinto alcance, porque se muestra contraria a la existencia de cualquier límite, de forma que al desaparecer el previsto en la disposición demandada, todos los profesionales puedan aspirar a ser árbitros o secretarios, trátese de arbitrajes estatales o privados. Este planteamiento se funda en una percepción individual y exclusivamente centrada en los derechos y soslaya las razones de interés público que el legislador tuvo en cuenta, bajo el pretexto de que carece de todo fundamento la distinción entre lo público y lo privado. Puesto que ya se ha indicado que la perspectiva utilizada en la demanda es insuficiente, debido a que la Constitución aporta referentes más amplios que deben ser satisfechos, resta anotar ahora que de la índole del arbitramento que es una forma de administrar justicia, de los derechos de los sujetos trabados en la litis, del mandato de asegurar el interés general y de la transparencia, imparcialidad, independencia y moralidad que han de presidir todo acto de administración de justicia se deduce que la medida adoptada en el segundo inciso del artículo 8º de la Ley 1563 de 2012 es razonable y cabe dentro de lo que al legislador le es permitido en virtud de su potestad de configuración.

LIMITACION DEL NUMERO DE ARBITRAJES EN LOS QUE PUEDE PARTICIPAR EN FORMA SIMULTANEA UN ARBITRO O UN SECRETARIO-No vulnera el derecho al trabajo ni desconoce el derecho a escoger profesión y oficio/LIMITACION DEL NUMERO DE ARBITRAJES EN LOS QUE PUEDE PARTICIPAR EN FORMA SIMULTANEA UN ARBITRO O UN SECRETARIO-No desconoce el derecho al trabajo de los profesionales del derecho

Al limitar a cinco el número de arbitrajes en los que puede participar, en forma simultanea, un árbitro o un secretario, el legislador no desconoció el derecho al trabajo de los profesionales del derecho que aspiren a desempeñar tales funciones, ni plasmó una prohibición que en forma absoluta les impida acceder a ese desempeño a quienes para tal fin acrediten las calidades requeridas. Simplemente, en aras del interés público y de caros principios que guían la administración de justicia, el Congreso estableció una condición plenamente justificada de conformidad con lo que acaba de verse y en forma tal que, dentro del límite que ese condicionamiento supone, el interesado puede ser designado como árbitro o secretario en los arbitrajes estatales, siendo del caso destacar que por fuera del ámbito estatal existe un amplísimo margen de acción que no les está vedado por la

disposición censurada y en el que pueden concretar sus alternativas laborales como profesionales del derecho. Tampoco cabe pasar por alto que, tratándose del arbitraje estatal, el límite legislativamente establecido permite el acceso de un número mayor de abogados, lo que desde el punto de vista del derecho al trabajo, lejos de desconocerlo lo potencia e incluso en relación con los profesionales que habitualmente ejercieron en el ámbito del arbitraje público, pues al evitar la colonización de este tipo de arbitraje quienes encuentren un límite que antes no existía se verán estimulados a incursionar en otras áreas y espacios, al paso que, como contrapartida, quienes en razón del anterior monopolio se vieron excluidos del arbitraje estatal sumarán ahora un nuevo campo en el que también podrán trabajar. No se configura, por lo tanto, la violación al derecho al trabajo aducida en la demanda, ni el desconocimiento del derecho a escoger y ejercer libremente profesión u oficio, dado que, aún en el peor de los escenarios, el arbitraje es apenas un sector del amplio espectro en que puede desempeñarse un abogado, cuya profesión, sea indicado de paso, requiere, dadas sus notorias implicaciones sociales, la regulación de su ejercicio, contenida en otras leyes, mas no en la 1563 de 2012 que, conforme se ha visto, no se ocupa de ello, sino del arbitraje nacional e internacional. La calidad de abogado es, entonces, presupuesto del desempeño como árbitro o secretario de tribunal de arbitramento y en cuanto la regulación demandada no afecta el derecho al trabajo de la manera como la demandante lo plantea, tampoco se advierte razón alguna que permita predicar la violación del derecho contemplado en el artículo 26 de la Constitución.

DESIGNACION DE SECRETARIO POR ARBITROS-Prohibición de relación contractual, subordinación o dependencia con alguno de ellos/PROHIBICION DE DESIGNACION COMO SECRETARIO A QUIEN TENGA RELACION CONTRACTUAL, DE SUBORDINACION O DEPENDENCIA CON ALGUNO DE LOS ARBITROS-Medida favorece al arbitraje mismo como mecanismo de administración de justicia

La prohibición de designar como secretario a quien tenga relación contractual, de subordinación o dependencia con alguno de los árbitros es medida que favorece al arbitraje mismo como mecanismo de administración de justicia, por cuanto busca hacer de él un instrumento transparente y depurado de influencias personales contrarias al interés público llamado a permear toda actuación orientada a administrar justicia, sea que se desarrolle con carácter permanente o transitoriamente, como en el caso del arbitraje.

SECRETARIO DE TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO-Selección de lista del centro de arbitraje en el que se adelanta el procedimiento arbitral, garantiza la idoneidad y confianza que exige dicha labor

La selección del secretario del tribunal de una lista conformada por quienes llenan las condiciones para hacerlo garantiza la idoneidad y confianza que exige la importante labor desarrollada por los centros de arbitraje al apoyar a los árbitros en la misión de administrar justicia, debiéndose destacar, finalmente, que los requisitos exigidos a quienes aspiren a ser secretarios de tribunal arbitral son los de ley y que se dirigen a salvaguardar la moralidad pública y el interés general.

DEBER DE INFORMACION A CARGO DE PERSONA DESIGNADA ARBITRO O SECRETARIO DE TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO-Garantía de imparcialidad e independencia

El deber de información busca garantizar la imparcialidad y la independencia de árbitros y secretarios, proveyéndose al efecto una regulación aplicable al arbitraje que comporta la administración de justicia de manera transitoria o temporal y que ameritó un tratamiento distinto del correspondiente a la administración de justicia que se presta de manera permanente, lo cual se inscribe dentro de las posibilidades que al legislador le brinda su potestad de configuración.

LEGISLADOR Y PRINCIPIO DE LA BUENA FE-Requisitos para ejercicio de derecho o actividad/LEGISLADOR-No viola el principio de la buena fe al estipular requisitos

De acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, “al estipular requisitos el legislador no viola el principio de buena fe, pues no presume nada en contra de ella; no parte del supuesto de la mala fe del gobernado; simplemente se limita a cumplir su función de salvaguarda del interés general y de ordenamiento mínimo en lo que respecta al servicio público y al funcionamiento de los entes estatales.

Referencia: Expediente D-9330

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 8° (parcial), 9° (parcial) y 15 de la Ley 1563 de 2012 “por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”

Actor:

Olga Berrío Pino

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil trece (2013)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Olga Berrío Pino demandó los artículos 8° (parcial), 9° (parcial) y 15 de la Ley 1563 de 2012 “por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”.

Después de haber sido corregida la demanda que inicialmente fue inadmitida, mediante Auto de dos (2) de noviembre de dos mil doce (2012), el Magistrado Sustanciador decidió admitirla, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para los efectos de su competencia.

En la misma providencia ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente del Congreso de la República, a la Ministra de Justicia y Derecho, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Instituto Colombiano de Derecho Procesal-ICDP-, a la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio Confécamaras-, a la Federación Nacional de Comerciantes -Fenalco- y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades del Atlántico, Nacional, Católica, Colegio Mayor de Cundinamarca y Libre, para que, en caso de estimarlo conveniente, interviniieran dentro del proceso con el propósito de impugnar o defender la

constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Una vez cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de las demandas de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda presentada.

II. LOS TEXTOS DEMANDADOS

A continuación se transcriben los artículos acusados y se subrayan los apartes demandados.

LEY 1563 DE 2012

(Julio 12)

por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

Artículo 8°. Designación de los árbitros. Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros, o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista.

Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas.

Artículo 9° .Secretarios. Los árbitros designarán un secretario quien deberá ser abogado y no podrá ser cónyuge o compañero permanente, ni tener relación contractual, de subordinación o dependencia, de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o civil o

segundo de afinidad, con ninguno de los árbitros. El secretario deberá ser escogido de la lista del centro en la que se adelante el procedimiento arbitral.

(...)

Artículo 15. Deber de información. La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años. Igualmente deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados.

Si durante el curso del proceso se llegare a establecer que el árbitro o el secretario no revelaron información que debieron suministrar al momento de aceptar el nombramiento, por ese solo hecho quedarán impedidos, y así deberán declararlo, so pena de ser recusados.

En todo caso, a lo largo del proceso, los árbitros y los secretarios deberán revelar sin demora cualquiera circunstancia sobrevenida, que pudiere generar en las partes dudas sobre su imparcialidad e independencia. Si cualquiera de estas considera que tal circunstancia afecta la imparcialidad o independencia del árbitro, los demás árbitros decidirán sobre su separación o continuidad, y si no hubiere acuerdo entre aquellos, o se tratare de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje.

III. LA DEMANDA

La demandante estima que las disposiciones objeto de censura constitucional, contenidas en la Ley 1563 de 2012 “por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, contravienen lo dispuesto en los artículos 13, 25, 26 y 83 de la Constitución Política.

Señala que el artículo 8° de la Ley 1563 de 2012 vulnera el derecho a la igualdad de los

secretarios y árbitros que participan en tribunales de arbitramento en los que son parte entidades públicas o instituciones que ejercen funciones administrativas, al establecer restricciones carentes de fundamento.

Advierte que a pesar de que en el arbitraje existen diversas especialidades, como por ejemplo, el arbitraje de inversión, el arbitraje comercial, el arbitraje societario, entre otros, solo se le impone un límite para su ejercicio al arbitraje administrativo o público.

