

T-783-13

Sentencia T-783/13

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PUBLICAS-
Procedencia

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Excepciones

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

CENTRO DE ARBITRAJE-Naturaleza y alcance de las funciones

ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL-Distinción entre arbitrajes ad-hoc y los institucionales, según ley 1562/12

El Estatuto diferencia los arbitrajes ad-hoc y los institucionales. Los primeros se refieren a aquellos que son “conducidos directamente” por los árbitros y los segundos a los trámites que son “administrados” por un centro de arbitraje, siendo estos la regla general y la regla imperativa cuando se trate de controversias relativas a “contratos celebrados por una entidad pública”.

ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL-Propósito/ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL-Designación de árbitros y secretarios

CENTRO DE ARBITRAJE-Trascendencia de etapa prearbitral

CENTRO DE ARBITRAJE-No puede ejercer funciones judiciales, sólo los árbitros tienen la potestad para decidir sobre el fondo de las pretensiones y las excepciones y demás aspectos importantes del proceso

ARBITRO-Designación

ACCION DE TUTELA CONTRA CENTRO DE ARBITRAJE-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial en proceso arbitral, en los términos de la ley 1563/12

Esta Sala de Revisión considera que la acción de tutela presentada por ETB contra el CAC de la Cámara de Comercio de Bogotá es improcedente porque, en los términos del principio de subsidiariedad, esa entidad cuenta con otros medios de defensa judicial idóneos para hacer valer todos los derechos invocados a lo largo del proceso arbitral, del eventual trámite de anulación, o del recurso de revisión, en los términos de la ley 1563 de 2012

Referencia: expedientes acumulados T-3868677, T-3898071 y T-3907500.

Acciones de tutela instauradas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P. (E.T.B.) contra el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución, así como 33 y concordantes del Decreto ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA:

En el proceso de revisión de los fallos dictados dentro de las acciones de tutela presentadas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P. (E.T.B.) contra el Centro de Arbitraje y Conciliación (CAC) de la Cámara de Comercio de la misma ciudad, en censura a los trámites arbitrales propuestos por Comunicación Celular -Comcel S.A.- contra aquella. Las providencias revisadas fueron proferidas por las siguientes autoridades judiciales:

(i) Expediente T-3868677: Juzgado Treinta Civil del Circuito de Bogotá D.C., que confirmó

la decisión del Juzgado Treinta Civil Municipal de la misma ciudad. Origen: contrato de interconexión celebrado entre Ocel y E.T.B. Número de trámite arbitral 2846.

(ii) Expediente T-3898071: Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C". Origen: contrato de interconexión celebrado entre Celcaribe y E.T.B. Número de trámite arbitral 2847.

I. ANTECEDENTES

La E.T.B. S.A., E.S.P., a través de apoderado judicial, presentó acciones de tutela como mecanismo transitorio, todas el 25 de enero de 2013, invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y la igualdad, contra la decisión del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en el sentido de iniciar tres procedimientos arbitrales promovidos por Comcel S.A. y convocar a una reunión previa para la designación -luego modificada en dos casos a sorteo- de los árbitros dentro de los trámites 2846, 2847 y 2845, respectivamente. Sustenta su solicitud en los siguientes

Hechos:

Para mayor claridad, teniendo en cuenta que las demandas son muy similares, este apartado se ha estructurado en dos partes: primero, los acontecimientos que precedieron el inicio de los trámites arbitrales y, segundo, aquellos argumentos propuestos contra las decisiones que habrían vulnerado los derechos fundamentales. Posteriormente, se definirán los requerimientos y se señalarán las censuras que son invocadas por la actora.

1. Hechos que precedieron a la presentación de la acción de tutela.

El apoderado de E.T.B. manifiesta que el 7 de diciembre de 2004 Comcel y Ocel (hoy Comcel), por separado, solicitaron al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria de Tribunales Arbitrales para que resolvieran sus controversias con E.T.B., en razón a los contratos de acceso, uso e interconexión suscritos entre ellos. Aclara que el 18 de marzo de 2005 Celcaribe -empresa que había sido absorbida por Comcel- elevó la misma petición.

El 15 de diciembre de 2006 los tres Tribunales de Arbitramento profirieron laudos en los que condenaron a E.T.B. a pagar una suma superior a los ciento treinta y ocho mil millones de pesos (\$138'000.000.000). Esa obligación fue cumplida y Comcel se ha negado a reembolsar los dineros a pesar de una orden del Consejo de Estado en ese sentido.

Contra los tres laudos arbitrales E.T.B. promovió la anulación respectiva ante la Sección Tercera del Consejo de Estado. En providencias de marzo y mayo de 2008, ese tribunal declaró infundados los recursos.

El 12 de mayo de 2010 E.T.B. interpuso acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina contra la República de Colombia, debido a que en el trámite de los recursos de anulación se omitió solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias.

El 26 de agosto de 2011 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina profirió sentencia en la que comprobó la omisión del Consejo de Estado y determinó sus consecuencias.

El 15 de noviembre de 2011 el Tribunal de Justicia aclaró su sentencia y ordenó al Consejo de Estado que dejara sin efectos las providencias que declararon infundados los recursos de anulación y que procediera a anular los laudos arbitrales.

Esgrime que el 9 de agosto de 2012 el Consejo de Estado dio cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal de Justicia, mediante tres providencias en las que resolvió lo siguiente: “i) dejar sin efectos las sentencias que declararon infundados los recursos de anulación; ii) declarar la nulidad de los laudos proferidos el 15 de diciembre de 2006; y iii) ordenar a COMCEL la devolución a E.T.B. de las sumas pagadas por esta última en ejecución de los fallos arbitrales”.

Posteriormente Comcel solicitó a la Sección Tercera del Consejo de Estado que devolviera cada uno de los expedientes a los Tribunales Arbitrales para que surtieran las interpretaciones prejudiciales correspondientes. Sin embargo, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de decisión que fue confirmada el 11 de octubre de 2012 y contra la que no se presentaron recursos, denegó esa solicitud “teniendo en cuenta que de conformidad con las normas colombianas éstos perdieron competencia y dejaron de existir para el mundo jurídico”.

Considera que en desconocimiento de la decisión del Consejo de Estado, Comcel solicitó el 21 de diciembre de 2012, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la designación de los árbitros para integrar tres Tribunales Arbitrales, negándose -insiste- a devolver las sumas de dinero pagadas por E.T.B..

Relata que Comcel basó la solicitud anterior en las demandas y excepciones que dieron lugar a los laudos que fueron anulados por el Consejo de Estado, para que sea proferida una nueva decisión arbitral previo el cumplimiento de la obligación de interpretación prejudicial de las normas andinas aplicables. Sobre el particular afirma: “es decir, que la función de los tribunales arbitrales solo estaría limitada a surtir el trámite de la interpretación prejudicial ante el Tribunal Andino de Justicia, saltándose todas las etapas del proceso, sin que fuera necesario entablar el procedimiento arbitral nuevo (...)”.

Califica que la petición de Comcel es ilegal, ya que no hay norma que la sustente, y que, no obstante, el Centro de Arbitraje decidió crear un nuevo proceso para satisfacer la solicitud de aquella.

El 11 de enero de 2013 E.T.B. fue citada a la reunión previa de designación de árbitros, “con el fin de determinar el procedimiento a seguir en el presente trámite arbitral”, lo cual se llevaría a cabo el día 21 siguiente a las 11:30 a.m..

El 16 de enero de 2013 Comcel solicitó que la reunión se efectuara para la designación de los árbitros y no para determinar qué procedimiento seguir. Esta petición fue aceptada por el Centro de Arbitraje y fue interpelada por la representante legal de la E.T.B. el mismo día, pidiendo que se expidieran copias de la demanda de convocatoria y se asignara nueva fecha para la reunión; sin embargo, el demandado no accedió y procedió a fijar el momento en que ellas se realizarían para el 28 de enero siguiente.

Mediante correo electrónico enviado el 18 de enero de 2013 a las 6:02 p.m. el centro de Arbitraje convocó a E.T.B. a una reunión de designación de árbitros.

Posteriormente Comcel volvió a recurrir al Centro de Arbitraje con el objeto de que no se nombraran los árbitros de común acuerdo sino que se procediera a su sorteo inmediato, el 24 de enero de 2013.

2. Definición de la decisión que vulneraría los derechos fundamentales

E.T.B. considera que las solicitudes elevadas por Comcel al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá no cumplen con los requisitos indicados en el “Reglamento de Procedimiento” de esa entidad. La anomalía principal que presenta la E.S.P. es resumida de la siguiente manera:

“En efecto, COMCEL pretende que el Centro de Arbitraje integre un Tribunal Arbitral para que se profieran sendos laudos, pretermitiendo todas las etapas del proceso arbitral y, con ello, anulando para ETB cualquier posibilidad de ejercer su derecho de defensa y de someterse a un debido proceso.”

Asimismo, la demandante plantea que Comcel pretende sustraerse del reintegro de las sumas de dinero adeudadas. Además pone de presente que la citación emanada del Centro de Arbitraje constituye una vulneración a su derecho fundamental al debido proceso, lo cual también se presentó cuando fue negada la solicitud de cambio de fecha para la ejecución de la reunión y en el momento en que se convocó a las partes a determinar procedimientos o designar los árbitros. Incluso considera que ello vulnera su derecho a la igualdad, atendiendo que las solicitudes de Comcel han sido aceptadas en su totalidad y en “tiempo record”, mientras que las de E.T.B. solo son aceptadas parcialmente y con una celeridad diferente; puntualmente, sobre la vulneración de ese derecho expone lo siguiente:

“(…) por cuanto sólo difirió el Centro de Arbitraje la fecha inicialmente señalada para el lunes 21 de enero, soportado en la solicitud de COMCEL para que se citara no para reunión previa sino para designación de árbitros y como este cambio se efectuó tan sólo el viernes 18 de enero de 2013 a las 6:02 pm, mal podía haber dejado la citación para el mismo lunes 21 y fijó el 28 de enero.”

Teniendo en cuenta que E.T.B. es una entidad pública, esgrime que está prohibido que las partes modifiquen las reglas de procedimiento del trámite arbitral, conforme al artículo 13 de la Ley 270 de 1996, y que tampoco es admisible que el Centro de Arbitraje sea ajeno a las exigencias legales.

También censura que se haya adelantado ese proceso sin que exista una demanda de convocatoria e interpreta que se la quiere someter a un trámite “exótico” en el que no

tendrá la posibilidad de formular excepciones ni hacer valer su derecho de defensa. Para este efecto cita el artículo 5º del Reglamento de Procedimiento y enfatiza que solo se designan los árbitros cuando se ha recibido y revisado la demanda de convocatoria, la cual debe ser presentada “en la forma establecida en la ley”. Bajo estos términos, deduce que no existe marco legal que prevea la posibilidad de adelantar un trámite en el que “los árbitros se limiten a proferir el laudo con base en actuaciones adelantadas en otro proceso.”

De todo lo anterior concluye que “el proceder del Centro de Arbitraje amenaza con vulnerar el derecho fundamental al debido proceso de E.T.B.”. Más adelante indica que aquel no puede reabrir procesos que se han terminado o acceder al inicio de trámites a partir de la etapa que proponga una de las partes; sobre este particular concluye: “[I]o de COMCEL ahora es sencillamente una solicitud para que se reanuden ilegalmente tres procesos que están definidos y concluidos, lo cual es una invitación a incurrir en una causal de nulidad insaneable”.

Finalmente explica que la vulneración del derecho de defensa es grave ya que E.T.B. no podrá alegar que un punto fundamental que soporta el reclamo económico de Comcel, esto es, la Resolución CRC número 463 de 2001, fue derogada desde el 4 de enero de 2002 a través de la Resolución CRC número 469 de 2002.

3. Solicitud de tutela

E.T.B. solicita que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la igualdad y que, como consecuencia, se ordene al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá que deje sin efectos la citación enviada a las partes para determinar el trámite a aplicar o para designar los árbitros, o en caso de que ya se hubiere efectuado, se anule y suspenda el trámite propuesto por Comcel en los procedimientos números 2845, 2846 y 2847.

4. Respuesta de las entidades accionadas

4.1. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El director[1] del Centro de Arbitraje se opuso a las pretensiones de la E.T.B. y consideró que

no existe vulneración de los derechos fundamentales invocados y relacionó las acciones de tutela presentadas contra los procesos arbitrales iniciados por Comcel.

4.1.1. En primer lugar, esta entidad enlistó los antecedentes aplicables al caso de la siguiente manera:

- Después de haber superado el periodo de vacaciones colectivas, esas peticiones fueron tramitadas el 11 de enero de 2013, fijándose el día 21 siguiente como fecha para la realización de las “reuniones previas”. Ello llevó a que se expidieran las comunicaciones respectivas.
- Explica que la anterior determinación tuvo sustento en que en las solicitudes de convocatoria se citó como prueba la integralidad de los correspondientes expedientes arbitrales que había adelantado Comcel S.A. en contra de E.T.B. y que reposaban en el Consejo de Estado. Aclara que en ellas no obraba el documento contentivo del pacto arbitral y que, por tanto, no existía referente para determinar el tipo de audiencia a la que se debía convocar.
- El 16 de enero, a través de memorial, Comcel aportó copias de los contratos de interconexión suscritos con E.T.B. el 11 y el 13 de noviembre de 1998, en donde se consignaron las cláusulas compromisorias que soportan el trámite arbitral. Con base en estos documentos solicitó se procediera a la designación de los árbitros.
- Afirma que con los contratos se comprobó la existencia de los pactos arbitrales, los cuales se encuentran contenidos en las cláusulas vigésima cuarta[2] y vigésima segunda[3] de los contratos de interconexión; de esa norma resaltó lo siguiente: “La designación de los Árbitros se hará por un mutuo acuerdo, y a falta de acuerdo en un término no superior a veinte (20) días, serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje en el cual se adelantará el proceso arbitral”[4].
- En la misma fecha, es decir el 16 de enero, la apoderada general de E.T.B. solicitó copias informales de las demandas, las que fueron expedidas el mismo día. Allí también se solicitó que las reuniones se aplazaran para el 31 de enero, lo cual fue decidido con fundamento en el pacto arbitral y en que ambas partes habían pedido la designación de los árbitros; con todo, para la ejecución de esas diligencias se fijó el 28 de enero de 2013, por constituir un

momento intermedio respecto de lo propuesto por Comcel y E.T.B..