Indica que el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 1563 de 2012 discrimina al grupo de abogados especializados en derecho administrativo o público que actúan como árbitros o secretarios en los tribunales de arbitramento, pues restringe su participación a solo 5 tribunales.

Aduce que la disposición acusada establece un tratamiento distinto para dos grupos que, al ser vistos y analizados bajo criterios de razonabilidad objetividad y proporcionalidad, son iguales y, por tanto, merecen el mismo trato ante la ley.

Considera que los intereses del Estado en el marco del arbitramento no se materializan al establecer un límite en el número de arbitrajes en que pueden participar los árbitros y secretarios especializados en derecho público o administrativo, pues aquellos árbitros y secretarios que por su hoja de vida, trayectoria y calidades personales son seleccionados por las entidades públicas para que presten sus servicios en un tribunal de arbitraje, se encuentran con la limitación de no poder ejercer sus funciones en más de cinco tribunales.

Manifiesta que no existe explicación alguna para el número límite de tribunales de arbitraje impuesto por el legislador a los árbitros especialistas en derecho administrativo, pues pudo ser uno menor o mayor, ya que no hay argumentos objetivos que sustenten dicha determinación.

Respecto del artículo 9º de la Ley 1563 de 2012, el demandante considera que la expresión “contractual, de subordinación o dependencia” es contraria al artículo 13 de la Constitución Política, pues establece una condición ajena al mérito y a la capacidad de los profesionales que pueden fungir como secretarios de un tribunal de arbitramento.

A su juicio, la norma acusada le restringe al profesional del derecho, de forma ilegitima y discriminatoria, la posibilidad de ejercer la función publica en calidad de secretario del tribunal de arbitramento.

Advierte que si bien las relaciones de orden familiar definidas por el parentesco civil o consanguíneo, generan un claro conflicto de intereses en el ejercicio de la función publica, no pasa lo mismo con las relaciones contractuales, laborales o de subordinación, pues en estas el interés no afecta el juicio y libre discernimiento del profesional del derecho que funja como secretario del tribunal de arbitramento.

Señala que la citada disposición establece un trato desigual entre el abogado que tiene una relación contractual o de subordinación con uno de los árbitros y aquel que tiene relaciones contractuales o de dependencia con otras entidades o profesionales del derecho, pues éste ultimo no estaría inhabilitado para ejercer el cargo de secretario del tribunal de arbitramento.

Refiere que para la creación de inhabilidades el legislador tiene que atender a criterios de orden restrictivos, pues éstas solo deben establecerse con el ánimo de evitar situaciones que pongan en riesgo la actuación eficaz, objetiva, imparcial e independiente de quien ejerce la función publica.

Indica que, a la luz del principio de igualdad y en concordancia con el derecho al trabajo y con el derecho a ejercer una profesión u oficio, no se entiende por qué el legislador restringe la posibilidad de que un abogado ejerza funciones de secretario de tribunal de arbitramento por el solo hecho de tener una relación contractual o de dependencia con uno de los árbitros, cuando dicha circunstancia no implica, per se, que se afecte la objetividad, la imparcialidad y la independencia en el ejercicio del cargo, pues la relación es con uno de los árbitros y no con una de las partes procesales o sus apoderados.

Aduce que la relación contractual o de dependencia entre el secretario y uno de los árbitros redunda en beneficio del trámite arbitral, pues implica que se tienen una confianza especial que, con fundamento en la institución del intuitu personae, permite el desarrollo del proceso en condiciones de eficiencia y probidad.

Manifiesta que la expresión "el secretario deberá ser escogido de la lista del centro en la

que se adelante el procedimiento arbitral” consagrada en el artículo 9 de la Ley 1563 de 2012 contraviene el artículo 13 constitucional, pues establece un trato discriminatorio respecto de los abogados que no están inscritos en la referidas lista frente aquellos que sí lo están.

Advierte que, si bien puede considerarse razonable que en el marco del arbitraje institucional y del independiente se exija que el secretario sea escogido de la respectiva lista, este requerimiento no tiene asidero constitucional en el marco del arbitraje legal cuya regulación por parte del legislador debe ser acorde con los postulados inherentes al principio de igualdad.

Señala que la norma acusada dispone un trato diferencial para la designación del secretario del tribunal de arbitramento respecto de lo establecido en la ley para el nombramiento de los árbitros, pues mientras estos últimos son designados por las partes con plena libertad y sin restringirse a los inscritos en las listas de los centros de arbitraje, los árbitros se encuentran limitados para seleccionar a su secretario, a quien no podrán elegir de manera libre, sino que tendrán que circunscribirse a los inscritos en las respectivas listas.

De otra parte, advierte que el artículo 8, inciso 2 de la Ley 1563 de 2012, es contrario a los artículos 25 y 26 de la Constitución Política, pues establece para los abogados especialistas en derecho administrativo o público una restricción injustificada e irrazonable al ejercicio de la profesión.

Señala que si bien el legislador puede adoptar medidas con el ánimo de buscar la democratización en el ejercicio de la función pública, no puede considerarse como una medida válida para estos efectos, el establecer un límite de cinco tribunales en los términos del inciso cuestionado, pues, en primer lugar, 5 arbitrajes no es un número idóneo y suficiente para garantizar el mínimo vital a los abogados especialistas en derecho público o administrativo que actúan como árbitros o secretarios en tribunales de arbitramento y, en segundo lugar, no se entiende por qué se crea dicho límite solo para los arbitrajes en que son parte entidades públicas o quien ejerce funciones administrativas y no para los arbitrajes en que son parte entes privados.

Por otra lado, considera que la expresión “el secretario deberá ser escogido de la lista del centro en la que se adelante el procedimiento arbitral”, contenida en el artículo 9 de la Ley

1563 de 2012, viola los artículos 25 y 26 de la Carta Política, pues contempla una causal de inhabilidad que no atiende a los parámetros de transparencia, moralidad, imparcialidad o eficiencia.

Considera que dicha inhabilidad vulnera el núcleo esencial de los derechos al trabajo y a ejercer una profesión u oficio de los abogados que aspiran a ejercer el cargo de secretario de tribunal de arbitramento.

Advierte que el legislador, al diseñar las inhabilidades e incompatibilidades, no debe modificar los límites fijados directamente por el constituyente, lo que le corresponde es subordinarse a los valores y principios constitucionales en especial a los derechos a la igualdad, al trabajo, a la libertad de escoger profesión y oficio y al derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Indica que al ser el arbitramento un ejercicio transitorio de la función jurisdiccional es de esperarse que los árbitros y secretarios de forma paralela tengan otras ocupaciones u obligaciones laborales o contractuales, por lo que, el hecho de que exista una relación de este tipo entre un árbitro y un secretario de un mismo tribunal de arbitramento no puede constituirse, a la luz del derecho al trabajo y del ejercicio de una profesión u oficio, en un motivo para que les sea restringido a éstos últimos el acceso, apenas transitorio, a la función pública y menos aun cuando está claro que dicha condición en nada afecta su imparcialidad, objetividad y su sano juicio en el ejercicio de sus funciones secretariales.

Acto seguido, la demandante señala que el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 es contrario al artículo 83 constitucional, pues con la información que se les exige a los árbitros se pone en duda su transparencia, independencia, autonomía e idoneidad en el ejercicio de sus funciones.

De conformidad con lo expuesto, la ciudadana Olga Berrío Pino solicita a esta Corporación que declare la inexequibilidad de las disposiciones acusadas.

IV. INTERVENCIONES

Vencido el término de fijación en lista, y en cumplimiento de lo ordenado en auto de 2 de noviembre de 2012, la Secretaría General de ésta Corporación informó que de acuerdo a las

comunicaciones libradas se recibieron los siguientes escritos de intervención:

1. Universidad Externado de Colombia

El Director del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, Ramiro Bejarano Guzmán, intervino de forma oportuna en el trámite de la acción, en nombre propio y en representación de la Universidad.

Aduce que en el caso bajo estudio se presenta una tensión constitucional entre dos agrupaciones de derechos consagrados en la Carta Política, por un lado, los derechos de los árbitros y secretarios al trabajo, la igualdad, la libertad de escoger profesión u oficio, a la presunción de la buena fe y, por el otro, las normas encaminadas a proteger la adecuada administración de justicia.

Considera que dicha tensión constitucional debe resolverse a favor de la pulcritud en el sistema judicial, como valor fundante de nuestro ordenamiento constitucional, pues las referidas restricciones están justificadas por la búsqueda de la imparcialidad en quienes administran justicia.

Señala que el artículo 116 de la Constitución Política otorga la calidad de funcionarios judiciales a los árbitros al establecer que "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley."

Refiere que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional en su jurisprudencia han señalado que para que se materialice la justicia arbitral debe asegurarse la imparcialidad de los árbitros a través del régimen de impedimentos y recusaciones.

En ese orden de ideas, considera que la Corte Constitucional debe realizar un test de proporcionalidad entre los derechos que la demandante considera vulnerados y la imparcialidad judicial como componente nuclear del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Manifiesta que el límite impuesto a los árbitros en el artículo 8º de la Ley 1563 de 2012 busca garantizar que en los procesos arbitrales en los que son parte entidades públicas o

instituciones que ejercen funciones administrativas puedan intervenir el mayor número de profesionales, de manera que se erradique la costumbre de que solamente unos cuantos puedan aproximarse a los mismos.

Advierte que la razón para que dicho límite sea solo para los árbitros o secretarios que actúan en los tribunales de arbitraje en los que intervienen entidades estatales, radica en que en ellos se discuten intereses públicos y, así mismo, en que los honorarios de los árbitros y el secretario son sufragados parcialmente con cargo al erario.

Considera que el aparte acusado no viola el principio de igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Política, pues al prohibir la simultaneidad de árbitros y secretarios en más de cinco tribunales de arbitramento en los que participen entidades del estado, tienen más posibilidades aquellos que estén excluidos de dicho oficio.

Indica que el artículo 8º de la Ley 1563 de 2012 no vulnera los derechos fundamentales de los árbitros y secretarios al trabajo y a la libertad de profesión u oficio, pues, el legislador tiene libertad de configuración normativa para imponer requisitos y condiciones para el desempeño de una función publica, así mismo, los árbitros y secretarios antes de tener dicha condición son abogados y, por lo tanto, pueden desempeñarse en otros oficios como el de ejercer la profesión como litigantes, asesores, etc.

Sugiere a la Corte Constitucional que en caso de que no se decida a declarar la exequibilidad simple, declare parcialmente inexequible el artículo 8º de la Ley 1563 de 2012, pues suprimiendo el aparte en el que se indica que la restricción opera en aquellos tribunales “en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a esta”, ningún árbitro o secretario de tribunal arbitral estatal o privado podría actuar simultáneamente en más de cinco tribunales.

Por otro lado, el interviniante considera que el primer aparte del artículo 9º de la Ley 1563 de 2012 referente a la previsión de que entre arbitro y secretario no exista “relación contractual, de subordinación o dependencia de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad” no viola los artículos 13, 25, 26 y 83 de la Carta Política, pues su fin es erradicar el clientelismo y el nepotismo.

Indica que el aparte del artículo 9º de la Ley 1563 de 2012 referente al deber de los árbitros

de designar como secretarios en los tribunales institucionales a quienes hagan parte de la lista del centro de arbitraje, es inconstitucional, pues se delega en los centros de arbitraje la definición de los requisitos, calidades y condiciones para ejercer una función pública, como lo es el oficio de secretario, función que está reservada al legislador, al tenor de lo previsto en el artículo 26 de la Carta Política.

Advierte que la norma acusada vulnera el derecho a la igualdad de los secretarios de los tribunales de arbitraje respecto de los árbitros, pues, a diferencia de los últimos, éstos sí deben estar inscritos en las listas de los centros de arbitrajes para poder ejercer su función.

Señala que dicha disposición nunca fue discutida en el seno de la Comisión Asesora del Gobierno Nacional para la expedición de la Ley 1563 de 2012, pues fue incluida a última hora.

Por otra parte, aduce que el deber de información que le impone el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 a los árbitros y secretarios de los tribunales de arbitramento es constitucional, pues busca que el procedimiento sea transparente.

Manifiesta que la disposición acusada no está diseñada para que toda información que revele un árbitro o secretario suscite su desvinculación del proceso, sino solo aquella que, en opinión de las partes y/o sus apoderados, amerite preocupación.

Advierte que el deber de información que consagra el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, no es igual a las causales de impedimento y recusación, pues aquel es una obligación de información general que en sí misma no provoca el retiro de quien lo cumple; mientras que las otras están fundadas en hechos objetivos sustentados en el amor propio, la amistad, la animadversión y el interés.

En razón de lo expuesto, solicita a la Corte Constitucional declarar exequible las disposiciones acusadas, con excepción del aparte del artículo 9 de la Ley 1563 de 2012, en cuanto prevé que “el secretario deberá ser escogido de la lista del centro en la que se adelante el procedimiento arbitral”.

De igual manera, solicita a la Corte Constitucional que si llegare a considerar que existe un

problema de igualdad en el aparte del artículo 8º en el que se establece que la prohibición aplicara solo para tribunales arbitrales en los que intervengan como partes entidades estatales o quienes ejerzan funciones administrativas, declare inexistente dicho aparte y, por tanto, cobre vigencia esa limitación para todos los tribunales de arbitraje, ya sean de carácter privado o público.

2. Intervención Ciudadana

La ciudadana Paola Andrea Hermoso Quintero, interviene en el trámite de la acción con el fin de coadyuvar las pretensiones de la demanda, en consecuencia, solicita a la Corte Constitucional declarar inexistentes las disposiciones acusadas.

El representante del Ministerio de Justicia y Derecho solicitó a la Corte Constitucional declarar exequibles los preceptos demandados.

Considera que la limitación en el número de procesos arbitrales que pueden ser atendidos simultáneamente por árbitros y secretarios en asuntos en los que sea parte una entidad pública, encuentra sustento en la sana medida de proteger al arbitraje de abusos, monopolios, tráfico de influencias y de acaparamientos indebidos.

Señala que la Ley 1563 de 2012 se creó para afrontar los problemas que se presentaban en el desarrollo del proceso arbitral y de esta forma fortalecer el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias, de tal suerte que contribuyera con la administración de justicia de manera pronta y eficaz, sin implicar un desconocimiento de derechos y principios constitucionales para los particulares que administran justicia de manera transitoria como lo son los árbitros.

Indica que la Comisión Redactora del Estatuto Arbitral adujo razones serias de ética pública para justificar la inclusión del inciso 2º en el artículo 8º de la Ley 1563 de 2012, pues advirtió varias prácticas dañinas en materia de arbitrajes del Estado, como por ejemplo, que los nombramientos de los árbitros se hacían por las relaciones personales que estos tenían con funcionarios de la entidad pública involucrada en el litigo y no por ser los más idóneos.

Advierte que en el tercer debate de la Ley 1563 de 2012 en el Congreso, es decir, el

primero en Cámara de Representantes, se contemplaba establecer un límite tanto para arbitrajes públicos como para arbitrajes privados y que, sin embargo, el legislador entendió que los arbitrajes públicos podían merecer un trato diferencial por afectar directamente un interés público y ser más complejos que los arbitrajes privados.

Aduce que la restricción consagrada en el artículo 8º de la Ley 1563 de 2012, no discrimina a los abogados especialistas en derecho administrativo o público, pues aquella aplica para cualquier litigio en el que sea parte una entidad pública, independientemente de la rama del derecho que esté en cuestión.

Por otro lado, refiere que un centro de arbitraje es una entidad que coadyuva a la administración de justicia y presta a los árbitros los recursos logísticos, físicos, técnicos y financieros necesarios para el desarrollo del procedimiento arbitral.

Indica que los Centros de Arbitraje deben velar por la idoneidad de quienes como particulares intervienen en el proceso de administrar justicia, así a cada centro le corresponde crear un reglamento interno que regule con precisión el perfil de árbitros y secretarios, al igual que el proceso a seguir para la integración de las respectivas listas.

Considera que el artículo 9º de la Ley 1563 de 2012 establece filtros para que solo aquellas personas que sean idóneas puedan apoyar la labor de administrar justicia y así dar garantías de seguridad y confianza para quienes optan por el arbitraje como método alternativo.

Advierte que la labor del secretario en el tribunal de arbitraje es fundamental para garantizar el debido proceso de las partes sometidas al litigo, por ello el requisito de pertenecer a la lista del Centro donde se lleva a cabo el arbitraje evita que los árbitros nombren a personas que el Centro no considera idóneas para ejercer las labores secretariales.

Señala que los requisitos exigidos en la disposición acusada a aquellas personas que aspiren a ser secretarios de Tribunal Arbitral, buscan salvaguardar la moralidad pública y el interés general.

Por otra parte, refiere que el objetivo del deber de información exigido a los árbitros en el

artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, es dar a conocer a las partes una situación que probablemente quieran analizar para determinar si existe o no duda sobre la independencia o imparcialidad del árbitro.

Advierte que no toda circunstancia revelada por los árbitros constituye, por sí sola, una causa válida para removerlos del Tribunal, pues es necesario que la parte que desconfíe pruebe que dicha situación incide en la independencia o imparcialidad del arbitro, como por ejemplo que ésta verse sobre relaciones personales, profesionales o comerciales entre el arbitro, las partes y sus apoderados antes de la designación.

4. Confecamaras

El Presidente Ejecutivo de Confecámaras intervino en el trámite de la acción mediante la presentación de un escrito en el que solicita a la Corporación declarar exequibles las disposiciones demandadas.

Señala que la limitación establecida en el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 1563 de 2012 busca evitar que los procesos en los que es parte el Estado se concentren solo en unos árbitros y de esta manera lograr una mejor participación en la defensa y atención de los asuntos que involucran intereses públicos.

Respecto al artículo 9º de la Ley 1563 de 2012, advierte que con dicha disposición el legislador pretende proteger un bien superior como lo es la recta administración de justicia.

Indica que el deber de información previene conflictos de interés y garantiza la neutralidad e imparcialidad de quienes actúan en un proceso arbitral con relación a las partes interesadas en los resultados del proceso.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El señor Procurador General de la Nación rindió en término el concepto de su competencia y en él solicita a la Corte Constitucional que declare exequibles los artículos 8º y 9º de la Ley 1563 de 2012 frente a los cargos analizados. Así mismo solicita a la Corporación inhibirse de hacer un pronunciamiento de fondo sobre el cargo formulado contra el artículo 15 de la misma ley, por ineptitud sustancial de la demanda.

Para la Vista Fiscal “el arbitraje es uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos para el cual son investidos los particulares y cuya función debe ejercerse con sujeción a la ley (Artículo 116 de la Constitución Política). En virtud a que los tribunales de arbitramento adquieren la calidad de administradores de justicia, el legislador, en todo momento debe propender por la adecuada y oportuna protección de esta específica modalidad de la función pública. El establecimiento de prohibiciones o inhabilidades para el desempeño ya sea en la calidad de árbitro o secretario goza de una amplia libertad de configuración normativa sin otros límites que aquellos que dicen relación con los derechos fundamentales de las personas”.