- De esa decisión y de las solicitudes de cada parte fueron informadas cada una de ellas, la Procuraduría General de la Nación y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, tanto física como electrónicamente. También se enteró al Consejo de Estado, a quien adicionalmente se le solicitó la remisión de los expedientes correspondientes.

- El 21 de enero el apoderado de Comcel radicó memoriales en los que manifestó que no tenía interés en llegar a un acuerdo con E.T.B. sobre la elección de los árbitros[5]. Como consecuencia solicitó su designación a través de un sorteo, sin necesidad de reunión previa entre las partes. Esta petición fue puesta en conocimiento de la E.T.B. por medio electrónico y físico.

- Conforme al artículo 14 de la ley 1563 de 2012 y a la política institucional de sorteo de árbitros, se dedujo que el jueves 24 de enero era el único día en donde existía la posibilidad de realizar esa diligencia.[6]

- El 23 de enero la apoderada de E.T.B. radicó escritos en el que solicitó que para evitar la vulneración de sus derechos fundamentales, el Centro de Arbitraje se abstuviera de realizar la reunión ya que no existía la demanda correspondiente.

- En respuesta, el Centro de Arbitraje informó a los apoderados de las partes, durante el sorteo público de árbitros realizado el 24 de enero[7], que él no es competente para resolver los asuntos de fondo de las controversias, por ejemplo, la verificación de los requisitos de ley que deben cumplir las demandas.

- En paralelo, en lo que se refiere al caso correspondiente al expediente T-3898071, conforme al contenido del pacto arbitral, el 28 de enero se ejecutó la reunión de designación de árbitros que se había programado, a la cual no se hizo presente ningún representante de ETB y, por tanto, Comcel procedió a solicitar la expedición de copias auténticas de las listas de árbitros para que los jueces del circuito procedieran a su designación, en los términos del numeral 4º del artículo 14 de la Ley 1563 de 2012.

- En respuesta al escrito radicado por ETB el 23 de enero de 2013, Comcel radicó el 29 de enero un nuevo documento en el que presenta los argumentos que justifican la nueva

solicitud de convocatoria de los tribunales arbitrales.

4.1.2. Bajo ese contexto, el director del Centro de Arbitraje y Conciliación consideró que todas las acciones de tutela presentadas por la E.T.B. son absolutamente improcedentes. Para ello expuso, en primer lugar, su falta de legitimidad por pasiva, ya que esa entidad no tiene personería jurídica y, por tanto, la actora incurrió en un yerro debido a que contra ella no se puede dirigir ninguna acción judicial.

No obstante lo anterior, puso de presente que en la sentencia C-1038 de 2002 esta corporación limitó las funciones de los Centros de Arbitraje y sus directores. Advirtió que la función de administrar justicia solo corresponde a los árbitros, lo cual fue confirmado en la sentencia SU-174 de 2007. Así las cosas, atendiendo que esas entidades ejecutan labores privadas de apoyo a la labor jurisdiccional, calificó que la solicitud de E.T.B. es “desproporcionada en tanto, no solo el Centro no es competente para tomar este tipo de determinaciones, sino que, de hacerlo, estaría denegando, ahí sí, el acceso a la administración de justicia de una parte.” Agregó que no cuenta con las facultades para definir si una solicitud de convocatoria cuenta con los requisitos legales e insistió en que es su obligación tramitar las peticiones que elevan las partes de conformidad con el pacto arbitral. Precisó que en este caso no tenía más opción que dar cumplimiento al numeral 3º del artículo 14 de la ley 1563 de 2012, procediendo a la designación de los árbitros dentro del término legal[8].

Adicionalmente manifestó que en estos casos no se cumplen los requisitos para que la acción de tutela proceda contra particulares. Específicamente planteó que los actos que ha desplegado son meramente operativos y de apoyo, y que ninguna de las partes está subordinada al Centro de Arbitraje sino que, al contrario, es este el que se encuentra en estado de subordinación al pacto celebrado por los contratantes.

Más adelante reiteró que de conformidad con la ley 1563 de 2012 y del principio competencia-competencia, es cada tribunal quien debe definir si fue convocado con el lleno de los requisitos y puso de presente que la actora cuenta con varios medios para impugnar el inicio del trámite arbitral: “tales como el recurso de reposición en contra, no sólo del auto admisorio de la demanda, sino del auto por medio del cual los árbitros asumen competencia, momentos en los cuales podrá alegar una indebida integración del tribunal, si

así lo considera”. Bajo estas condiciones juzgó que las censuras de la actora son “prematuras” y están formuladas “por fuera del marco de competencia que fija la ley para resolverlas”. Concluyó que el derecho al debido proceso no ha sido desconocido y que las acciones de tutela son improcedentes.

Por último, manifestó que sus funciones están sustentadas en el pacto arbitral invocado por la parte convocante en concordancia con el artículo 12 de la ley 1563 de 2012 y la sentencia C-1038 de 2002. También aclaró que siempre ha “accedido” a las peticiones de E.T.B. con prontitud, de acuerdo a las programaciones del Centro y teniendo en cuenta que ella “no justificó, de manera cierta e irrefutable, y siquiera sumariamente, la razón por la cual debía haberse tenido en cuenta la fecha sugerida”. Con todo, sustentada en el principio de habilitación, explicó que puede designar los árbitros “por delegación expresa o tácita de las partes” y que al inicio de cada trámite citó a una reunión previa ya que no contaba con la cláusula compromisoria pero que, una vez allegado ese documento, por solicitud de ambas partes, procedió al sorteo de los árbitros[9] y a efectuar la reunión respectiva[10].

4.2. Comcel.

A través de apoderado, respecto del expediente T-3898071[11], Comcel comentó que en virtud de la cláusula compromisoria los árbitros deben ser seleccionados por acuerdo de las partes o, en su defecto, por un juez civil del circuito, y concluyó que en este caso esa facultad no la tiene el CAC de la Cámara de Comercio conforme al numeral 4 del artículo 14 de la ley 1563 de 2012. Bajo estas condiciones advirtió que el trámite censurado por E.T.B. no existe y, por tanto, no se ha violado ningún derecho fundamental.

En lo que se refiere a los casos contenidos en los expedientes T-3868677[12] y T-3907500[13], Comcel relacionó los hechos citados en la demanda y aclaró que la E.T.B. ha presentado tres acciones de tutela en contra de los tres laudos que fueron dictados en su contra y a favor de Ocel, Celcaribe y Comcel. Indicó que los amparos constitucionales se han impetrado ante diferentes autoridades judiciales y precisó que en los procesos arbitrales se declaró el incumplimiento de la E.S.P. sobre un contrato de interconexión.

Más adelante enumeró nuevamente los principales eventos que acaecieron desde que el Consejo de Estado declaró infundados los recursos de anulación interpuestos por E.T.B. hasta que, por orden del Tribunal de Justicia Andina, aquella corporación anuló sus propias

decisiones así como los laudos arbitrales. Enseguida resaltó que es falso que la Sección Tercera hubiera anulado todo el trámite arbitral, inferencia que calificó de ilógica e ilegal, y la soportó con la cita de dos párrafos de la providencia y con la sentencia T-1031 de 2007. Aclaró que no es cierta la afirmación de E.T.B. en lo que se refiere a que los procesos arbitrales deben iniciarse “desde cero ya que ello sí constituiría una vulneración de los derechos al acceso a la justicia y al debido proceso”. A continuación precisó: “Comcel lo que pretende, según lo ordenado por el Consejo de Estado y por el Tribunal Andino, es que se designe un nuevo panel arbitral para que se siga conociendo del proceso, haga la consulta prejudicial y profiera Laudo Arbitral”.

Posteriormente relacionó cronológicamente los actos que se han adelantado ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá e informó que el 24 de enero, con la asistencia de la E.T.B., se llevó a cabo el sorteo de los árbitros. Con todo, advirtió que las funciones de esa entidad son meramente administrativas y prearbitrales, y que le está prohibido analizar aspectos de fondo. Afirmó que no existe vulneración de los derechos invocados atendiendo que ha cumplido con los presupuestos de ley y que el Tribunal Andino ordenó la anulación de los laudos para que se profirieran unos nuevos, previo el cumplimiento de la interpretación prejudicial. Advirtió que en decisión del 6 de septiembre de 2012 el Consejo de Estado declaró que la nulidad era aplicable “única y exclusivamente” al laudo y no a los demás componentes del proceso. Por último anotó lo siguiente[14]:

“LO ÚNICO ANULADO ES EL LAUDO ARBITRAL Y HAY QUE NOMBRAR UNOS ÁRBITROS PARA QUE LO DICTEN.

ESO ES LO QUE SE PIDE: QUE SE NOMBREN LOS ÁRBITROS.

TODO EL RESTO DEL PROCESO ES EXISTENTE Y VÁLIDO.”

II. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN

1. Expediente T-3868677 (contrato de interconexión celebrado originariamente entre Ocel y E.T.B., trámite arbitral 2846).

1.1. Primera instancia.

El Juzgado Treinta Civil Municipal de Bogotá, mediante fallo del 12 de febrero de 2013,

denegó la protección de los derechos invocados por E.T.B.. Para el efecto citó la naturaleza del trámite arbitral, sus características más básicas, así como las pautas de procedibilidad de la acción de tutela contra los laudos. Bajo estas condiciones consideró que en este caso no se cumple con la subsidiariedad de la acción de tutela, ya que es necesario que se agoten los mecanismos procesales previstos en la ley, de manera que el Centro de Arbitraje o los árbitros resuelvan las inconformidades de la actora.

1.2. Impugnación.

E.T.B. impugnó el fallo de primera instancia argumentando que el acto de convocatoria para nombrar los árbitros no puede ser recurrido a través de recurso alguno. Reconoció que se trata de una actuación administrativa y que la misma, así como la designación, no son “controvertibles”. Bajo esas condiciones afirmó que no tiene ningún instrumento para refutar las decisiones del Centro de Arbitraje y que la solución del juez de tutela también vulnera sus derechos fundamentales.

Nuevamente explicó las razones que sustentan la presentación de la acción constitucional e insistió en que la pretensión de Comcel de que se reinicie o continúe el trámite arbitral es exótica y desconoce sus garantías constitucionales y legales, atendiendo que la cláusula compromisoria ya agotó su objeto (citó el artículo 167 del Decreto 1818 de 1998) y que en ninguna regla se prevé la subsistencia del proceso arbitral cuando ha sido anulado.

Reiteró que su derecho a la igualdad fue menoscabado teniendo en cuenta que su solicitud de ampliación del término de la reunión para el 31 de enero no fue atendida debido a que el Centro de Arbitraje solo tiene en cuenta la urgencia de la entidad convocante.

Aclaró que no es cierto que pueda proponer la protección de sus derechos ante los árbitros, teniendo en cuenta que su vulneración acaece en la etapa prearbitral. Transcribió varios párrafos de una providencia del 11 de octubre de 2012, en la que el Consejo de Estado habría señalado la imposibilidad de reanudar el proceso arbitral, y advirtió que someterla a que los árbitros decidan, “la expone a tener que acudir a un tribunal costoso a sabiendas de que el pacto arbitral se agotó con el proceso que ya terminó con un laudo que posteriormente se anuló”. Concluyó que en el presente caso no hay pacto arbitral “por agotamiento del debate litigioso” y, por tanto, era obligación del Centro abstenerse de efectuar el nombramiento de los árbitros, sin que esto constituya el ejercicio de funciones

jurisdiccionales.

1.3. Segunda instancia.

El Juzgado Treinta Civil del Circuito de Bogotá, mediante decisión del 21 de marzo de 2013, confirmó el fallo de primera instancia. Para el efecto señaló los componentes del derecho al debido proceso y luego se refirió a las funciones de los Centros de Arbitramento. Transcribió una parte de la sentencia C-1038 de 2010, concluyó que las actuaciones de esa entidad tienen naturaleza judicial y advirtió que para que la tutela proceda es necesario que el actor no disponga de otros medios de defensa judicial. Para este caso dedujo que las actuaciones desplegadas por el Centro pueden censurarse ante el Tribunal y que las anomalías referidas a su competencia también se pueden proponer ante ellos, en donde además la actora puede interponer el recurso de reposición (art. 41, penúltimo inciso, ley 1563 de 2012).

Concluyó que la acción de tutela perdió “vigor” para definir el conflicto planteado por E.T.B., ya que es el juez natural quien está llamado a resolverlo. Sostuvo que no existe ningún fundamento que sustente la vulneración del derecho a la igualdad y que su justificación está soportada en apreciaciones “banales”. Por último, encontró que tampoco existe alguna herramienta que permita probar el acaecimiento de un perjuicio irremediable que pueda llegar a hacer procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio.