Añade que “Frente al cargo por violación del derecho de igualdad, es pertinente precisar que, desde un primer momento, la Corte Constitucional dio por sentado que la igualdad no se concibe como una relación matemática, pues el principio general es el del tratamiento jurídico igual entre iguales y desigual entre desiguales. Aduce la demandante que es discriminatoria la restricción según la cual los árbitros y secretarios no pueden participar en más de cinco arbitramientos en los cuales sea parte una entidad del Estado o que ejerza funciones públicas porque la misma previsión no opera respecto de las demás entidades; incurre pues en el error de olvidar que las entidades públicas no se encuentran en la misma situación fáctica en que se encuentran las demás lo que desnaturaliza el cargo formulado.”

Según el Jefe del Ministerio Público “es bueno precisar que la medida adoptada por el legislador, antes que ser lesiva a los abogados propende por la participación del mayor número de estos en la aplicación de la justicia arbitral, máxime cuando se trata de procesos en los cuales están involucrados los recursos públicos y evita la concentración de esta clase de justicia en pocas personas”.

Indica que “resulta razonable desde el punto de vista constitucional que exista un régimen de inhabilidades e incompatibilidades respecto de los abogados que aspiran a ser secretarios de los tribunales de arbitramento y, en especial que se impida que quienes tienen relación ‘contractual, de subordinación o dependencia’ con los árbitros sean designados en dichos cargos pues, los valores de justicia, autonomía e imparcialidad deben primar sobre otras consideraciones al momento de ejercer la función y, esa ha sido, precisamente, una de las bondades que se reconoce a la justicia arbitral: la razonabilidad de

la norma se enmarca dentro del contenido ético inherente a la administración de justicia (artículos 29 y 229 de la Constitución Política)."

Estima que "Las normas acusadas no violan el derecho al trabajo ni la libertad de escoger profesión u oficio, como se afirma en la demanda, porque precisamente la condición de abogado es previa al hecho de ser designado secretario de un tribunal de arbitramento, correspondiendo al Estado a través de la ley regular los distintos campos en que se pueden ejercer ciertas profesiones (artículo 26 de la Constitución Política)."

Advierte que "La previsión legal según la cual, los secretarios de los tribunales de arbitramento deben ser designados de listas elaboradas por estos, tiene una finalidad válida desde el punto de vista constitucional, pues consulta el principio garantista de que todos los abogados pueden inscribirse y los demás principios de la función por los que se gobierna la justicia tales como la economía y celeridad, entre otros".

Señala que "Respecto del cargo contra el artículo 15 de la ley en estudio, es innegable que la actora realiza un esfuerzo por demostrar que dicha normativa es contraria al principio de presunción de la buena fe; sin embargo, de los argumentos planteados para soportar el cargo se infiere que estos son de carácter meramente subjetivo, toda vez que no surgen del texto mismo de la norma acusada; así tales argumentos son carentes de certeza y conducen a una decisión inhibitoria, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, entre otras en la Sentencia C-1052 de 2001".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

De conformidad con lo previsto en el artículo 241-4 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para decidir la demanda de la referencia, por cuanto en ella se cuestiona la constitucionalidad de preceptos que hacen parte de una ley de la República.

2. Aclaración previa

La demanda instaurada por la ciudadana Olga Berrío Pino fue inadmitida por el Magistrado Sustanciador mediante auto de 12 de octubre de 2012, en el que le fueron indicados a la

actora los motivos de la inadmisión y, tal como lo permite el artículo 6-2 del Decreto 2067 de 1991, la demandante corrigió la demanda y dio lugar a su admisión mediante auto del 2 de noviembre de 2012, habida cuenta de que la presentación de sus argumentos logró “despertar una duda mínima” sobre la constitucionalidad de lo acusado. Aunque es cierto que la admisión no conduce necesariamente a la producción de un fallo de fondo, dada la valoración inicial de su corrección y en virtud del principio pro actione, la Corte entra a examinar la cuestión tal como aparece planteada en el libelo que fue objeto de admisión.

3. Planteamiento de la cuestión

Mediante la Ley 1563 de 2012, el Congreso de la República expidió el “Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”. La sección primera está dedicada al arbitraje nacional y, después del primer capítulo en el que se recogen normas generales, aparece el segundo, destinado a regular el trámite. Del capítulo inicial hacen parte los artículos 8º y 9º de la ley, parcialmente acusados, mientras que al dedicado al trámite pertenece el artículo 15, acusado en su totalidad.

El artículo 8º alude a la designación de los árbitros y la demandante cuestiona la constitucionalidad de su segundo inciso, de conformidad con el cual “Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitramento en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas”.

Por su parte, el artículo 9º se refiere a los secretarios y establece que los árbitros designarán un secretario, “quien deberá ser abogado y no podrá ser cónyuge o compañero permanente”, ni pariente “hasta el cuarto grado de consanguinidad o civil o segundo de afinidad con ninguno de los árbitros”, requisitos a los que se suma otro consistente en que el secretario no podrá tener relación “contractual, de subordinación o dependencia” con ningún árbitro, supuesto éste último que es objeto de censura en la demanda, junto con el aparte final, de acuerdo con cuyas voces “El secretario deberá ser escogido de la lista del centro en la que se adelante el procedimiento arbitral”.

Los cuestionamientos dirigidos en contra de los segmentos demandados de los artículos 8 y 9º radican en la posible vulneración de los artículos 13, 25 y 26 de la Constitución. En efecto, según la actora, al limitar a cinco el número de tribunales de arbitraje en los que

pueden participar, de manera simultánea, los árbitros y secretarios, siempre que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativa en los conflictos relativos a estas, el legislador restringe el número de arbitrajes en los que “podrá participar un árbitro o secretario especializado en derecho administrativo o público”, lo que implica una vulneración del derecho a la igualdad, pues los árbitros o secretarios que ejercen sus funciones en otros campos del derecho “no tendrían restricción alguna para integrar tribunales de arbitramento en los que se susciten controversias de orden societario, comercial, de inversión, entre otros”.

Además, la libelista considera que la comentada limitación impide “el ejercicio del derecho a trabajar que tiene toda persona”, ya que “el campo de acción de los profesionales del derecho especializados en derecho público o administrativo que se dedican a fungir como secretarios o árbitros, resulta claramente restringido con dicha condición” que, en su criterio, también afecta el derecho a elegir o ejercer una profesión u oficio.

De otro lado, la demandante estima que la expresión “contractual, de subordinación o dependencia”, contenida en el artículo 9º de la Ley 1563 de 2012, desconoce el derecho a la igualdad, en la medida en que “establece una condición ajena al mérito y a la capacidad de los profesionales que puedan fungir como secretarios de un tribunal de arbitramento”, condición que, fuera de no hallarse sustentada en el mérito o en la capacidad profesional, comporta un “tratamiento discriminatorio a los abogados que pese a tener los conocimientos y aptitudes necesarias para ejercer el cargo de secretario de tribunal, tienen una relación contractual, de subordinación o dependencia con alguno de los árbitros” y respecto de “los abogados que, si bien cuentan con similares conocimientos y aptitudes, no tiene dicha relación con uno de los árbitros”.

Señala la actora que “con la estipulación legal de esta causal de inhabilidad se está impidiendo trabajar al abogado que aspira a ejercer el cargo de secretario de tribunal de arbitramento, por el mero hecho de que tenga una relación laboral, contractual o de subordinación con uno de los árbitros”, relación ésta que, a su juicio, “por sí sola no afecta la transparencia, la moralidad, la imparcialidad y la eficiencia en el ejercicio de la función pública, única válida para restringir el acceso a la función pública, el derecho al trabajo y el ejercicio de una profesión”.

En cuanto a la obligación de escoger el secretario de la lista del centro en el que se adelante el procedimiento arbitral, la demandante indica que, tratándose del arbitramento de orden legal, que es precisamente el regulado por la Ley 1563 de 2012, no puede restringirse de esta forma la participación de los abogados en los tribunales de arbitramento en calidad de secretarios”, por cuanto, si bien es cierto que en los llamados arbitramientos institucionales y aun en el caso de los independientes, el centro de conciliación y las mismas partes pueden establecer las condiciones para adelantar el proceso, “no ocurre lo mismo con el denominado arbitraje legal”, en el marco del cual no cabe establecer “limitaciones contrarias al principio de igualdad como es el caso de exigir que los secretarios se encuentren inscritos en las correspondientes listas de los centros”.

Sobre este particular, la libelista puntualiza que el fundamento que condujo a establecer esta restricción no es el mérito, pues se excluyó “a todos los profesionales del derecho que pudiendo demostrar amplio conocimiento en materia arbitral y una experiencia en el desarrollo de las funciones de secretario, por una u otra razón no se encuentran inscritos en las respectivas listas”, lo que genera discriminación y, adicionalmente, conculca el derecho al trabajo y la libertad para elegir y ejercer una profesión u oficio, toda vez que, “para llevar a cabo dicha función pública con probidad no es necesario e imperioso que el profesional del derecho esté inscrito en una lista, pues bastará con que se demuestre ante los árbitros al momento de su designación las competencias y conocimientos requeridos para cumplir con su labor, con lo cual se están garantizando los derechos de los interesados en el proceso y de las personas en general”.

El artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 se refiere al deber de información que pesa sobre los nombrados como árbitros o como secretarios, quienes, al aceptar, deberán informar si coinciden o han coincidido con algunas de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional, información con base en la cual el árbitro puede ser reemplazado en la forma y con las condiciones que la misma disposición prevé y cuya omisión tiene como consecuencia que el árbitro o el secretario que se haya abstenido de revelarla quede impedido, por lo que, a lo largo del proceso, tanto árbitros como secretarios deben revelar, sin demora, cualquier circunstancia sobrevenida que pudiere generar en las partes dudas sobre su imparcialidad e independencia.