2. Expediente T-3898071 (contrato de interconexión celebrado originariamente entre Celcaribe y E.T.B., trámite arbitral 2847).

A través de fallo del 6 de febrero de 2013, la Sección Segunda, Sub-Sección “C”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó la protección de los derechos invocados por E.T.B. Señaló que conforme a la sentencia C-1038 de 2002, los centros de arbitraje no ejercen funciones jurisdiccionales. Sin embargo, argumentó que estos sí desarrollan una función pública de “suma importancia y de gran trascendencia” en la que existe la posibilidad de desconocer derechos fundamentales como el debido proceso y la defensa, por lo que pueden llegar a ser sujetos pasivos de una acción de tutela. Bajo esta condición, analizó si el trámite adelantado por Comcel es ilegal, para lo cual previamente sintetizó los antecedentes y algunos de los componentes de las decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado. De acuerdo con ellos, concluyó que luego de la declaración de nulidad de los laudos, cualquiera de las partes tenía la potestad de convocar un nuevo Tribunal de

Arbitramento con sujeción a las normas que regulan la materia y sin perjuicio del reintegro de los dineros pagados a la convocante.

Posteriormente estudió el procedimiento adelantado por el Centro de Arbitraje y para este efecto se soportó 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”, así como en los documentos que han sido allegados por las partes. A partir de ello concluyó que “no se observa violatorio de derecho alguno el hecho de fijar nueva reunión en cambio para la designación de los árbitros y con base en el hecho que ambas partes solicitaron al Centro la fijación de una fecha para la designación de los mismos, al día siguiente de las solicitudes”. También consideró que el procedimiento posterior, el cual incluyó la notificación a la convocante, a la convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, así como la reunión respectiva, a la cual faltó el representante de la ETB, no desconoce alguno de los derechos invocados ni el alcance de la cláusula compromisoria. Al respecto concluyó lo siguiente:

“Acorde a lo anterior, tanto la citación como el acta de reunión para la designación de los árbitros, reúne los requisitos procedimentales que la norma establece, luego en esta primera etapa de la fase pre-arbitral, no es posible colegir que el Centro haya violado los derechos fundamentales invocados por la parte accionante”.

Finalmente destacó que la actora cuenta con los medios ordinarios de defensa judicial consignados en la ley 1563 de 2012 y reiteró que no evidencia el desconocimiento de ningún derecho durante la ejecución del trámite prearbitral.

2.2. Impugnación.

E.T.B. impugnó el fallo de primera instancia argumentando que esta sentencia desconoce “la real dimensión” de la decisión proferida por el Consejo de Estado, ya que de ella se deriva que el trámite se extinguió y no podía ser revivido.

Expuso que sus derechos fundamentales sí han sido vulnerados en el trámite administrativo previo, aunque el demandado no haya ejecutado funciones judiciales. Insistió en que el asunto ya fue decidido por un tribunal arbitral “sin importar que este fuera anulado por la Sección Tercera del Consejo de Estado al cumplir lo ordenado por el Tribunal de Justicia de

la Comunidad Andina. (...) El laudo con el que terminó el proceso arbitral, que mediante maniobras coadyuvadas por el Centro de Arbitraje ahora pretende convocar COMCEL, fue anulado por el Consejo de Estado dando cumplimiento a lo decidido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y, en ese sentido, mal puede dar un trámite el Centro de Arbitraje para continuar un proceso que ya se terminó.” Explicó que permitir un nuevo panel arbitral desconoce la Constitución y la Ley, ya que esa posibilidad no está contemplada respecto de las decisiones anulatorias tomadas por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y, por el contrario, desconoce los artículos 167 del decreto 1818 de 1998 y 10 de la ley 1563 de 2012.

Insistió en que los mecanismos propios del proceso arbitral y el recurso de anulación son insuficientes para garantizar los derechos fundamentales invocados, debido a que ello no tiene en cuenta que su desconocimiento se generó en la fase prearbitral.

Advirtió que el párrafo citado en la sentencia, proveniente del fallo dictado por el Consejo de Estado, es un obiter dicta y que él no puede desconocer el contenido real de esta decisión, es decir, que Comcel no podía continuar con un arbitraje que ya se había extinguido debido a la declaratoria de nulidad y al consecuente agotamiento del objeto del pacto arbitral. Para este efecto transcribe varios apartes de la providencia del 11 de octubre de 2012 (expediente 2012 00013 00 (43.045)) y a continuación esgrime que someter a E.T.B. a la decisión de un tribunal arbitral costoso es desconsiderado y equivocado ya que el CAC pudo haber evitado la convocatoria atendiendo que no existe pacto que permita el nombramiento de árbitros dentro de un trámite que ya se agotó. Al respecto concluyó lo siguiente:

“12.- La solución de trasladar la decisión a unos árbitros, implica que la ETB que ya cuenta con una sentencia del Consejo de Estado que le ordenó a Comcel restituirle unos dineros que esa entidad irresponsablemente se ha negado a devolver, tendrá que pagar una cuantiosa suma para enfrentar la mitad de un proceso que se convoca sin que exista pacto arbitral.

13.- El razonamiento de que el CENTRO DE ARBITRAJE no ejerce funciones jurisdiccionales es artificioso. Sabido es que cuando no hay pacto arbitral, como no lo hay en este evento por agotamiento del debate litigioso, el CENTRO DE ARBITRAJE no se presta para nombrar

árbitros, y ello lo hace sin que se interprete que está ejerciendo funciones jurisdiccionales. La comprobación de la existencia del pacto arbitral y su vigencia, es un tema elemental que no implica el ejercicio de función jurisdiccional, como lo sentenció el fallo recurrido.”

2.3. Segunda instancia.

A través de fallo del 1º de abril de 2013, la Sección Segunda, Subsección “B”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó la decisión impugnada por E.T.B.. Luego de precisar los hechos que soportan la acción de tutela y de derivar los problemas jurídicos que habría de resolver, advirtió que es necesario determinar la procedibilidad de la acción de tutela para atender la controversia. Sobre esto, estimó que las cuestiones planteadas por la actora deben ser atendidas en primer lugar por el tribunal de arbitramento, ya que conforme a la ley 1563 de 2012 él está obligado a decidir sobre su competencia, la vigencia del pacto arbitral y el cumplimiento de los requisitos de la demanda.

Asimismo, enunció las etapas en las que la demandante puede proponer los “motivos de inconformidad” y coligió que cuenta con varias herramientas para plantear las censuras que sustentan la supuesta vulneración de derechos. Respecto de los argumentos de la impugnación, precisó que la solución de las diferentes anomalías descritas en la tutela requiere del ejercicio de funciones jurisdiccionales de las que carece el CAC, para lo cual citó la sentencia C-1038 de 2002 y concluyó lo siguiente:

“Por lo tanto, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, no es el llamado a resolver los motivos de inconformidad expuestos por la ETB, por lo que se reitera, es Tribunal de Arbitramento que se está conformando por solicitud de Comcel, el que en primera medida debe pronunciarse sobre el particular.”

Finalmente consideró que aunque la parte convocada debe someterse a algunos trámites “desgastantes”, ellos no generan la existencia de un perjuicio irremediable que hagan procedente de la acción de tutela como mecanismo transitorio. Igual inferencia generó de la ausencia de pago de los dineros que adeudaría Comcel y respecto los cuales puede adelantar las gestiones judiciales pertinentes. En lo que se refiere a la vulneración del derecho a la igualdad, comprobó las actuaciones desplegadas por el CAC, refirió que no existe prueba de las razones por las que la E.T.B. no asistió a la reunión del 28 de enero de

2013 y concluyó que no se evidencia ninguna actuación discriminatoria.

3. Expediente T-3907500 (contrato de interconexión celebrado originariamente entre Comcel y E.T.B., trámite arbitral 2845).

3.1. Primera instancia.

Mediante sentencia del cinco de febrero de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", negó la protección de los derechos invocados por E.T.B.. En primer lugar destacó el alcance de los principios rectores de la tutela a la subsidiariedad así como a la inmediatez, y luego definió los componentes de los derechos al debido proceso, la defensa, la contradicción y la igualdad. Luego transcribió los artículos 1º, 2º, 8º, 12, 14, 20 y 30 de la ley 1563 de 2012, así como los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 8º del reglamento de procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para, enseguida, citar la cláusula vigésima cuarta ("procedimiento para solución de diferencias") del contrato de interconexión suscrito entre Comcel y E.T.B..

Describió el trámite a cargo del CAC y del tribunal de arbitramento, valiéndose de las sentencias SU-600 de 1999, C-1038 de 2002 y C-330 de 2012, concluyendo que no hay vulneración de los derechos fundamentales por las siguientes razones: (i) existe un pacto compromisorio que establece la facultad del tribunal de arbitramento para conocer el conflicto; (ii) Comcel presentó la solicitud respectiva, acompañada de la demanda arbitral; (iii) el CAC citó a una reunión previa, atendiendo que no se había anexado el pacto arbitral conforme al artículo 14 de la ley 1563 de 2012; (iv) en el entretanto, la convocante allegó el contrato de interconexión y solicitó que se efectuara la designación de árbitros; (v) lo anterior fue puesto en conocimiento de las partes, a las cuales se citó al sorteo correspondiente conforme a las políticas institucionales del CAC. De este recuento dedujo que las actuaciones de la demandada "se encuentran ajustadas tanto a las normas que regulan su actividad como a lo señalado sobre ellas por la jurisprudencia" y advirtió que a ella no le corresponde examinar la presunta ilegalidad de la solicitud de convocatoria y que ha atendido las solicitudes presentadas por E.T.B..

3.2. Impugnación.

El 15 de febrero de 2013 E.T.B. impugnó el fallo de primera instancia indicando que incurre en varias equivocaciones ya que el pacto arbitral se extinguió en virtud del laudo y la nulidad proferida por el Consejo de Estado. Insistió en que en la fase prearbitral se le han vulnerado sus derechos fundamentales debido a que el CAC dio curso a la petición de “continuar” un proceso arbitral culminado, sin importar que la decisión respectiva hubiera sido anulada por el Consejo de Estado al cumplir lo ordenado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Argumentó que para ese efecto no es relevante que la entidad demandada no tenga funciones jurisdiccionales y reiteró que el proceso arbitral concluyó debidamente y no puede reanudarse ya que así lo disponen las normas que regulan el recurso extraordinario de anulación contra los laudos arbitrales. En el mismo sentido recalcó que el objeto de la cláusula compromisoria se encuentra agotado y por consiguiente no es posible la continuación del trámite en virtud de los artículos 167 del decreto 1818 de 1998 y 10 de la ley 1563 de 2012.

Agregó que la posibilidad de que E.T.B. pueda interponer recursos ante los árbitros no impide que se continúen vulnerando sus derechos desde la fase prearbitral y, por el contrario, agravan su situación al obligarlo a acudir a un “tribunal costoso”. Calificó que ese razonamiento es desconsiderado así como equivocado y, para probar que la controversia con Comcel ya culminó, transcribió varios párrafos de la providencia proferida por el Consejo de Estado el 11 de octubre de 2012. Finalmente consideró que la vulneración de su derecho a la igualdad se sigue presentando, para lo cual reiteró las ideas incluidas en la acción de tutela.

3.3. Segunda instancia.

Mediante fallo del 21 de marzo de 2013, la Sección Segunda, Subsección “A”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado confirmó la negativa de protección de los derechos invocados por E.T.B.. Luego de sintetizar las pretensiones adscritas a la acción y de analizar los componentes del debido proceso y la naturaleza del tribunal de arbitramento, relacionó los hechos más importantes desde cuando, en diciembre de 2004, se presentó la demanda arbitral en contra de E.T.B.. Posteriormente evidenció que las actuaciones del CAC dieron cumplimiento al artículo 12 de la ley 1563 de 2012, teniendo en cuenta que esta ejerce funciones administrativas de apoyo a la instalación del tribunal, y juzgó que con ellas no desconoce los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la

Comunidad Andina ni del Consejo de Estado. Al respecto consideró lo siguiente:

“La decisión de admitir o no la demanda o su rechazo de plano cuando no se acompañe la prueba de la existencia del pacto arbitral, le corresponde al Tribunal de Arbitramento en la primera audiencia de trámite, después de que haya sido instalado, de acuerdo con lo señalado en el artículo 20 del estatuto de arbitraje Ley 1563 de 2012 y no al Director del Centro de Arbitraje, pues la ley no le confiere funciones judiciales sino de apoyo para la instalación del Tribunal, y por lo mismo no existe violación al debido proceso.”

Finalmente, en lo que se refiere a la presunta vulneración del derecho a la igualdad, esa corporación encontró que las solicitudes de E.T.B. han sido atendidas con la misma diligencia y atención. Para este efecto relacionó las diferentes intervenciones de la demandante y las respuestas que fueron generadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación. Por último, adujo que no corresponde al juez de tutela determinar los efectos de cosa juzgada de las providencias citadas, ya que ello es contrario a la naturaleza subsidiaria de la acción constitucional.

III. PRUEBAS

En el trámite de la acción de tutela en comento obran las siguientes pruebas:

Expediente 3868677:

1. Fotocopia de la solicitud elevada por Comunicación Celular S.A., Comcel, S.A., ante el director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 21 de diciembre de 2012, en la que solicita la designación de los árbitros para que resuelvan el conflicto con E.T.B. (folios 32 a 112, cuaderno principal número 1).
2. Fotocopia del oficio emitido por el Centro de Arbitraje de fecha 11 de enero de 2013, en el que informa a las partes la solicitud elevada por Comcel y cita a una reunión previa a la designación de los árbitros (folios 182 a 187, cuaderno principal número 1).
3. Fotocopia del memorial elevado por Comcel, en el que adjunta copia del contrato de interconexión con ETB y solicita que no se cite a una reunión previa sino a la designación de los árbitros (folio 188, cuaderno principal número 1).