Este artículo es demandado bajo el argumento de que viola el artículo 83 de la Carta, pues el actor considera que el legislador, en lugar de presumir la buena fe, sospechó de “la transparencia, independencia, autonomía e idoneidad con la que los integrantes del respectivo tribunal deben ejercer las funciones para las cuales fueron designados” y a tal punto que produjo una regulación meticulosa que parte de presumir que los árbitros o el secretario que hayan sido designados guardarán silencio acerca de las circunstancias que puedan afectar su libre juicio.

4. Las acusaciones formuladas en contra de la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 8º de la Ley 1563 de 2012

Conforme ha sido expuesto, la acusación formulada en contra del inciso segundo del artículo 8º de la Ley 1563 de 2012 está orientada a demostrar que la limitación a cinco del número de tribunales de arbitramento en los que, de manera simultánea, puede participar un árbitro o un secretario resulta contraria a los artículos 13, 25 y 26 de la Carta que, respectivamente, establecen el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo y el derecho a escoger y ejercer libremente profesión u oficio.

4.1. La acusación por violación del derecho a la igualdad

Para efectuar el análisis de la acusación por desconocimiento del derecho a la igualdad, la Corte considera indispensable señalar que la perspectiva desde la cual la demandante plantea su censura es de raigambre eminentemente individual, pues su énfasis está puesto en los derechos de la persona, sin que haya en la argumentación plasmada en la demanda un referente distinto que permita tener en cuenta otros punto de vista o matizar el único que sirve de sustento a la censura.

Tratándose del derecho a la igualdad, al indicar, como lo hace la preceptiva demandada, que la limitación del número de tribunales a cinco opera en los casos en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas, de entrada se introduce una distinción entre los que aspiren a desempeñarse como árbitros o secretarios en asuntos en los que haya intervención de entidades públicas o de quienes ejerzan funciones administrativas y aquellos que, teniendo aspiración similar, pretendan concretarla en asuntos en los que no haya lugar a la mencionada intervención, dado que solo los primeros se encuentran sometidos al límite de

cinco tribunales simultáneos.

Que la acusación de la demandante aparece formulada en términos estrictamente individuales queda demostrado cuando se repara en que la distinción esbozada en el párrafo anterior le parece discriminatoria, porque, a su juicio, solo el mérito personal debe ser tenido en cuenta cuando se trata de garantizar el acceso al cumplimiento de funciones públicas, de modo que si la persona que quiera desempeñarse como árbitro o como secretario de tribunal de arbitramento tiene la capacidad requerida para el ejercicio de esas funciones nada más debe pedírselle.

Así, según la ciudadana demandante, la intervención como parte de una entidad pública, o de quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas, es criterio completamente ajeno al mérito y, en consecuencia, carece de la aptitud para generar una distinción constitucionalmente aceptable, motivo por el cual su empleo produce una discriminación entre individuos igualmente aptos para ejercer como árbitros o como secretarios de tribunal de arbitramento.

Desde luego, la Corte no desconoce la indispensable valoración de las condiciones personales y profesionales de quienes aspiran a desempeñarse como árbitros o secretarios, pero sobre esa base se pregunta si, en el caso del arbitramento, el mérito es el criterio único que de modo absoluto debe presidir la designación de árbitros o secretarios o si de la Constitución, que ha de ser interpretada como una unidad, se derivan otras exigencias que el legislador deba tener en cuenta siempre que se ocupe de regular lo concerniente a los miembros o secretarios de los tribunales de arbitramento.

4.1.1. El arbitramento y la Constitución

A fin de responder el anterior interrogante resulta de interés indagar acerca de la índole constitucional del arbitramento y al efecto se encuentra que en el artículo 116 superior, relativo a la administración de justicia, de modo expreso se indica que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”[1].

Al interpretar la disposición transcrita, en forma reiterada la Corte Constitucional ha hecho

énfasis en que, aun cuando la habilitación se produce para casos concretos y en virtud del acuerdo entre las partes, el arbitramento es “un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido” y, por lo tanto, los árbitros quedan investidos de la función de administrar justicia “con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades”[2].

De conformidad con lo indicado, aunque medie un acuerdo de voluntades entre las partes en disputa para habilitar a los árbitros, es la Constitución Política la que provee el fundamento último del arbitramento y, por ende, de la posibilidad de que mediante él se resuelva “en forma definitiva una disputa, conflicto o controversia”, lo cual implica que “los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional”[3], inscrita dentro de la administración de justicia que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta, “es función pública”.

La condición pública de la función transitoriamente encomendada a los árbitros implica que la configuración del estatuto de la actuación arbitral se realice dentro del marco fijado por la Constitución, marco que, ciertamente, ha de comprender los derechos de las personas llamadas a desempeñarse como árbitros o como secretarios de tribunal de arbitramento, pero también los de quienes concurren al proceso arbitral en calidad de partes o de sujetos procesales y, desde luego, las exigencias propias de la administración de justicia en cuanto función pública que ha de cumplirse con ceñimiento a criterios de transparencia, publicidad, imparcialidad, autonomía e independencia, conforme se desprende del ya citado artículo 228 superior.

En este orden de ideas, la perspectiva exclusivamente fincada en los derechos de las personas que aspiran a ser árbitros o secretarios de tribunal de arbitramento no alcanza a agotar el conjunto de pautas superiores que se han de tener en cuenta al momento de decidir acerca de la designación de los mencionados árbitros o secretarios y sobre las condiciones en las que han de cumplir las funciones que se les encomienden.

No es suficiente, entonces, tener la acreditación del mérito personal o profesional como único requisito para acceder, sin más límites, al desempeño de las tareas propias del arbitramento, porque el carácter de función pública, inherente a la administración de justicia que cumplen los árbitros y los secretarios de los tribunales de arbitramento, impone

otros límites constitucionales, a los que se suman los correspondientes a los derechos de los involucrados en la controversia que los árbitros van a solucionar, mediante una decisión “que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada”[4].

De ahí que la distinción entre dos grupos de profesionales que, según la actora, desconoce la igualdad en sus dimensiones de igualdad de trato y de oportunidades, debe ser apreciada a partir de un referente constitucional más amplio que el esgrimido en la demanda y solo desde ese marco constitucional, que incluye lo preceptuado en los artículos 116 y 228 de la Carta, pero también en artículos como el 29 sobre el debido proceso y 229 sobre acceso a la administración de justicia, puede ser valorada la razonabilidad de la medida adoptada en el artículo 8º de la Ley 1563 de 2012.

Esa valoración, si bien ha de tener en cuenta los límites derivados de la Constitución, tampoco puede prescindir de las facultades que le correspondan al legislador y a este propósito cabe destacar que el artículo 116 de la Carta, después de autorizar a los particulares para administrar justicia en forma transitoria y en condición de árbitros “habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad”, agrega que tal investidura procede “en los términos que determine la ley”.

Con fundamento en este precepto superior, la Corte ha puntualizado que aun cuando la justicia arbitral debe ser habilitada por las partes, no procede deducir de esta premisa “que el legislador está impedido para regular el procedimiento que rige este tipo de mecanismos de solución de conflictos”, de donde el artículo 116 de la Carta debe interpretarse en armonía con el artículo 29, según el cual “toda persona tiene derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”, lo que incluye el proceso arbitral[5].

En atención a lo precedente, la Corporación ha precisado que, pese a ser decidido por particulares, el arbitramento es un auténtico proceso, por lo cual “está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso”[6], cuyas garantías son aplicables a toda actuación judicial, “pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de

derechos constitucionales fundamentales”[7].

Tal como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, la vigencia de las garantías incorporadas en el debido proceso hace parte de los contenidos constitucionales que deben ser observado al regular el arbitraje, así como los derechos de acceso a la administración de justicia y de defensa, la primacía del derecho sustancial sobre las formas y ciertos principios y fines del Estado, tales como la justicia y la igualdad, entre otros[8], de manera que, con ceñimiento a esos postulados superiores y dado que los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, “es razonable que el legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral”[9].

Así pues, en lo que le atañe y dentro de los límites constitucionales pertinentes, “el legislador goza de plena autonomía para dictar disposiciones tendientes a desarrollar el ejercicio de funciones arbitrales 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”[10].

4.1.3. Análisis del cargo

En ejercicio de esa facultad configurativa, el legislador estimó que cinco es el límite de tribunales de arbitramento en los que de modo simultáneo puede desempeñarse un árbitro o secretario cuando intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas y siendo tal intervención el criterio que conduce a que el límite opere, la demandante estima que es discriminatorio.

Para explicar la presunta discriminación, la actora indica que los grupos de profesionales del derecho especializados en derecho público o administrativo no podrán fungir como árbitros o secretarios en más de cinco tribunales, mientras que los especialistas en otras ramas del derecho “no tendrán restricción alguna en este sentido”.

Aunque, según se explica con acierto en la intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho “la restricción no distingue entre arbitraje privado y administrativo, sino entre arbitraje que involucra entidades públicas y el que no”, pues “aplica para cualquier litigio en el que sea parte una entidad pública independientemente de la rama del derecho que esté en cuestión”, lo cierto es que la demandante cuestiona el trato desigual que, según el

criterio expuesto en otros partes de su libelo, se evidencia si se compara la situación de los profesionales cobijados por la limitación prevista, con la de “aquellos árbitros y secretarios que participan en tribunales de arbitramento en los que no son parte entidades públicas o aquellas que cumplan funciones administrativas, a quienes el legislador no estableció límite alguno, no obstante que se trata de circunstancias equiparables”.