4. Fotocopia del contrato de interconexión suscrito entre Ocel S.A. y la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A., E.S.P. (folios 189 a 228, cuaderno principal número 1).
5. Fotocopia de las solicitudes de copias y de cambio de fecha para llevar a cabo la reunión de designación de árbitros, presentada por E.T.B. el 16 de enero de 2013 (folio 229, cuaderno principal número 1).
6. Fotocopia del registro de envío de correo electrónico en el que se informa de la existencia de la demanda arbitral al Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, de fecha 17 de enero de 2013 (folio 341, cuaderno principal número 1).
7. Fotocopia del registro de envío de correo electrónico en el que se informa de la existencia de la demanda arbitral a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, de fecha 17 de enero de 2013 (folio 344, cuaderno principal número 1).
9. Fotocopia de la solicitud elevada por el Centro del Arbitraje a la Sección Tercera del Consejo de Estado, para que remita “copia íntegra y auténtica” de los expedientes que obran en dicha corporación (folio 360, cuaderno principal número 1).
10. Fotocopia del oficio firmado por el apoderado de Comcel, de fecha 21 de enero de 2013, en el que manifiesta que “no tiene interés en llegar a un acuerdo con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP para la designación de los árbitros”, y en el que solicita que se proceda a su sorteo (folio 362, cuaderno principal número 1).
11. Fotocopia de los oficios que fueron remitidos a las partes, en los que se les informa que el sorteo de los árbitros se realizará el 24 de enero de 2013 (folios 363 a 376, cuaderno principal número 1).
12. Fotocopia del memorando del 22 de enero de 2013, con destino a la vicepresidenta ejecutiva del Centro de Arbitraje, en el que se cita el contenido del pacto arbitral, previo a la realización del sorteo de los árbitros (folios 377 y 378, cuaderno principal número 2).
13. Fotocopia del escrito presentado por la apoderada general de la E.T.B. en el que manifiesta que el Centro de Arbitraje no debió haber citado a la designación de árbitros por

no existir la demanda correspondiente (folios 379 a 382, cuaderno principal número 2).

14. Fotocopia de la comunicación emanada del Centro de Arbitraje, de fecha 25 de enero de 2013, en la que informa a las partes que a través de sorteo fueron designados los árbitros principales y suplentes para integrar el Tribunal (folios 383 a 385, cuaderno principal número 2).

15. Fotocopia de los correos enviados a los árbitros, de fecha 25 de enero de 2013, informando su designación y dándoles cinco días para que confirmen la aceptación (folios 386 a 402, cuaderno principal número 2).

16. Fotocopia de la respuesta de Comcel al escrito que radicó E.T.B. censurando el inicio del trámite arbitral y en el que anexa copia de la providencia del 6 de septiembre de 2012, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (folios 403 a 464, cuaderno principal número 2).

17. Fotocopia de las cartas de aceptación y de impedimento que fueron elevadas por los árbitros designados para el caso (folios 465 a 471, cuaderno principal número 2).

18. Fotocopia del cuaderno de pruebas correspondiente al proceso arbitral 2846 adelantado entre Comcel y E.T.B., en donde se encuentran los siguientes documentos:

18.1. Fotocopia del fallo dictado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro de la acción de incumplimiento interpuesta por E.T.B. contra la República de Colombia y la Sección Tercera del Consejo de Estado (folios 473 a 523, cuaderno principal número 2).

18.2. Fotocopia de la sentencia dictada por el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 09 de agosto de 2012, en cumplimiento de la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (folios 524 a 628, cuaderno principal número 2).

18.3. Fotocopia de la providencia dictada por el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 6 de septiembre de 2012, en respuesta a las solicitudes elevadas por Comcel (folios 629 a 686, cuaderno principal número 2).

18.4. Fotocopia del auto proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 11 de octubre de 2012, en respuesta a otras solicitudes de Comcel y E.T.B.

(folios 689 a 693, cuaderno principal número 2).

19. Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, aprobado por el Ministerio del Interior y de Justicia mediante oficio OFI07-1117-DAJ-0500 del 18 de enero de 2007 (folios 699 a 724, cuaderno principal número 3).

20. Adicionalmente, como anexos en dos cuadernos, se allegaron los siguientes medios de prueba:

20.1. Fotocopia de los tres laudos arbitrales dictados el 15 de diciembre de 2006 dentro del proceso promovido por Comcel contra la E.T.B..

20.2. Fotocopia de las providencias dictadas por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 27 de marzo de 2008, dentro de los recursos de anulación de los laudos arbitrales dictados para resolver las controversias entre Comcel y E.T.B..

20.3. Fotocopia del fallo dictado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro de la acción de incumplimiento interpuesta por E.T.B. contra la República de Colombia y la Sección Tercera del Consejo de Estado

20.4. Fotocopia de las decisiones tomadas por el pleno de la Sección Tercera del Consejo de Estado el 9 de agosto de 2012, en las que da cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

20.5. Fotocopia de la solicitud elevada por Comcel ante el centro de arbitraje el 21 de diciembre de 2012.

20.6. Fotocopia de la sentencia de nulidad dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 21 de agosto de 2008, en contra de una frase del artículo 2º, numeral 4.2.2.19. de la Resolución 489 de 2002, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.

Expediente T-3898071

1. Fotocopia del laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, dictado dentro del trámite promovido por Comcel contra la E.T.B. (folios 82 a 112).

2. Fotocopia del laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, dentro del proceso promovido por Comcel-Celcaribe contra la E.T.B. (folios 113 a 184).
3. Fotocopia del laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, dictado dentro del trámite promovido por Occidente y Caribe Celular S.A. Ocel contra la E.T.B. (folios 185 a 257).
4. Fotocopia de la sentencia del 27 de marzo de 2008, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del recurso de anulación interpuesto por E.T.B. contra el laudo arbitral proferido el 15 de diciembre de 2006, en el proceso convocado por Comcel (folios 258 a 340).
5. Fotocopia de la sentencia del 27 de marzo de 2008, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del recurso de anulación interpuesto por E.T.B. contra el laudo arbitral proferido el 15 de diciembre de 2006, en el proceso adelantado por Celcaribe-Comcel (folios 341 a 401).
6. Fotocopia de la sentencia del 21 de mayo de 2008, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, dentro del recurso de anulación interpuesto por E.T.B. contra el laudo arbitral proferido el 15 de diciembre de 2006, en el proceso adelantado por Ocel (folios 402 a 475).
7. Fotocopia de la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 26 de agosto de 2011, dentro de la acción de incumplimiento interpuesta por E.T.B. contra la República de Colombia y la Sección Tercera del Consejo de Estado (folios 476 a 511).
8. Fotocopia de la aclaración de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de fecha 15 de noviembre de 2011, dentro de la acción de incumplimiento interpuesta por E.T.B. contra la República de Colombia y la Sección Tercera del Consejo de Estado.
9. Fotocopia de los fallos dictados por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 09 de agosto de 2012 (folios 520 a 862).
10. Fotocopia de la demanda arbitral de Comcel contra E.T.B., radicada el 21 de diciembre de 2012 ante el director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá (folios

863 a 897).

11. Fotocopia de los oficios remitidos por el CAC a la E.T.B. como consecuencia de la demanda presentada por Comcel (folios 898 a 909).

12. Fotocopia de una sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 21 de agosto de 2008, dentro de la acción de nulidad adelantada por las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y otros, contra los numerales 4.2.2.19. y 4.3.8. del artículo 2º y el artículo 9º de la resolución 489 de 2002, expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (folios 910 a 943).

13. Fotocopia del expediente abierto por el CAC de la Cámara de Comercio de Bogotá como consecuencia de la demanda presentada por Comcel el 21 de diciembre de 2012 (194 folios).

Expediente T-3907500

1. Fotocopia del laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, dictado dentro del trámite adelantado por Comcel contra E.T.B. (folios 82 a 112).

2. Fotocopia del laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006, dictado dentro del trámite adelantado por Celcaribe contra E.T.B. (folios 113 a 189).

3. Fotocopia de la solicitud elevada por Comcel ante el director del Centro de Arbitraje el 21 de diciembre de 2012 (folios 1 a 131, anexo 1).

4. Fotocopia de los oficios proferidos por el CAC como consecuencia de la solicitud de Comcel (folios 132 a 138, anexo 1).

5. Fotocopia del “contrato de interconexión entre Comcel S.A. y la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. E.S.P.” (folios 139 a 178, anexo 1).

6. Fotocopia del oficio radicado por la apoderada general de la E.T.B. ante el CAC en el que solicita la expedición de copia informal de la demanda de convocatoria, de fecha 16 de enero de 2013 (folio 179, anexo 1).

7. Fotocopia de los oficios proferidos por el CAC como consecuencia de la convocatoria del

tribunal de arbitramento a partir del 17 de enero de 2013 (folios 291 a 329, anexo 1).

8. Fotocopia del memorando 942 de 2013 proferido por el director del CAC, en el que informa el sorteo público que se realizará para la designación de los árbitros dentro del proceso 2845 (folios 330 y 331, anexo 1).

9. Fotocopia de la solicitud elevada por la apoderada general de E.T.B. a la dirección del CAC, radicada el 23 de enero de 2013 (folios 332 a 335, anexo 1).

10. Fotocopia de algunos correos enviados a los árbitros que fueron designados en el sorteo (folios 336 a 350, anexo 1).

11. Fotocopia de memorial interpuesto por el apoderado de Comcel ante el CAC el 29 de enero de 2013 (folios 351 y 352, anexo 1).

12. Fotocopia de la sentencia proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 6 de septiembre de 2012, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (folios 353 a 420, anexo 1).

13. Fotocopia del laudo arbitral del 15 de diciembre de 2006 proferido dentro del trámite adelantado por Ocel S.A. contra la E.T.B. (folios 185 a 257, anexo 2).

14. Fotocopia de la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 27 de marzo de 2008, dentro del recurso de anulación del laudo arbitral interpuesto por E.T.B. (folios 258 a 340, anexo 2).

15. Fotocopia de la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 27 de marzo de 2008, dentro del recurso de anulación de laudo arbitral interpuesto por E.T.B. (folios 341 a 388, anexo 2 [incompleto]).

16. Fotocopia de las decisiones proferidas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 6 de septiembre de 2012, el 31 de enero de 2013 (folios 1 y 2, anexo 3).

17. Fotocopia del fallo proferido por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 6 de septiembre de 2012, proceso 43045, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en respuesta a solicitudes radicadas por el apoderado de Comcel (folios 3 a 69, anexo 3).

18. Fotocopia de la providencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 11 de octubre de 2012, en respuesta a solicitudes de Comcel y de E.T.B. (folios 70 a 75, anexo 3).

19. Fotocopia de la sentencia dictada por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 9 de agosto de 2012, en cumplimiento del fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (folios 76 a 137, anexo 3).

20. Fotocopia del fallo proferido por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 6 de septiembre de 2012, proceso 43195, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en respuesta a las solicitudes radicadas por el apoderado de Comcel (folios 3 a 62, anexo 4).

21. Fotocopia de la decisión tomada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 11 de octubre de 2012, proceso 43195, en respuesta a las solicitudes de Comcel (folios 63 a 67, anexo 4).

22. Fotocopia de la sentencia dictada por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 9 de agosto de 2012, proceso 43195, en cumplimiento del fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (folios 68 a 105, anexo 4).

23. Fotocopia del fallo proferido por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 6 de septiembre de 2012, proceso 43281, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en respuesta a las solicitudes radicadas por el apoderado de Comcel (folios 3 a 36, anexo 5).

24. Fotocopia de la decisión proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso

Administrativo del Consejo de Estado, del 11 de octubre de 2012, proceso 43281, en respuesta a solicitudes de Comcel (folios 37 a 39, anexo 5).

25. Fotocopia del fallo dictado por la Sala Plena de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 9 de agosto de 2012, en cumplimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 43281 (folios 40 a 100, anexo 5).

26. Fotocopia autenticada del cuaderno de pruebas del trámite arbitral adelantado por Comcel contra E.T.B. número 2845, en el que se encuentra:

26.1. La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y su aclaración, proceso 03-AI-2010, con ocasión de la acción de incumplimiento interpuesta por E.T.B. contra la República de Colombia y la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 26 de agosto de 2011 (folios 1 a 51).

26.2. Fallo proferido por la Sala Plena de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 9 de agosto de 2012, proceso 43281, en cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (folios 52 a 170).

26.3. Providencia dictada por la Sala Plena de la Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 6 de septiembre de 2012, proceso 43281, dentro del cumplimiento del fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en respuesta a las solicitudes elevadas por Comcel (folios 171 a 238).

27. Fotocopia de la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 21 de mayo de 2008, proceso 33643, en el que se resolvió el recurso de anulación del laudo arbitral interpuesto por E.T.B. dentro del trámite adelantado por Ocel.

IV. TRÁMITE Y ACTUACIONES DESPLEGADAS EN SEDE DE REVISIÓN.

1. El expediente T-3868677 fue seleccionado para revisión a través de auto del 24 de abril de 2013, que fue notificado el 23 de mayo siguiente. El 17 de junio el apoderado de E.T.B. informó de la existencia de otros dos procesos entre las mismas partes, solicitó al

magistrado sustanciador que insistiera en la selección de los casos restantes y allegó copias de las demandas y las decisiones correspondientes.

2. Un día después Comcel reiteró su oposición a la acción de tutela y advirtió que la integración del panel arbitral constituye una fórmula idónea para cumplir la decisión anulatoria teniendo en cuenta la providencia del 6 de septiembre de 2012 proferida por el Consejo de Estado. Manifestó que el amparo constitucional pretende privarla totalmente del acceso a la justicia y aclaró que interpuso acción de tutela contra la Sección Tercera del máximo tribunal de lo contencioso administrativo debido al trámite y la estrategia que aplicó para hacer cumplir la sentencia proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Al respecto indicó:

“La controversia arbitral era y sigue siendo sobre la determinación del valor de unos cargos de acceso. Ante ese fallo del Tribunal Andino sobre un aspecto formal, la Sección Tercera debió haber ponderado la incorporación del fallo con los derechos fundamentales de COMCEL, lo cual no hizo. Por el contrario, anuló los laudos y dejó sin efectos sus propios fallos anteriores. Esto creó el peligro inminente de que COMCEL se quedara sin acceso a la justicia y sin poder reclamar el respeto al debido proceso.”

Reiteró que la presente acción de tutela busca impedir que la justicia arbitral determine de manera definitiva “si E.T.B. violó las normas sobre cargos de acceso en perjuicio de COMCEL” y también desconoce las afirmaciones del Consejo de Estado, quien aceptó que luego de la nulidad procedía la convocatoria de un nuevo tribunal de arbitramento. Aclaró que la decisión de esa corporación no precluyó el litigio entre ella y la E.T.B., que lo procedente es reiniciar el proceso “a partir del estado en que se encontraba antes de dictar el laudo” y que el presente amparo constitucional es improcedente por lo que los fallos de instancia deben ser confirmados.

Relató que en el trámite arbitral ya se designaron los árbitros, se instaló el tribunal, se admitió la solicitud y se dio traslado a la E.T.B.. Explicó que existen dos acciones de tutela más, referidas al incumplimiento de los contratos de interconexión, así como otra presentada por Comcel contra la Sección Tercera del Consejo de Estado. Asimismo, advirtió que en la actualidad se encuentra en trámite un recurso extraordinario de revisión ante la Sala Plena del máximo juez de la jurisdicción Contenciosa Administrativa, en el que se

pretende dejar sin efectos la decisión de la Sección Tercera que declaró no fundado el recurso de anulación contra el laudo arbitral.

Aclaró que Comcel no hizo parte del trámite adelantado ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina e insistió en que como consecuencia de su decisión no se anuló todo el proceso arbitral, lo cual es compatible con la providencia del 6 de septiembre de 2012, proferida por el Consejo de Estado, y con la sentencia T-1031 de 2007 de la Corte Constitucional. Consideró que los jueces de instancia acertaron en negar las pretensiones de la acción de tutela debido a su improcedencia por cuanto no se cumple con el principio de subsidiariedad, ya que conforme a la sentencia C-1038 de 2002 solo los árbitros pueden definir las censuras sobre la competencia y conformación del Tribunal; así las cosas, concluye, E.T.B. cuenta con varios mecanismos procesales para hacer defender sus derechos.

3. Posteriormente, el 2 de julio de 2013, el apoderado de E.T.B. radicó escrito en el que alega que el memorial presentado por Comcel ante esta corporación incurre en “notables imprecisiones y falacias”. Argumentó que en ninguna de las providencias dictadas por el Consejo de Estado se dispuso que el trámite arbitral debía continuar, ya que constituye un “imposible jurídico” y por esa razón ninguna orden fue dictada en ese sentido. Relató que Comcel solicitó la adición y/o aclaración de la sentencia que dio cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y que ello también le fue negado.

Planteó que el hecho de que a la fecha el centro de arbitraje haya integrado el Tribunal constituye una cristalización de la vulneración de sus derechos fundamentales. Insistió en que el Consejo de Estado no previó la posibilidad de integrar el tribunal de arbitraje ya que, si ello hubiere acaecido, no habría sido necesario efectuar un nuevo sorteo de árbitros, “sino que expresamente la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado habría ordenado remitir las actuaciones para que el proceso arbitral continuara”. Consideró que la reciente designación desconoce sus derechos al debido proceso, la defensa y la igualdad, “pues se pretende que haga parte de un proceso arbitral que por haberse agotado no puede existir”.

Calificó de “lamentable” que el Centro de Arbitraje hubiere aceptado la convocatoria del

tribunal y reiteró que aquel trámite es un imposible jurídico que vulnera sus derechos y desconoce las decisiones del Consejo de Estado. Trascribió varios párrafos de la página 109 de la providencia del 9 de agosto de 2012, dictada por la corporación mencionada, y concluyó:

“Los apartes transcritos muestran que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en su sentencia del 9 de agosto de 2013, dispuso expresamente que ni puede convocarse un nuevo tribunal de arbitraje ni mucho menos es posible que continúe funcionando el que en su momento se integró, porque el objeto de la controversia se agotó. Precisamente, como el centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá accedió a la petición de COMCEL de integrar un nuevo tribunal de arbitraje, se han vulnerado flagrantemente los derechos fundamentales de E.T.B. a la igualdad, defensa y debido proceso.”

Interpretó que el Consejo de Estado ordenó remitir las providencias anulatorias al Centro de Arbitraje como una estrategia meramente informativa y destacó que en la sentencia del 6 de septiembre de 2012 esa corporación también fijó la imposibilidad jurídica de integrar un nuevo panel arbitral. Por último, manifestó que no es cierto que la E.T.B. disponga de otros medios de defensa judicial contra las decisiones prearbitrales del Centro de Arbitraje y aclaró que fue allí donde se presentó el desconocimiento de sus derechos. Consideró que existe un perjuicio irremediable en la medida en que debe pagar la mitad de los honorarios que fijen los árbitros, así como de los abogados que la representarán, en un “proceso arbitral (...) que ya fue anulado y concluido, y que no podría reiniciarse por haber operado la caducidad de la acción y la prescripción del derecho”.

4. A través de auto del 18 de julio de 2013, la Sala número siete seleccionó, repartió y acumuló al expediente T-3868677, los expedientes T-3907500 y T-3898071, “por presentar unidad de materia, con el fin de que sean fallados en una misma sentencia”[15].

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86, inciso tercero, y 241

numeral noveno de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

2.1. Entre Comcel, Ocel, Celcaribe y ETB se suscribieron tres contratos de acceso, uso e interconexión en noviembre de 1998. En ellos consignaron una cláusula compromisoria para el arreglo de las diferencias que se llegaren a presentar.

En diciembre de 2004 y marzo de 2005 aquellas solicitaron la convocatoria de tres tribunales de arbitramento y en diciembre de 2006, estos dictaron los laudos correspondientes en contra de ETB. La E.S.P. presentó recurso de anulación contra esas decisiones. En sentencias de marzo y mayo de 2008 la Sección Tercera del Consejo de Estado los declaró infundados.

Posteriormente, en marzo de 2010, ETB entabló acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina porque durante el trámite arbitral se omitió el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias. Ese tribunal dio la razón a la demandante y ordenó al Consejo de Estado que dejara sin efectos sus decisiones y anulara los laudos proferidos. Esta decisión se cumplió el 9 de agosto de 2012 y dio pie para que se elevaran algunas solicitudes que fueron denegadas por el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

2.2. El 21 de diciembre de 2012 Comcel presentó una solicitud de convocatoria al Tribunal de Arbitramento para resolver las controversias acaecidas con ETB ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Sin embargo, a partir de memorial radicado por Comcel, esa fecha se modificó para que, en su lugar, los miembros del Tribunal fueran definidos a través de un sorteo. Previo a la realización de esa diligencia, ETB planteó la vulneración de sus derechos a causa de la inexistencia de la demanda y, en respuesta, el Centro argumentó que no es competente para resolver aspectos de fondo de la convocatoria.

2.3. La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P., considera que las gestiones permitidas o adelantadas por el Centro de Arbitraje vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la igualdad. Insiste en que no cuenta con recurso alguno

que le permita censurar los actos del Centro de Arbitraje y considera que esos defectos no pueden alegarse ante los árbitros.

Puntualmente refiere que las solicitudes de Comcel no cumplen con los requisitos previstos en el “Reglamento Interno” para que exista una demanda real y para adelantar el procedimiento respectivo; desconocen las providencias del Consejo de Estado, así como el hecho de que la cláusula compromisoria y el litigio agotaron su objeto y acaeció la caducidad de la acción; han variado ilegalmente las reglas aplicables a la convocatoria y pretende reiniciar un proceso que ya había concluido; todo lo cual impedía que se efectuara la designación de árbitros.

Previene que será sometida a un trámite costoso y exótico en el que se le impedirá formular excepciones y hacer valer su derecho de defensa, y advierte que no existe regulación que autorice la expedición de un laudo con base en otro proceso. Asimismo, esgrime que en el trámite se ha favorecido a la convocante y se le ha discriminado en la solución de los requerimientos que ha elevado. Solicita que se deje sin efecto la citación enviada a las partes o que, en caso de que se hubieren nombrado los árbitros, se ordene la suspensión del trámite.

2.4. El Centro de Arbitraje se opuso a las pretensiones de la actora. Indicó que no tiene personería jurídica y que no se reúnen los requisitos para que la tutela proceda contra un particular. Aclaró las diferentes gestiones que adelantó como consecuencia de la solicitud de la convocante y precisó que cada una de ellas estuvo soportada en el pacto arbitral, el Reglamento Interno y la ley. En el mismo sentido intervino Comcel, quien negó que la decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como las providencias anulatorias del Consejo de Estado, conlleven a la imposibilidad de volver a plantear el litigio ante los árbitros.

2.5. Todas las autoridades judiciales que conocieron de las acciones de tutela denegaron la protección de los derechos invocados. Una parte de ellas insistieron en que el amparo desconoce la subsidiariedad, teniendo en cuenta que son los árbitros y no el Centro de Arbitraje quien tiene la competencia para definir todos los aspectos de fondo relativos a la existencia de la demanda y el alcance de la cláusula compromisoria. No obstante, algunas providencias analizaron las actividades desplegadas por el CAC y comprobaron que cada

una de sus decisiones se soportó en la naturaleza de sus facultades y en los parámetros establecidos en la ley 1563 de 2012 y en el reglamento del Centro de Arbitraje. Al mismo tiempo, varias de ellas descartaron la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción como mecanismo transitorio.

2.6. Conforme a lo expuesto la Sala de Revisión deberá resolver los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿el amparo procede en contra de las decisiones de un centro de arbitraje y conciliación cuando da curso a la instalación de un tribunal de arbitramento?; (ii) ¿el CAC tiene competencia para declarar la pérdida de vigencia o el agotamiento de un pacto arbitral?; en el evento de que la tutela sea procedente resolverá si (iii) ¿esa entidad vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad por el hecho de dar trámite a las peticiones de la convocada, sin comprobar los requisitos de la demanda y sin tener en cuenta que existe una decisión anulatoria por parte del Consejo de Estado?

Para dar respuesta a esos interrogantes la Sala referirá los desarrollos jurisprudenciales acerca de las pautas de procedibilidad de la acción de tutela respecto de los particulares que ejercen funciones públicas y los argumentos que han desarrollado el principio de subsidiariedad tutela del amparo constitucional y más adelante hará una breve referencia sobre la naturaleza y alcance de las funciones de los CAC, para lo cual acudirá a la ley 1563 de 2012 y al reglamento del centro de arbitraje y conciliación. Finalmente resolverá las cuestiones en el caso concreto.

3. Acción de tutela contra particulares que ejercen funciones públicas.

3.1. El último inciso del artículo 86 de la Carta Política contempla que la acción de tutela procede contra los particulares que presten un servicio público, las personas que afecten directamente el interés colectivo o, finalmente, respecto de quienes se evidencie la existencia de una situación de indefensión o subordinación. El desarrollo de esta disposición se encuentra en el artículo 42 del decreto 2591 de 1991[16], cuya constitucionalidad fue estudiada en la sentencia C-134 de 1994[17], bajo los siguientes términos:

“La institución de la acción de tutela, tal como quedó plasmada en nuestro ordenamiento constitucional, implica un notable avance en relación con similares instituciones en otros ordenamientos. En efecto, el Constituyente de 1991 contempló la posibilidad de que la tutela procediera también contra particulares, lo cual no está previsto, como se ha dicho, en

otras legislaciones. Posiblemente se debe ello a que, en principio, se ha considerado, erróneamente, que es el Estado, a través de las autoridades públicas, quien viola, por acción u omisión, los derechos fundamentales de las personas, cuando la realidad demuestra que éstos también son vulnerados, en forma quizás más reiterativa y a menudo más grave, por los mismos particulares. Fue esta la eventualidad que quiso prever el Constituyente colombiano, al plasmar en el inciso final del artículo 86, la procedencia de la acción de tutela contra particulares que estén colocados en una de tres situaciones: a) Que estén encargados de la prestación de un servicio público; b) que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o c) que respecto de ellos, el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión.

(...)