Puestas así las cosas, conviene destacar que un examen de los antecedentes legislativos de la Ley 1563 de 2012 permite sostener que al establecer como criterio de distinción la intervención como parte de entidades públicas el Congreso tuvo una especial consideración hacia los intereses públicos y que, en este contexto, buscó poner fin a prácticas arraigadas que desvirtuaban esos intereses y desfiguraban la institución del arbitraje.

En efecto, en el informe de ponencia para el primer debate del proyecto en el Senado de la República aparece el propósito de establecer “importantes disposiciones tendientes a brindar mayor probidad y transparencia a los procesos arbitrales, haciendo especial énfasis en aquellos procesos en los que es parte el Estado o alguna de sus entidades”[11], lo que se reiteró en el informe de ponencia para el segundo debate en el Senado[12] y se mantuvo a lo largo del procedimiento legislativo, como que también aparece en el informe de ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes[13].

Conforme se anotó, dentro del énfasis en los intereses públicos, mediante la regulación del arbitraje recogida en la Ley 1563 de 2012, se pretendió “proteger el arbitraje de abusos, monopolios, tráfico de influencias y de acaparamientos indebidos”, para lo cual, entre otros aspectos y ya en la exposición de motivos del proyecto inicial, se propuso que ningún árbitro o secretario pudiera desempeñarse, “simultáneamente como tal, en más de cinco tribunales en que intervenga una entidad pública o quien ejerza funciones públicas en los conflictos relativas a éstas”, medida allí mismo calificada como “sana y profiláctica”[14].

Este propósito permaneció durante la discusión del proyecto y el texto mediante el cual busca su realización práctica solo sufrió algunas variaciones que lejos de desvirtuarlo lo reafirman, pues solo pretendieron mayor claridad, tal como se advierte desde el informe de ponencia para primer debate en el Senado, en el cual se consignó que “para evitar interpretaciones equívocas sobre el alcance de la intervención de la entidad pública, se ha precisado que esta tiene que ser en su carácter de ‘parte’ y se aclara la redacción respecto

de la expresión ‘funciones públicas’ por ‘funciones administrativas’ en los términos señalados en el artículo 1º”[15].

En las anteriores referencias se encuentra la razón por la cual en el inciso 2º del artículo 8º de la Ley 1563 de 2012 el legislador, de una parte, diferenció entre los arbitramientos en los que está comprometido el interés público y aquellos en los que se ventilan asuntos de carácter privado y, de la otra, fijó un tope en la cantidad de arbitramientos en los que pueden desempeñarse árbitros y secretarios siempre que intervengan como partes entes públicos.

El especial cuidado por el interés público que llevó al legislador a distinguirlo del interés privado y el propósito de evitar la concentración de los arbitramientos estatales en unas pocas manos corrieron paralelos en la discusión del proyecto que luego se convirtió en ley de la República y superaron propuestas de modificación, como la vertida en el pliego presentado para el primer debate en la Cámara y tercero del proyecto, en el que se propuso “modificar el artículo 8º para reducir el número de arbitrajes en que alguien puede participar como árbitro o secretario cuando se trata de controversias en las que intervenga una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas, en el texto aprobado el límite era cinco (5) arbitramientos y en el pliego se reduce a tres (3), para los arbitrajes privados el límite queda en ocho (8)”[16].

Repárese en que aun cuando se pensó en establecer un límite también para el caso de los arbitrajes privados, se mantuvo la diferencia entre estos y los estatales y que respecto de los últimos se planteó una limitación más severa, lo que persiste en la fórmula finalmente adoptada, a la que se retornó más adelante, mediante el señalamiento expreso de que se regresaba “a la versión del Senado, según la cual no hay límites en los arbitrajes privados, conservando en todo caso el original límite de cinco (5) arbitrajes en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas”, según consta en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes.[17]

El Congreso de la República, en uso de su facultad de configuración se inclinó por conferirle especial protección al interés público y, con tal objetivo, junto a otros mecanismos que no viene al caso mencionar, estableció una medida que procura evitar el acaparamiento de los arbitrajes en que se debata lo público por grupos exclusivos y lo hizo

merced al señalamiento de un límite de tribunales de arbitramento en que pueden actuar árbitros y secretarios en forma simultánea.

La protección del arbitraje “de abusos, monopolios, tráfico de influencias y de acaparamientos indebidos”, presente ya en la exposición de motivos inicial, tiene en esta medida un mecanismo de realización cuyo efecto es democratizador en la medida en que amplía la base de personas con posibilidad de acceder al desempeño de las funciones de árbitros o de secretarios de tribunal de arbitramento y, por contera, responde al carácter participativo de la democracia constitucional previsto en los artículos 1º y 2º de la Carta, rasgo también inherente al arbitraje, que, según lo ha señalado la Corte, “permite no solo la descongestión del aparato de justicia, sino la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos”[18], en armonía con el régimen democrático y participativo instaurado, “que propicia, entonces, la colaboración de los particulares en la administración de justicia y en la resolución de sus propios conflictos”.[19]

Así las cosas al poner coto al monopolio del arbitraje que compromete a entidades públicas en calidad de partes o a quien ejerce funciones administrativas el resultado, en lugar de desconocer la igualdad la propicia, pues un mayor número de profesionales tiene la posibilidad real de aspirar a desempeñarse como árbitro o como secretario, cuando quiera que estos asuntos se tramiten mediante arbitramento. Sin embargo, la igualdad que pretende la actora es de distinto alcance, porque se muestra contraria a la existencia de cualquier límite, de forma que al desaparecer el previsto en la disposición demandada, todos los profesionales puedan aspirar a ser árbitros o secretarios, trátese de arbitrajes estatales o privados.

Este planteamiento se funda en una percepción individual y exclusivamente centrada en los derechos y soslaya las razones de interés público que el legislador tuvo en cuenta, bajo el pretexto de que carece de todo fundamento la distinción entre lo público y lo privado. Puesto que ya se ha indicado que la perspectiva utilizada en la demanda es insuficiente, debido a que la Constitución aporta referentes más amplios que deben ser satisfechos, resta anotar ahora que de la índole del arbitramento que es una forma de administrar justicia, de los derechos de los sujetos trabados en la litis, del mandato de asegurar el interés general y de la transparencia, imparcialidad, independencia y moralidad que han de presidir todo acto de administración de justicia se deduce que la medida adoptada en el

segundo inciso del artículo 8º de la Ley 1563 de 2012 es razonable y cabe dentro de lo que al legislador le es permitido en virtud de su potestad de configuración.

Tal como se indica en la intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho, en ejercicio de su facultad de configuración, el legislador “entendió que los arbitrajes públicos podían merecer un trato diferencial”, en primer término, porque “afectan directamente un interés público y no un interés privado”, lo que, de acuerdo con todo lo precedente, encuentra notable respaldo constitucional, pues “cuando no es el interés de uno sino el de todos el que se pone en juego en una decisión judicial o arbitral, es apenas lógico que haya una regulación más restrictiva” que, en este caso, se dirige a los funcionarios de las entidades públicas, a quienes el legislador manda “que no concentren sus nominaciones en unos pocos, sino que se abra el abanico a otros potenciales árbitros igualmente capaces”.

El criterio de la demandante disuelve la distinción entre lo público y lo privado que, como se pone de presente en la intervención glosada, incluso de vieja data ha llevado a diferenciar las reglas y la jurisdicción relativas al trámite judicial de los asuntos del Estado de las reglas y la jurisdicción atinentes a los asuntos de los particulares, en cuyo caso y tratándose del arbitraje, el legislador consideró la opción de fijar un límite que asegurara un campo de acción mucho más amplio que el correspondiente al arbitraje estatal y, conforme a un criterio de libertad, finalmente decidió no imponer límites, para dejar así a los árbitros la evaluación referente a su carga de trabajo y a las partes la posibilidad de escogerlos con independencia del número de arbitrajes en los que se desempeñen.

También cuestiona la actora que, tratándose de los arbitrajes estatales, el límite se haya fijado en cinco arbitrajes y no en un número “superior o inferior” y, en este sentido echa de menos la existencia de “argumentos objetivos que sustenten dicha determinación, los cuales no existen para el presente caso”.

Aunque en la intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho se afirma que los arbitrajes estatales “suelen ser más complejos que los arbitrajes privados” y que en guarda del interés público se procuró que los árbitros dispusieran de tiempo suficiente para atenderlos, lo evidente es que esta determinación obedece al margen de configuración legislativa, fue propuesta por un grupo de expertos, fue objeto de discusión y que si falta la constancia de un fundamento empírico, para desvirtuar su constitucionalidad no basta

poner de manifiesto esta ausencia, sino que debe indicarse, con razones constitucionalmente atendibles, por qué ese número ha debido ser superior, inferior o no existir.

4.2. La acusación por violación de los derechos al trabajo y a escoger y ejercer profesión u oficio

La perspectiva individual que se ha descartado como parámetro único para apreciar la razonabilidad de la medida establecida en el precepto censurado, también preside los cargos formulados por violación de los derechos al trabajo y a escoger y ejercer, con libertad, profesión u oficio. Acerca de este tópico conviene aseverar que al limitar a cinco el número de arbitrajes en los que puede participar, en forma simultanea, un árbitro o un secretario, el legislador no desconoció el derecho al trabajo de los profesionales del derecho que aspiren a desempeñar tales funciones, ni plasmó una prohibición que en forma absoluta les impida acceder a ese desempeño a quienes para tal fin acrediten las calidades requeridas.