Ahora bien, si como se estableció, la procedencia de la acción de tutela contra particulares parte del supuesto de que las personas, en ciertos casos, no se encuentran en un plano de igualdad -ya porque están investidos de unas determinadas atribuciones especiales, ora porque sus actuaciones pueden atentar contra el interés general- lo que podría ocasionar un "abuso del poder", entonces la función primordial del legislador debe ser la de definir los casos en que se pueden presentar estos supuestos fácticos y, en consecuencia, la potencial violación de un derecho fundamental consagrado en la Carta Política. Por ello, conviene reiterarlo, el Constituyente determinó tres situaciones en las cuales se pueden manifestar los presupuestos citados, pues resulta contrario a un principio mínimo de justicia, partir de la base de que la acción de tutela proceda siempre en cualquier relación entre particulares, toda vez que ello llevaría a suprimir la facultad que se tiene para dirimir esos conflictos ante la jurisdicción ordinaria, ya sea civil, laboral o penal."

"Una de las consecuencias del papel que ocupan los derechos fundamentales dentro del constitucionalismo contemporáneo, concebidos como un 'orden objetivo valorativo'[18], es el denominado efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico, de manera tal que 'al derecho privado que hasta entonces determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él, si bien conste sólo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados'[19].

Dicho efecto de irradiación se extiende a las relaciones jurídicas privadas, debido precisamente a la pretensión de universalidad de los derechos fundamentales, cuyo carácter vinculante se afirma no sólo respecto de los poderes públicos sino también respecto de los particulares. Ahora bien, sobre la extensión de dicha obligatoriedad, al igual que sobre la manera como se hace efectivo dicha influencia existen diversas posturas doctrinales[20] y jurisprudenciales[21], sin embargo es una constante en el constitucionalismo contemporáneo reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado.

(...)

No obstante, cabe distinguir entre las dos dimensiones de la cuestión bajo estudio porque sería errado concluir que la dimensión procesal configura totalmente la dimensión material, en otras palabras, sería errado sostener que como el artículo 86 constitucional señala que la acción de tutela procede contra los particulares que prestan un servicio público, aquellos que con su conducta afecten de manera grave y directa el interés colectivo o en los supuestos de subordinación o de indefensión, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares queda limitada a esos eventos. Por el contrario, debido precisamente al lugar que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano y a su efecto de irradiación se puede sostener que el influjo de éstos cubre todas las relaciones jurídicas particulares, las cuales se deben ajustar al 'orden objetivo de valores' establecido por la Carta política de 1991. Cosa distinta es que la acción de tutela, como mecanismo idóneo de protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares sólo proceda prima facie en los supuestos contemplados por el artículo 86 constitucional."

3.2. La procedencia genérica de la acción de tutela contra particulares no impide el reconocimiento de unas características especiales cuando el presunto infractor de los derechos fundamentales ejerce una función pública. Sobre este aspecto es relevante referir, por lo menos, dos pronunciamientos en los que la Corte (i) ha explicado el fundamento de este fenómeno y (ii) ha precisado la procedencia de la acción constitucional dentro de ese ámbito.

3.2.1. En la sentencia C-037 de 2003[22], en la que se analizó la constitucionalidad de la

aplicación de la ley disciplinaria a los particulares, la Corte estudió los parámetros que rigen la responsabilidad de estos sujetos cuando cumplen funciones públicas dentro de un Estado social de derecho. Primero reconoció que dentro de la Carta Política se reconocen varios espacios en donde ellos pueden participar y luego fijó el marco general que guía esta situación:

“En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Tomando en cuenta estos preceptos, la Corte ha aceptado que como expresión auténtica del principio de participación, los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas, así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole.”

Luego ese fallo enlistó los tres contextos constitucionales en los que los particulares pueden ejercer la función administrativa; en el primero de ellos se puede insertar el funcionamiento de los CAC cuando facilitan la convocatoria de un tribunal de arbitramento:

“a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.

(...)

b) La previsión legal, por vía general, de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas Jurídicas o personas naturales) mediante convenio, precedido de acto administrativo el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta como lo ha señalado la Corte que la

mencionada atribución tiene como límite “la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga”[23].

(...)

c) Finalmente en otros supuestos para lograr la colaboración de los particulares en el ejercicio de funciones y actividades propias de las entidades estatales se acude a la constitución de entidades en cuyo seno concurren aquellos y éstas. Se trata, especialmente de las llamadas asociaciones y fundaciones de participación mixta acerca de cuya constitucionalidad se ha pronunciado igualmente esta Corporación en varias oportunidades[24].”

A continuación, la sentencia C-037 de 2003 aclaró que el hecho de que un particular ejerza funciones administrativas no implica que adquiera la categoría de servidor público, aunque sí conlleva un “incremento de los compromisos” con la sociedad y el Estado. Sobre el particular concluyó, como regla general, lo siguiente: “Así, en tanto que titulares de funciones públicas, los particulares a los cuales estas se han asignado asumen las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ello comporta en materia penal, disciplinaria, fiscal o civil[25].”

3.2.2. En lo que se refiere a la procedencia de la acción de tutela contra un particular que presta un servicio público, la sentencia C-378 de 2010[26] construyó la línea de jurisprudencia que reconoce la extensión de la efectividad de los derechos fundamentales, concluyendo que el fundamento del amparo constitucional son los “excesos de poder” en cualquier evento, sin importar el carácter público o privado de los sujetos.

Luego, señaló los fallos en los que se ha abordado el concepto de servicio público, citando las sentencias T-578 de 1992[27] y C-075 de 1997[28] para luego razonar lo siguiente:

“En suma, la noción de servicios públicos, tema verdaderamente complejo en el Derecho público, no corresponde sólo a una definición de orden formal o desde una perspectiva organicista, sino que en ella subyacen también aspectos materiales relacionados con el cumplimiento de los fines del Estado y el bienestar general de los asociados, ya sea de manera directa por las autoridades estatales o bien con el concurso de la empresa privada.

Por ejemplo, apelando a criterios materiales, esta Corporación ha considerado que la actividad bancaria[29] y la cedulación[30] son servicios públicos, aún cuando no existen normas que así lo reconozcan expresamente. De la misma forma la jurisprudencia ha sostenido que la definición por parte del Legislador de un servicio público como “esencial”, debe responder a criterios materiales que así lo demuestren[31].”

Teniendo en cuenta el concepto material y real de servicio público y atendiendo que la sentencia C-134 de 1994 -citada- extendió la procedibilidad de la acción de tutela a “cualquier” evento, en dicha jurisprudencia se recalcó la amplitud de escenarios en los que el amparo ha sido procedente[32], aunque finalmente advirtió que esta solo procede cuando se compruebe la vulneración o amenaza de un derecho fundamental y cuando quiera que no exista un medio judicial de defensa idóneo para su defensa. La sentencia C-378 de 2010 afirmó lo siguiente:

“Ahora bien, lo anterior no quiere significar que todo tipo de conducta del particular que presta un servicio público sea susceptible de ser enjuiciadas por vía de tutela, por cuanto sólo lo serán aquellos actos que tengan la potencialidad de amenazar o afectar derechos de naturaleza fundamental y frente a los cuales no se vislumbren otros mecanismos de defensa judicial o los mismos resulten insuficientes ante la amenaza de un perjuicio irremediable, en los términos del artículo 86 del Estatuto Superior.” (subrayado fuera de texto original).

Precisamente, la decisión de algunos de los jueces de instancia dentro del presente asunto se sustentó en que la empresa actora tiene a su disposición otros medios de defensa judicial para hacer valer sus derechos. Atendiendo que buena parte de los argumentos de esta insisten en la procedibilidad de la acción, la Sala pasará a reiterar algunos argumentos en los que se ha desarrollado el principio de subsidiariedad de la tutela.

4. Principio de subsidiariedad de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia[33].

4.1. El artículo 86, inciso 3º, de la Constitución le asigna un carácter subsidiario a la acción de tutela al precisar que ésta solo es procedente cuando no se disponga de otros medios de defensa judicial. La norma en comento dispone:

“ARTÍCULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo

momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

(...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)" (Subrayas fuera de texto original).

En desarrollo del anterior precepto, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 establece:

“ARTÍCULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...)" (Subrayas fuera de texto).

4.2. Con base en esas normas esta corporación ha sostenido que el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela conlleva a que solo se puede acudir a ella en ausencia de otro medio de defensa judicial. Esto por cuanto el mecanismo constitucional no puede sustituir los recursos ordinarios previstos por el legislador dentro del esquema ordinario de la administración de justicia. Sobre este punto, en Sentencia T-406 de 2000, dijo:

“El fundamento constitucional de la subsidiariedad, bajo esta perspectiva, consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales. En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las

mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”

Además, la jurisprudencia ha precisado que esa regla tiene algunas excepciones:

“(i) cuando [l]os medios ordinarios de defensa judicial no son lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados;

(ii) [en el evento] en que tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales;

(iii) cuando [e]l accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas, etc.), y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela (Sentencias T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004, y T-1012 de 2003)”[34].

En cuanto a la primera excepción, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la sola existencia de otro mecanismo judicial no es razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción, ya que el mismo debe ser idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados. Al respecto, la sentencia T-795 de 2011 señaló:

“Es así como en aquellos casos en que se logra establecer la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, debe ponderarse la idoneidad de dicho medio de protección, valorando el caso concreto y determinando su eficacia en las circunstancias específicas que se invocan en la tutela[35]. Por esta razón, el juez constitucional debe establecer si el procedimiento alternativo permite brindar una solución ‘clara, definitiva y precisa’[36] a las pretensiones que se ponen a consideración del debate iusfundamental y su eficacia para proteger los derechos invocados.

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha considerado necesario apreciar frente al medio de defensa alternativo, entre otros aspectos: ‘(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela y (b) el resultado previsible de acudir al otro

medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales'[37]. Estos elementos, aunados al análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten corroborar si el mecanismo judicial de protección alterno es eficaz para la defensa de los derechos presuntamente conculcados. (...)”.

En lo que tiene que ver con la segunda situación excepcional, la Corte Constitucional ha afirmado que puede acudirse a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, definiéndolo así:

“[U]n perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen.”[38]

Asimismo, esta corporación ha señalado como elementos configurativos del perjuicio irremediable a los siguientes:

A)... inminente: ‘que amenaza o está por suceder prontamente’. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...)

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. (...)

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. (...)

De igual forma, se ha aclarado que a pesar de la informalidad del amparo constitucional, el actor debe presentar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia de la acción de tutela. Así lo sostuvo en sentencia T-436 de 2007:

“En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en

presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable[40].

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado ‘explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión’ (Sentencia T-290 de 2005).”

4.3. Como se observa, la procedencia de esta acción depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, en la medida en que la regla general que rige la administración de justicia es que los conflictos entre particulares o entre personas y el Estado deben resolverse a través de los canales ordinarios y a partir de los procedimientos comunes.

Por supuesto, este razonamiento ha sido aplicado a los trámites propios de los procesos arbitrales. Por ejemplo, en la sentencia T-288 de 2013 (argumento jurídico 5.2.4.), en la que se tomó una decisión contra un laudo que se regía por el decreto 1818 de 1998, la Sala de Revisión verificó que la accionante había presentado los recursos correspondientes ante el tribunal, así como el recurso de anulación, manifestado los motivos de inconformidad. Los argumentos fueron los siguientes:

“La Sala observa que la sociedad accionante efectivamente hizo uso del recurso de reposición en el que expuso sus argumentos en relación con la existencia de cosa juzgada, y el cual fue resuelto en forma desfavorable para sus pretensiones. Igualmente, en

repetidas ocasiones, ante el tribunal de arbitramento y ante todas las instancias de tutela, manifestó sus razones de inconformidad frente a la admisión de la demanda arbitral.

De esta manera, la Sociedad Representaciones Santa María cumplió con el agotamiento del recurso de reposición, contemplado por la normativa vigente para el momento de la actuación cuestionada del tribunal de arbitramento como el único recurso procedente contra el auto proferido en la primera audiencia de trámite, mediante el cual decide sobre su competencia para conocer de la demanda interpuesta.

(...)

En hilo de lo dicho, la Sala encuentra que la sociedad tutelante ya interpuso el recurso de anulación contra el laudo arbitral, cuyo conocimiento fue asumido por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, quien resolvió no emitir un pronunciamiento de fondo, con fundamento en la decisión adoptada por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, quien tras considerar la configuración de un defecto orgánico, dejó sin efectos las actuaciones surtidas por el tribunal de arbitramento.”

En ese fallo, luego de analizar la idoneidad del recurso de anulación, se concluyó que como quiera que la actora había agotado todos los medios de defensa a su alcance, incluyendo los que componen el trámite arbitral, la acción de tutela era procedente.

Teniendo en cuenta los criterios expuestos, la Sala definirá la procedencia de la acción de tutela respecto de los problemas jurídicos planteados por ETB contra el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. No obstante, atendiendo los argumentos que se plantearon por algunos jueces de instancia y por la actora, previamente es imperativo definir la naturaleza de las funciones desplegadas por el CAC.

5. Naturaleza y alcance de las funciones desplegadas por un centro de arbitraje y conciliación.

La lista de anomalías que sustentan la acción de tutela presentada por la E.T.B. está soportada en las diferentes competencias o funciones que el Centro de Arbitraje y Conciliación habría omitido ejecutar o podría haber aplicado de manera incorrecta. Esto

obliga a que la Sala examine los parámetros que rigen los poderes de esa entidad y que los diferencie de las potestades que de manera exclusiva ejercen los tribunales de arbitramento.

5.1. Atendiendo ese contexto y la supuesta vulneración del derecho al debido proceso, es imprescindible, siguiendo la metodología que aplicaron la mayoría de los jueces de instancia, referir los principales elementos del trámite pre-arbitral y arbitral consignados en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012)[41].