Simplemente, en aras del interés público y de caros principios que guían la administración de justicia, el Congreso estableció una condición plenamente justificada de conformidad con lo que acaba de verse y en forma tal que, dentro del límite que ese condicionamiento supone, el interesado puede ser designado como árbitro o secretario en los arbitrajes estatales, siendo del caso destacar que por fuera del ámbito estatal existe un amplísimo margen de acción que no les está vedado por la disposición censurada y en el que pueden concretar sus alternativas laborales como profesionales del derecho.

Tampoco cabe pasar por alto que, tratándose del arbitraje estatal, el límite legislativamente establecido permite el acceso de un número mayor de abogados, lo que desde el punto de vista del derecho al trabajo, lejos de desconocerlo lo potencia e incluso en relación con los profesionales que habitualmente ejercieron en el ámbito del arbitraje público, pues al evitar la colonización de este tipo de arbitraje quienes encuentren un límite que antes no existía se verán estimulados a incursionar en otras áreas y espacios, al paso que, como contrapartida, quienes en razón del anterior monopolio se vieron excluidos del arbitraje estatal sumarán ahora un nuevo campo en el que también podrán trabajar.

En síntesis, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 1563 de 2012 sale avante de las

tachas de inconstitucionalidad formuladas en el libelo demandatorio y como conclusión se impone que el legislador, en lugar de sacrificar derechos en aras de otros principios constitucionales, en realidad logró armonizar los contenidos de derechos fundamentales involucrados en la situación objeto de regulación, con las exigencias propias de un mecanismo de administración de justicia como el arbitraje y con el interés público ligado a los arbitrajes en los que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas.

5. Las acusaciones en contra de la constitucionalidad de la expresión “contractual, de subordinación o dependencia”, contenida en el artículo 9º de la Ley 1563 de 2012

El artículo 9º de la Ley 1563 de 2012 regula lo concerniente a la designación del secretario y al efecto establece que lo designarán los árbitros y, entre otros requerimientos, se consigna que el designado no podrá tener relación “contractual, de subordinación o dependencia” con ninguno de los árbitros, hipótesis esta que es objeto de la censura de la actora, por violación de los derechos a la igualdad, al trabajo y a escoger y ejercer profesión u oficio.

En cuanto hace al derecho a la igualdad la demandante alega que la disposición le confiere “un tratamiento diferente a los abogados que tienen una relación contractual, de subordinación o dependencia con alguno de los árbitros, frente a aquellos que no la tienen, así cuenten con relaciones laborales, contractuales de subordinación o dependencia con otras personas naturales o jurídicas”.

A juicio de la actora, el precepto “no tuvo como fundamento las condiciones de mérito y capacidad al momento de establecer la restricción bajo análisis”, sino que se valió de un criterio que, por si solo, no explica el tratamiento discriminatorio que perjudica a “los profesionales del derecho que sostienen alguna relación laboral o contractual con alguno de los árbitros”.

En este planteamiento se advierte, otra vez, que la formulación de la demanda se funda en una perspectiva eminentemente individual que excluye la consideración de los derechos de las partes, de la condición de mecanismo de administración de justicia que caracteriza al arbitraje, de la especial atención hacia el interés público que tuvo el legislador al regularlo y del indispensable aseguramiento de principios tales como la probidad, imparcialidad y

autonomía que deben guiar el cumplimiento de la función arbitral.

Ciertamente, la parte acusada introduce una distinción entre profesionales del derecho que sostienen alguna relación laboral o contractual con alguno de los árbitros y los que no y, mirada desde el punto de vista empleado en la demanda, quizá no encuentre justificación la diferencia. Empero, conforme se viene de explicar, la razonabilidad de medidas como esta ha de apreciarse con base en un parámetro constitucional mucho más amplio, que repare en la unidad de toda la Constitución.

Así las cosas, la alusión al mérito de los aspirantes a desempeñarse como secretarios de tribunales de arbitramento no resulta de recibo, mas no porque se tenga que prescindir de la valoración de las capacidades profesionales que edifican ese mérito, sino por excluyente. Tampoco es del todo pertinente el fundamento constitucional que la actora esgrime como soporte de la alegada vulneración del derecho a la igualdad, ya que las referencias jurisprudenciales sobre “requisitos y condiciones extrañas al mérito y a la capacidad de los aspirantes”, que trae a colación, son tomadas de sentencias de esta Corporación en las que se ha abordado el mérito pero desde la perspectiva de los concursos destinados a proveer los cargos de carrera administrativa, según lo preceptuado en el artículo 125 de la Carta y disposiciones concordantes.

Sin embargo, puestas las cosas en el contexto que corresponde, la prohibición de designar como secretario a quien tenga relación contractual, de subordinación o dependencia con alguno de los árbitros es medida que favorece al arbitraje mismo como mecanismo de administración de justicia, por cuanto busca hacer de él un instrumento transparente y depurado de influencias personales contrarias al interés público llamado a permear toda actuación orientada a administrar justicia, sea que se desarrolle con carácter permanente o transitoriamente, como en el caso del arbitraje.

Nótese que la limitación se impone a todos los árbitros en la medida en que ninguno de ellos ha de tener relación contractual, de subordinación o dependencia con quien va a desempeñar las funciones de secretario del respectivo tribunal, lo que garantiza la igualdad entre los distintos jueces al momento de designar al secretario y durante todo el proceso arbitral, a más de lo cual, descartada la cercanía que suele ser propia entre los contratantes o los comprometidos en una relación de subordinación o dependencia, cobra singular

trascendencia el mérito, tan reclamado por la actora, como criterio objetivo de selección del secretario.

La decisión que el legislador plasmó en la ley cabe, entonces, dentro del ámbito de su potestad de configuración y vano resulta proponer fórmulas acerca de lo que ha podido o debido regularse, dejando de aportar razones que sustenten constitucionalmente las opciones propuestas como mejores alternativas a la adoptada por las mayorías en el Congreso o alegar la vulneración del derecho al trabajo con argumentos fincados en las posibilidades que se les niegan a los empleados o dependientes de uno de los árbitros, sin tener en cuenta que la disposición no cercena la posibilidad de laborar en otros ámbitos y que, al vedar las relaciones comentadas como criterio de selección, se abren fuentes de trabajo para otros profesionales idóneos que pueden desempeñar las funciones de secretarios de tribunales de arbitramento garantizando de paso probidad, transparencia e imparcialidad a ese mecanismo de administración de justicia.

También en este supuesto el título de abogado es condición para acceder a la calidad de secretario que en sí misma no es profesión, motivos por los cuales no se avizora violación alguna del derecho a escoger y a ejercer profesión u oficio, pues fuera de que la Ley 1563 de 2012 no regula lo concerniente al ejercicio de la profesión de abogado, se limita a imponer una condición que, sin desconocer el derecho al trabajo y a ejercer la profesión, contribuye a la realización de otros principios y derechos de raigambre constitucional, por lo que, en lugar del sacrificio desmedido de algún derecho, lo que la disposición evidencia es un intento de armonización de los contenidos constitucionales involucrados en la cuestión. No hay, pues, razones que avalen la inconstitucionalidad pretendida por la actora.

6. Las acusaciones en contra de la constitucionalidad de la expresión “el secretario deberá ser escogido de la lista del centro en el que se adelante el procedimiento arbitral”, contenida en el artículo 9º de la Ley 1563 de 2012

La demandante estima que al establecer que el secretario deberá ser escogido de la lista del centro en el que se adelante el procedimiento arbitral, el legislador quebrantó los derechos a la igualdad, al trabajo y a escoger y ejercer libremente profesión u oficio.

En lo atinente al derecho a la igualdad aduce que “el aparte acusado establece un tratamiento diferente entre los abogados que no se encuentran inscritos en la lista de

secretarios del centro de arbitraje y los abogados que sí lo están”, lo que comporta discriminación respecto de los abogados que, contando con la capacidad requerida, no hacen parte de la lista del centro. Más adelante considera factible la medida para el caso de los arbitramientos institucionales, pero no tratándose de los de orden legal, en cuyo marco no procede establecer “limitaciones contrarias al principio de igualdad, como es el caso de exigir que los secretarios se encuentren inscritos en las correspondientes listas de los centros”.

En primer término, cabe sostener que el planteamiento así esbozado se resiente del sesgo individual desde el que la demandante plantea sus reparos de inconstitucionalidad y, por lo tanto, procede reiterar que el parámetro para juzgar la razonabilidad comprende el invocado por la actora, pero lo supera con creces y que la justificación del mérito de conformidad con los criterios propios de la carrera administrativa no resulta del todo pertinente tratándose del proceso arbitral que hace parte de otra materia con específicas exigencias constitucionales.

En segundo lugar, se advierte que la actora le otorga al segmento demandado un alcance tal que cobija a todos los arbitrajes, siendo que de la propia disposición censurada se desprende que la selección del secretario “de la lista del centro” está prevista para los eventos en los que el procedimiento arbitral se adelante en un centro, lo que remite a la distinción que trae el artículo 2º de Ley 1563 de 2012 entre arbitrajes ad hoc que son conducidos directamente por los árbitros y arbitrajes institucionales que son administrados por un centro de arbitraje, distinción que permite deducir que el aparte demandado solo tiene sentido respecto de arbitrajes institucionales.

No obstante lo anterior, en el planteamiento inicial de la actora se alcanza a advertir, que, aun tratándose del arbitraje institucional, persiste su inquietud respecto de la violación del derecho a la igualdad, pues, de un lado, plantea que la exigencia de que se esté inscrito en una lista contraría los postulados del derecho a la igualdad y, de otra parte, ubicándose en la posición de los árbitros le parece reñido con el artículo 13 superior que se encuentren limitados “para seleccionar a su secretario, a quien no podrán elegir de manera libre, sino que tendrán que circunscribirse a las respectivas listas”.