El artículo 1º de esa ley define al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos “mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice”. Luego relaciona las pautas más importantes que rigen estos procedimientos de la siguiente manera: “El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.”

En la siguiente disposición el Estatuto diferencia los arbitrajes ad-hoc y los institucionales. Los primeros se refieren a aquellos que son “conducidos directamente” por los árbitros y los segundos a los trámites que son “administrados” por un centro de arbitraje, siendo estos la regla general y la regla imperativa cuando se trate de controversias relativas a “contratos celebrados por una entidad pública”.

Sobre el pacto arbitral el artículo 3º define lo siguiente: “El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. || El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.” En el párrafo de este precepto se concreta el momento en que se puede plantear por cualquiera de las partes la inexistencia del pacto que sustenta la competencia de los árbitros; esa facultad está regulada de la siguiente manera:

“Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral” (negrilla y subrayado fuera de texto original).

Los artículos 4º, 5º y 6º diferencian la cláusula compromisoria y el compromiso. Enseguida, los artículos 7º y 8º se refieren a los requisitos que debe cumplir una persona que sea nombrada como árbitro y las formas que deben atenderse para su designación. Sobre este asunto se da alto valor a la voluntad de las partes y, residualmente, se indica que ellas pueden delegar el procedimiento a los centros de arbitraje. En este evento la ley dispone lo siguiente: “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.” (artículo 8º).

Más adelante el Estatuto regula los pormenores de nombramiento del secretario (art. 9º) y luego (art. 10) señala que el término de duración del proceso arbitral es de 6 meses, prorrogables por el mismo término, contados a partir de la primera audiencia de trámite. El artículo 11 establece las causales para su suspensión y el 12 define los criterios para su inicio así: “El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañada del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes”.

Adicionalmente, sobre el funcionamiento del centro de arbitraje, la ley 1563 de 2012 solo dispone que este debe verificar su competencia y, cuando sea necesario, remitirlo a quien considere; también aclara que los conflictos en esta materia serán conocidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho y que la presentación de la demanda, cuando una de las partes sea una “entidad pública” debe ser informada a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (artículo 12).

El artículo 13 regula el amparo de pobreza y al respecto remite al Código de Procedimiento Civil, mientras que el 14, en seis numerales, concreta los parámetros que rigen la integración del tribunal. Allí se señala que el director del centro debe comprobar que los árbitros designados por las partes hayan aceptado expresamente o, en su defecto, debe citar al convocante y al convocado para que lo hagan o proceder a realizar el sorteo respectivo; los numerales 3 y 4 disponen lo siguiente: “3. Si las partes delegaron al centro de arbitraje la designación de todos o alguno o varios de los árbitros, aquella se hará por sorteo dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud de cualquiera de ellas. || 4. En defecto de la designación por las partes o por el delegado, el juez civil del circuito, a solicitud de cualquiera de las partes, designará de plano, por sorteo, principales y suplentes,

de la lista de árbitros del centro en donde se haya radicado la demanda, al cual informará de su actuación.”

A continuación, el artículo 15 establece la obligación en cabeza de los árbitros que acepten la designación, de informar si han tenido relación con alguna de las partes y consagra la facultad en cabeza de estas, de presentar las dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia de aquellos para que sean decididas por el resto del tribunal. De manera similar, el artículos 16 y 17 consagran el poder y el trámite para presentar impedimentos y recusaciones en los términos del Código de Procedimiento Civil y del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Más adelante, el artículo 20 del Estatuto regula la instalación del tribunal y para el efecto dispone la realización de una audiencia, respecto de la cual el centro solo tiene la obligación de fijar fecha y hora, y de entregar a cada árbitro el expediente respectivo. Sobre la admisión de la demanda y la definición de la competencia, este precepto establece lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo que luego haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el parágrafo del artículo 3o. En caso de rechazo, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje.” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

El artículo 21 establece el traslado y la contestación de la demanda y señala lo siguiente: “Es procedente la demanda de reconvención pero no las excepciones previas ni los incidentes. Salvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso.” El artículo 22 consagra la posibilidad de corregir la demanda, mientras que el 23 regula la disposición de medios electrónicos para participar del proceso arbitral; puntualmente establece que el centro de arbitraje tiene la obligación de prestar la debida colaboración y poner a disposición de las partes y de los apoderados “recursos

tecnológicos idóneos, confiables y seguros”.

El artículo 24 fija la ejecución de una audiencia de conciliación bajo la orientación del tribunal y los artículos 25, 26 y 27 establecen la regulación de sus honorarios y gastos, así como las formas aplicables a la consignación y distribución de esos dineros. Enseguida el artículo 28 dispone que “el tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre su propia competencia” y establece que esa facultad prevalece sobre las decisiones que sobre el mismo asunto tomen los jueces ordinarios y de lo contencioso administrativo.

Precisamente el artículo 30 reglamenta la ejecución de la “primera audiencia de trámite”, en la que el tribunal tiene la potestad de decidir sobre su competencia para conocer el asunto de fondo. La determinación se toma mediante un auto que es susceptible del recurso de reposición. En caso de concluirse que el tribunal no puede conocer pretensión alguna, el Estatuto dispone lo siguiente: “se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos.” Además, en esta etapa se decretan las pruebas solicitadas y las de oficio que considere necesarias el tribunal, las cuales se deben practicar conforme al artículo 31.

El artículo 32 establece la posibilidad de que el tribunal decrete las medidas cautelares que sean necesarias para “la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”. A continuación, el artículo 33 dispone que al terminar la instrucción del proceso se debe efectuar una audiencia de alegatos en la que las partes tienen una hora para presentar sus argumentos de conclusión y en la cual se define fecha y hora para la audiencia de laudo. El artículo 35 relaciona los eventos en los que cesan las funciones del tribunal, y los artículos 36 y 37 regulan la integración del contradictorio a cargo del tribunal, consagran algunos derechos de las partes y la participación de terceros; dentro de este contexto, en referencia al centro de arbitraje, la norma solo dispone lo siguiente: “PARÁGRAFO 2o. En ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de otras partes o de terceros.”

Los artículos 38 y siguientes consagran las formalidades que rodean la adopción del laudo

arbitral, la posibilidad de que sea aclarado, corregido o adicionado (art. 39) y regula los aspectos de procedibilidad del recurso extraordinario de anulación (arts. 40 y ss). De las causales de anulación contenidas en el Estatuto (art. 41), la Sala destaca las siguientes:

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN. Son causales del recurso de anulación:

1. La inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral.

3. No haberse constituido el tribunal en forma legal.

(...)

6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.

(...)

Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.”

Los artículos 42 y 43 concretan el trámite y los efectos del recurso extraordinario. En este último se contempla que algunas causales (numerales 1 o 2) implican que el conflicto sea presentado ante la autoridad judicial competente, conservando la validez de las pruebas, y en otras circunstancias (nums. 3 a 7), que se inicie otro tribunal arbitral.

Posteriormente, los artículos 45 y 46 establecen que contra el laudo y la decisión sobre la anulación procede el recurso de revisión por las causales contempladas en el Código de Procedimiento Civil. Por su parte, el artículo 47 ordena que el expediente de arbitramento sea registrado y archivado; en este último evento, el centro de arbitraje únicamente se encarga de atender las solicitudes de copias, autorizar los desgloses que sean necesarios y garantizar que se “conservar por cualquier medio técnico que garantice su reproducción”.

El artículo 48 establece los eventos en que los árbitros pierden y deben reembolsar los honorarios y los artículos 50 y siguientes se ocupan, puntualmente, de los centros de arbitraje en aspectos como: los requisitos para la autorización de su funcionamiento (art. 50); la obligación de expedir un reglamento aprobado por el Ministerio de Justicia y del Derecho en el que se establezcan los criterios para la conformación de las listas de los árbitros así como las formas aplicables a su designación, las tarifas de honorarios y gastos, la estructura administrativa y las reglas de procedimiento arbitral que garanticen el debido proceso, entre otros (art. 51); y finalmente, el control, inspección y vigilancia que quedan radicados en cabeza del Ministerio mencionado.

Luego, el Estatuto regula el arbitraje ad hoc (arts. 53 a 57), define las pautas que rigen el procedimiento arbitral entre particulares (art. 58), concreta los elementos de la amigable composición (arts. 59 a 61) y refiere las normas aplicables al arbitraje internacional y social.

5.2. Como se observa, en el desarrollo de este trámite desempeña un papel importante el reglamento de procedimiento que expida el centro de arbitraje correspondiente. Para este caso, el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá tiene publicado ese documento en su página web[42], en donde hace constar que fue aprobado por el Ministerio del Interior y de Justicia mediante oficio 0FI07- 1117-DAJ-0500 del 18 de enero de 2007. Aunque la Sala entiende que alguna parte de este fue modificado por la ley 1563 de 2012, es importante efectuar un breve resumen de sus componentes.

El primer artículo de ese texto refiere que la forma de presentar la demanda es la contemplada en la ley y solo agrega que a ella se debe adjuntar copia del recibo de pago “correspondiente a los derechos iniciales por el estudio y trámite preliminar de la solicitud” y que al centro le corresponde dejar constancia del día y hora en que ello ocurra. Los artículos 2º y 3º concretan las obligaciones de esa entidad respecto de la demanda; por su importancia para este asunto vale la pena transcribirlos:

“ARTÍCULO 2º. - Recibida la demanda, será analizada por el CAC para verificar que existe pacto arbitral que lo habilita para adelantar el trámite inicial. En el evento de que dicha circunstancia no se establezca, se requerirá al peticionario para que adjunte la prueba documental pertinente en un término de cinco (5) días.

En caso de que no se presente, o que de la prueba adjuntada no fuere posible verificar la existencia del pacto arbitral que habilite al CAC, se le devolverá al solicitante la totalidad de la documentación por él presentada.

ARTÍCULO 3º. - Verificada la existencia del pacto arbitral, la demanda de convocatoria al trámite y designación de los árbitros se informará a la parte convocada en la dirección suministrada por la convocante en su solicitud.

PARÁGRAFO.- El convocado, su representante o quien se encuentre debidamente facultado para el efecto, podrá conocer la solicitud y solicitar y obtener, a su costa, copia informal de la misma.”

El artículo 4º indica que en caso de que las partes hayan delegado en el CAC la designación de los árbitros, este debe proceder a fijar e informar la fecha y hora para realizar el sorteo público correspondiente, dejando constancia escrita de los resultados. Por su parte, el artículo 5º establece que en caso contrario, cuando las partes no han autorizado al centro para realizar ese acto, es obligación invitarlas para que ellas elijan y, en caso de no existir acuerdo, el interesado puede acudir al juez competente.

El artículo 6º ordena que la designación debe ser informada por el CAC a cada árbitro, para que ellos dentro de los 5 días siguientes manifiesten si aceptan. El artículo 7º regula el régimen de recusación e impedimentos aplicables al tribunal y el 8º indica que una vez integrado, el CAC debe invitar a las partes y los árbitros a la “audiencia de instalación”, en donde se nombrarán el presidente y el secretario, se fijará su sede de funcionamiento y el centro entregará toda la actuación que se haya surtido; el reglamento dispone que estas determinaciones se notifican por estrados y contra ellas sólo procede el recurso de reposición.

El artículo 9º establece que una vez pagados los costos se efectuará audiencia en la que el tribunal decidirá sobre su competencia, así como sobre la admisión de la demanda. El 10º regula los términos bajo los cuales se pueden contestar las pretensiones o presentar una reconvencción, y el 11º prevé la ejecución de una audiencia de conciliación respecto de la cual se deben efectuar las comunicaciones de la manera “más inmediata posible”. Si la controversia fuere solucionada en esta etapa, el reglamento prevé que se establezcan los gastos administrativos conforme a las tarifas del CAC, de lo contrario el tribunal fijará fecha

para la “primera audiencia de trámite” en la que se practicarán las pruebas (art. 13).

El artículo 14º contiene el lapso temporal en el que se puede extender el proceso arbitral, el 15º regula los traslados, el 16º las formas de notificar, el 17º el archivo y conservación que debe efectuar el CAC, el 18º las cuentas que tiene que rendir el presidente del tribunal, y el 19º concreta la naturaleza de los gastos administrativos causados a favor del centro, así como su liquidación y pago.

5.3. Aunque gran parte de la jurisprudencia proferida por esta corporación, referida a las facultades de los CAC, se ha dictado con anterioridad a la ley 1563 de 2012, es útil remitirse a sus argumentos más importantes con los objetivos de aclarar, principalmente, la naturaleza de esa entidad y acreditar la procedencia excepcional de la acción de tutela en su contra.

5.3.1. En la sentencia SU-600 de 1999[43] se estudió la acción constitucional interpuesta por una empresa privada contra el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con fundamento en los derechos al debido proceso y a la igualdad, específicamente contra la decisión de admitir la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento, ya que la demandante consideraba que no existía competencia del CAC porque el contrato en cuestión tenía elementos extranjeros y debido a que ya se había presentado la misma demanda ante la Cámara de Comercio Internacional. Para esa época el proceso arbitral se regía por el decreto 2651 de 1991.

Atendiendo que la demandante había interpuesto recursos contra la decisión del CAC y que este se había declarado inhibido para decidir en todos ellos, la primera instancia concedió el amparo y ordenó que todos fueran resueltos de fondo. La segunda instancia revocó el fallo ya que consideró que en la decisión del centro de arbitraje no evidencia el acaecimiento de una vía de hecho.