Para resolver acerca de esta acusación procede examinar si la existencia de una lista en el

centro de arbitraje limita las facultades de los árbitros, en la medida en que de esa lista deben elegir al secretario, o si tal previsión encuentra justificación razonable.

Al respecto conviene recordar que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la misión de los centros de arbitraje consiste en brindar un apoyo institucional a las tareas cumplidas por los árbitros[20] y, en este sentido, la Corte encuentra que la provisión de una lista responde cabalmente a los cometidos de colaboración y apoyo confiados a los centros de arbitraje.

Esta participación de los centros de arbitraje no elimina ni desplaza el margen de libertad que se les reconoce a los árbitros cuando de designar secretarios se trata, porque es evidente que el centro se limita a facilitar la lista, sin que tenga competencia para señalar al abogado que, siendo parte de esa lista, deba ser finalmente designado como secretario o siquiera para sugerir algún nombre en particular, pues, se repite, la selección es de la exclusiva competencia de los árbitros.

Se concilian así las tareas de apoyo conferidas a los centros de arbitraje y la competencia de los árbitros tendente a la designación del secretario del tribunal y, aunque se perciba diferencia entre los inscritos en la lista y los que no lo están, no por ello se viola el derecho a la igualdad, ya que la posibilidad de hacer parte de esa lista ha de estar abierta a todos aquellos profesionales del derecho que acrediten las calidades y requisitos exigidos.

De lo anterior se infiere que tampoco se configura violación del derecho al trabajo dado que el hacer parte de la lista ha de estar al alcance de cuantas personas sean idóneas para desempeñar las funciones de secretario, idoneidad que también desvirtúa la alegada violación del derecho a escoger profesión u oficio, por cuanto para establecerla se han de tener en cuenta los requisitos que la ley exige a todos los aspirantes a integrar la lista, de donde se desprende que la actuación del centro de conciliación no consiste en fijar requisitos adicionales o distintos a los legalmente previstos, sino en facilitar las tareas de los árbitros a partir de lo que la ley regula.

En las anotadas condiciones cabe concluir que la selección del secretario del tribunal de una lista conformada por quienes llenan las condiciones para hacerlo garantiza la idoneidad y confianza que exige la importante labor desarrollada por los centros de arbitraje al apoyar a los árbitros en la misión de administrar justicia, debiéndose destacar, finalmente, que los

requisitos exigidos a quienes aspiren a ser secretarios de tribunal arbitral son los de ley y que se dirigen a salvaguardar la moralidad pública y el interés general. En razón de lo anotado, no prosperan los cargos de inconstitucionalidad formulados.

Conforme se ha alcanzado a anticipar, el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 regula el deber de información, impuesto a árbitros o secretarios designados, quienes al aceptar deben informar si coinciden o han coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en procesos, trámites administrativos o asuntos profesionales que el precepto detalla, en el curso de los dos últimos años, otorgándosele a las partes la oportunidad para manifestar por escrito dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, caso en el cual se procederá a reemplazarlo, siempre y cuando los demás árbitros consideren justificadas las razones para su reemplazo o el árbitro acepte expresamente ser relevado.

A continuación el artículo censurado establece la actuación que se surtirá cuando el árbitro es único o cuando se trate del secretario, así como las consecuencias de no haber revelado la información que ha debido suministrarse y el deber de árbitros y secretarios de revelar, sin demora, cualquier circunstancia sobrevenida que pudiere generar en las partes dudas sobre su imparcialidad e independencia.

La demandante considera que el artículo es contrario a los postulados de la buena fe, pues el legislador no la presumió, sino que puso en duda “la rectitud, seriedad y transparencia de las personas que fungen como árbitros y secretarios” y presumió su silencio, mediante una redacción meticulosa que estima contraria al artículo 83 de la Constitución.

Como se desprende del texto demandado el deber de información busca garantizar la imparcialidad y la independencia de árbitros y secretarios, proveyéndose al efecto una regulación aplicable al arbitraje que comporta la administración de justicia de manera transitoria o temporal y que ameritó un tratamiento distinto del correspondiente a la administración de justicia que se presta de manera permanente, lo cual se inscribe dentro de las posibilidades que al legislador le brinda su potestad de configuración.

Sobre el particular procede anotar que, a propósito de medidas legislativas que guardan cierta similitud con las contempladas en el precepto acusado, la Corte ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cargos que consisten en la posible violación del principio de buena fe por el legislador. Al respecto la Corporación ha indicado que “los ordenamientos jurídicos

existen en gran medida como un reconocimiento de las imperfecciones del ser humano, que hace necesaria la imposición coactiva de ciertos comportamientos y del cumplimiento de determinadas obligaciones, precisamente porque es razonable pensar que algunas personas estarían dispuestas a no acatar esas pautas normativas”[21].

De conformidad con lo anterior, la Corte ha puntualizado que “el principio constitucional de la buena fe no implica que las autoridades deban regular los asuntos suponiendo que las personas se portan siempre bondadosamente y cumplen voluntariamente con todas sus obligaciones pues, como dicen los autores del El Federalista, ‘si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún gobierno’, ni habría necesidad de regulaciones jurídicas, ni de ordenamientos coactivos, pues todas las personas vivirían en perfecta armonía”[22].

De acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional, “al estipular requisitos el legislador no viola el principio de buena fe, pues no presume nada en contra de ella; no parte del supuesto de la mala fe del gobernado; simplemente se limita a cumplir su función de salvaguarda del interés general y de ordenamiento mínimo en lo que respecta al servicio público y al funcionamiento de los entes estatales”[23].

En este sentido la interpretación de la actora se basa en la consideración aislada del artículo 83 de la Carta, al cual le da un alcance absoluto que la Corte no comparte, pues “el principio de buena fe no equivale a una barrera infranqueable que pueda aducirse para impedir la eficaz protección del interés público y de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la integridad del patrimonio público, pues, como también lo ha puesto de presente, la protección del interés general y del bien común, que son también postulados fundamentales en el Estado Social de Derecho, imponen al mencionado principio límites y condicionamientos que son constitucionalmente válidos”[24].

Si el principio de buena fe tuviera el carácter absoluto que le atribuye la demandante la legislación que se expidiera con un propósito preventivo sería inconstitucional y, entonces, cabría concluir “que todo el código penal viola la Constitución porque la ley presume que los ciudadanos puedan cometer delitos”[25]. Tampoco podría el legislador establecer presunciones de mala fe, como lo ha hecho sin quebrantar la Carta, pues “en situaciones concretas”, la buena fe admite prueba en contrario y “en ese sentido es viable que el legislador excepcionalmente establezca presunciones de mala fe, señalando las

circunstancias ante las cuales ellas proceden”[26].

De conformidad con los anteriores criterios el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012 no contradice el artículo 83 superior, pues es evidente que el legislador tiene la facultad para ponderar circunstancias, prevenir situaciones o procurar mediante la ley la corrección de prácticas o conductas anómalas, mediante el establecimiento de requisitos o de obligaciones que, además, contribuyan a la realización de otros principios, o derechos o finalidades constitucionales, como la imparcialidad, la independencia, el debido proceso o la buena marcha de la administración.

Se declarará la exequibilidad del precepto cuestionado, por el cargo que se ha analizado y no sin dejar de advertir que es desacertado formular un cargo de inconstitucionalidad partiendo de la mala fe del legislador, ya que, como lo ha enfatizado la Corte, “la buena fe se presume y esta presunción cobija igualmente al legislador en el ejercicio de la función legislativa. En tal virtud, la mala fe debe probarse, por lo cual el actuar doloso o fraudulento no puede tan solo afirmarse”[27].

VII. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos examinados en esta sentencia, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 1563 de 2012, que dice: “Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco (5) tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas”.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos examinados en esta sentencia, las expresiones “contractual, de subordinación o dependencia” y “El secretario deberá ser escogido de la lista del centro en la que se adelante el procedimiento arbitral” contenidas en el artículo 9º de la Ley 1563 de 2012.

Tercero. Declarar EXEQUIBLE, por el cargo examinado en esta sentencia, el artículo 15 de

la Ley 1563 de 2012.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL T CHALJUB

Magistrado

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Se transcribe de conformidad con la modificación que al texto original hizo el artículo 1º del Acto Legislativo No. 3 de 2002.

[2] Sentencia C-242 de 1997.

[3] Sentencia SU-147 de 2007.

[5] Sentencia C-163 de 1999.

[6] Sentencia C-1038 de 2002.

[7] Sentencia C-330 de 2000.

[8] Sentencia C-378 de 2008.

[9] Sentencia C-163 de 1999.

[10] Sentencia C-330 de 2000.

[11] Cfr. Gaceta del Congreso No. 817 de 2 de noviembre de 2011. Pág. 5.

[12] Cfr. Gaceta del Congreso No. 946 de 7 de diciembre de 2011. Pág. 4.

[13] Cfr. Gaceta del Congreso No. 321 de 6 de junio de 2012. Pág. 12.

[14] Cfr. Gaceta del Congreso No. 542 de 29 de julio de 2011. Pág. 20.

[15] Cfr. Gaceta del Congreso No. 817 de 2 de noviembre de 2011. Pág. 9.

[16] Cfr. Gaceta No. 108 de 27 de marzo de 2012. Pág. 14.

[17] Cfr. Gaceta del Congreso No. 321 de 6 de junio de 2012. Pág. 15.

[18] Sentencia C-098 de 2001.

[19] Sentencia C-163 de 1999.

[20] Cfr Sentencia C-1038 de 2002.

[21] Sentencia C-490 de 2000.

[22] Ibídem.

[23] Sentencia C-412 de 2001.

[24] Sentencia C-780 de 2003.

[25] Sentencia C-490 de 2000.

[26] Sentencia C-1194 de 2008.