La Sala Plena de esta corporación analizó las normas que para esa época regulaban el trámite pre-arbitral[44] y comprobó que ellas remitían a las reglas del Código de Procedimiento Civil sobre la demanda, su admisión, traslado y contestación (arts. 75 ss y 428 a 430). A partir de esto dedujo que sí procede el recurso de reposición contra la admisión de la solicitud de convocatoria y que era obligación del CAC resolverlo de fondo. Sobre las potestades del centro, advirtió que están estrictamente reguladas en la ley y que

es obligación de los directores verificar que esta sea acatada de manera cuidadosa. La importancia de esta etapa y su naturaleza fueron sintetizados de la siguiente manera:

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

La evidente función pública desempeñada por el CAC llevó a que la Sala Plena concluyera que era obligación de la dirección del centro resolver de fondo y argumentadamente el recurso de reposición interpuesto contra la decisión de admitir solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento. Es más, teniendo en cuenta que esa institución debe definir si es competente para tramitar las peticiones de las partes, la Corte aceptó que es su obligación pronunciarse de fondo sobre ese asunto, en el marco de sus facultades. Al respecto explicó lo siguiente:

“Si bien el Tribunal de Arbitramento, al resolver sobre su propia competencia y establecer si puede entrar a conocer de la controversia arbitral, puede corregir los errores en que eventualmente haya incurrido el Centro al admitir una solicitud de convocatoria dirigida a otra institución - sobre todo cuando se proyecta sobre la selección de la sede y la modalidad interna o internacional del arbitramento -, ello no justifica la ausencia de pronunciamiento inicial por parte del Centro de Arbitraje.

La regulación procesal de la etapa pre-arbitral le atribuye suficientes facultades al director del Centro de Arbitraje con el objeto de que pueda tomar la decisión sobre su propia competencia como Centro de Arbitraje, la cual no se puede confundir con la jurisdicción o competencia del Tribunal de Arbitramento llamado a decidir la controversia. Si no cuenta con este poder jurídico, el Centro de Arbitraje no puede legítimamente conducir la etapa pre-arbitral.

13. El examen jurídico que necesariamente ha de realizar el Centro para fijar su competencia como institución arbitral, debe ser suficientemente riguroso y diligente como para permitirle afirmar de manera fundada que aquél corresponde al Centro de Arbitraje acordado y que concurren, de otro lado, los elementos formales indispensables para impulsar la etapa pre-arbitral. No es admisible sostener que el Centro se encuentre impedido para efectuar este escrutinio de su competencia. Hacerlo obedece a un imperativo jurídico y prudencial, que en modo alguno significa dirimir la controversia ni tiene por efecto resolver sobre la validez de los pactos convenidos. Atendida la finalidad de este ejercicio y su alcance restringido al propósito perseguido - fijación de la competencia del Centro de Arbitraje para tramitar por su conducto e impulsar la conformación de un Tribunal de Arbitramento -, la fuente de legitimidad de la actuación del Centro no es distinta de la ley que le asigna distintas funciones a lo largo de la etapa pre-arbitral, entre ellas la de admitir la solicitud convocatoria a un Tribunal de Arbitramento y la de rechazarla, cuyo ejercicio diligente debe ajustarse a las normas legales.”

Bajo esos argumentos esta corporación decidió revocar la decisión de segunda instancia y, como consecuencia, confirmó el fallo que protegió los derechos fundamentales y ordenó que el Centro de Arbitraje diera respuesta a los recursos interpuestos en contra de su competencia para admitir la solicitud de convocatoria.

5.3.2. Algunos de los artículos de la disposición que sirvió de base para resolver el caso anterior fueron demandados por desconocer el artículo 116 superior, puntualmente por atribuir a los centros de arbitraje funciones de carácter jurisdiccional. Esa acción fue decidida a través de la sentencia C-1038 de 2002[45] en la que se declaró la inexecutable de los artículos 121 (parcial) y 122 (parcial) de la ley 446 de 1998, así como la constitucionalidad condicionada del numeral 3° del artículo 15 del decreto 2651 de 1991 y del artículo 121 de la ley referida.

La primera herramienta estudiada por la Corte para resolver el problema jurídico fue fijar las características constitucionales más destacadas de la justicia arbitral. Ellas fueron sintetizadas de la siguiente manera:

“8- En numerosas oportunidades[46], esta Corte ha analizado la naturaleza, posibilidades y límites del arbitramento dentro de nuestro ordenamiento constitucional. La jurisprudencia

ha determinado que, conforme a la Carta, el arbitramento “es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte”[47]. Mecanismo que tiene ciertas características básicas: (i) es uno de los instrumentos autorizados para que los particulares puedan administrar justicia; (ii) está regido por el principio de habilitación o voluntariedad, pues el desplazamiento de la justicia estatal por el arbitramento tiene como fundamento “un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes”[48]. Además (iii) el arbitramento es temporal, pues la competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes le plantean. El arbitramento (iv) es también de naturaleza excepcional pues la Constitución impone límites materiales a la figura, de suerte que no todo “problema jurídico puede ser objeto de un laudo”, ya que “es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas”[49]. Finalmente, (v) la Corte ha destacado que la voluntariedad del arbitramento no excluye que la ley regule la materia, pues el arbitramento es un verdadero proceso, a pesar de que sea decidido por particulares, y por ello está sujeto a ciertas regulaciones legales, en especial para asegurar el respeto al debido proceso.”

Luego se estudiaron las funciones de los directores de los centros de arbitraje durante la etapa prearbitral, haciendo énfasis en la recepción y el trámite de la demanda conforme a los requisitos del Código de Procedimiento Civil, la ejecución de la audiencia de conciliación y la designación de los árbitros, entre otros.

Para resolver los cargos contra las disposiciones demandadas este tribunal analizó cuál es la naturaleza de las funciones de los centros de arbitramento. Reconoció que en la sentencia SU-600 de 1999 les fue registrado el ejercicio de una función pública. A partir de las normas demandadas y la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, precisó lo siguiente: “gran parte de las funciones desarrolladas por los centros de arbitramento en la fase prearbitral son de naturaleza judicial (...) Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la fase prearbitral tiene una naturaleza jurisdiccional, por las siguientes razones: i) puede implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia; ii) está destinada a impulsar el proceso arbitral, que es de naturaleza jurisdiccional, y iii) en su fondo y forma está sometida a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales”.

Sin embargo, a partir del artículo 116 superior y atendiendo el principio de habilitación, esta corporación señaló que los centros de arbitraje no pueden desempeñar funciones judiciales y que, por tanto, sus labores deben limitarse al apoyo de ese trámite. El argumento de la sentencia C-1038 de 2002 fue el siguiente:

“Con base en los fundamentos anteriores, esta Corte encuentra que el cargo del actor es acertado, pues los centros de arbitramento no pueden ser habilitados por la ley para tomar decisiones judiciales indisolublemente ligadas a la suerte del proceso arbitral. Dichas decisiones sólo pueden ser tomadas por los árbitros habilitados por las partes (CP art. 116), sin perjuicio de que la ley pueda conferir a dichos centros labores de apoyo al proceso arbitral, o el desarrollo de ciertas funciones en materia de conciliación.”

En el estudio de las normas demandadas la Corte concluyó que: (i) las partes pueden delegar o autorizar previa y expresamente al centro para la designación del tribunal; (ii) el CAC puede citar y apoyar el desarrollo de una audiencia para que los interesados escojan los árbitros de manera libre, siempre que ello haya sido previsto en el pacto correspondiente; (iii) el centro no tiene facultad para decidir acerca de la admisión de la demanda, su traslado, la posibilidad de reconvención o adelantar la audiencia de conciliación y, en consecuencia, todos esos trámites se deben adelantar y decidir cuando el tribunal arbitral haya sido instalado; (iv) el CAC puede fijar la fecha y la hora para la instalación del tribunal y tiene la potestad de entregar los documentos que haya recibido[50].

5.3.3. Recientemente, en la sentencia C-305 de 2013 esta corporación tuvo la oportunidad de analizar algunas disposiciones de la ley 1563 de 2012. En lo que se refiere a la función del centro de arbitraje relativa a la definición de listas para designar al secretario del tribunal de arbitramento, reiteró los argumentos de la sentencia C-1038 de 2002 y expresó lo siguiente:

“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[51] 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.”

En esas condiciones declaró la constitucionalidad de la norma (artículo 9º de la ley 1563 de 2012) al tiempo que insistió en que las labores de simple apoyo del centro de arbitraje son las únicas que se encuentran avaladas por la Constitución.

Como se observa, en las sentencias de constitucionalidad referidas se ha aclarado que los CAC no pueden ejercer funciones judiciales y que, por tanto, solo los árbitros tienen la potestad para decidir sobre el fondo de las pretensiones y las excepciones, así como sobre los aspectos más importantes del proceso. Dada la conexión estrecha que existe entre la etapa pre-arbitral y el funcionamiento del tribunal, debe entenderse que este tiene el poder de definir si en aquella se desconoció alguna potestad de las partes o se pasó por alto alguno de los requisitos adscritos a la convocatoria.

Ahora bien, aunque el CAC no ejerce funciones judiciales, la jurisprudencia sí ha sido unánime en reconocer que sus atribuciones tienen alta trascendencia en el desarrollo del trámite arbitral y, en la misma medida, sus actuaciones están sometidas a los límites y al escrutinio adscrito al ejercicio de la función pública, incluyendo la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando los medios judiciales no sean idóneos o se evidencie el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

6. Caso concreto.

6.1. Entre Comcel, Ocel, Celcaribe, por separado, se suscribieron tres contratos de acceso,

uso e interconexión con ETB, en noviembre de 1998. En ellos consignaron una cláusula compromisoria para el arreglo de las diferencias que se llegaren a presentar. Cada pacto fue contemplado de la siguiente manera:

Expediente

T-3868677

Expediente

T-3898071

Expediente

T-3907500

“Contrato de interconexión entre Ocel S.A. y la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A., E.S.P..

(...)

Cláusula Vigésima Cuarta: Procedimiento para solución de diferencias: En todos los asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. En los asuntos que no sean competencia del ente regulador y, cuando sea necesario, se acudirá a los medios de solución de controversias contractuales siguientes: 1. Comité Mixto de Interconexión. Este comité queda facultado para que en un término de hasta treinta (30) días calendario procure solucionar directa y amigablemente los conflictos derivados del contrato; 2. Representantes legales de las partes. Si a nivel de Comité Mixto de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, se acudirá a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado, dentro de los siguientes treinta (30) días calendario. Las partes podrán

conjuntamente acudir a la autoridad competente para dirimir los conflictos que se presenten en materia de interconexión y, en este evento, el pronunciamiento de dicha autoridad pondrá fin al conflicto;

3. Tribunal de Arbitramento. Agotadas las etapas anteriores o decidida de común acuerdo la imposibilidad de llegar a una solución amigable de las diferencias, el conflicto será sometido a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que se constituirá, deliberará y decidirá de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1.989 y demás disposiciones concordantes o complementarias o por las que lleguen a modificarlas o sustituirlas de acuerdo con las siguientes reglas: El Tribunal estará integrado por uno (1) o tres (3) árbitros, de acuerdo con la cuantía de las pretensiones. La designación de los Árbitros se hará por mutuo acuerdo, y a falta de acuerdo en un término no superior a veinte (20) días, serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje en el cual se adelantará el proceso arbitral. El arbitraje será adelantado por un centro de Conciliación y Arbitraje especializado en el sector de las telecomunicaciones y a falta de este o de acuerdo en su designación por las partes será adelantado en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. El fallo de los árbitros será en derecho, a menos que se trate de aspectos exclusivamente técnicos a juicio del Comité Mixto de Interconexión, caso en el cual el arbitramento será técnico y los árbitros deberán pronunciar su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, en los términos establecidos en el artículo 111 de la ley 446 de 1.998. En cualquier caso el fallo de los Árbitros tendrá los efectos que la ley da a tales providencias. Para el arbitraje en derecho, los Árbitros deberán ser abogados titulados con especialidad o experiencia comprobada en derecho de las telecomunicaciones; para el arbitraje en aspectos técnicos, los árbitros serán ingenieros especializados o con experiencia comprobada en telemática o telecomunicaciones. El tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. Todos los gastos relacionados con este procedimiento serán sufragados por la parte que resulte vencida en el correspondiente laudo arbitral. (Negritas fuera de texto original).

“Contrato de interconexión entre Celcaribe S.A. y la ETB E.S.P.

(...)

Cláusula Vigésima Segunda: Solución de Diferencias.- (modificada por otrosí de marzo de 2005) En las diferencias que surjan de la interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación de este contrato, las partes buscarán su solución en forma ágil y directa y para el efecto se acuerda el siguiente procedimiento de solución de controversias: a) Comité Mixto de Interconexión. Este Comité queda facultado para que en un término de hasta treinta (30) días calendario procure solucionar directa y amigablemente, las diferencias derivadas del contrato, siempre que no impliquen modificaciones al presente contrato. b) Si en la instancia del Comité Mixto de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, las partes acudirán a una segunda instancia conformada por los representantes legales de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado, dentro de los siguientes diez (10) días calendario. En esta etapa las partes podrán acudir al organismo regulador competente para que medie en la solución del conflicto, siempre y cuando las partes así lo convengan. Si dentro del plazo que se acaba de indicar no hubo acuerdo, las diferencias será resueltas de manera definitiva por un Tribunal de Arbitramento, que se constituirá, deliberará y decidirá de conformidad con lo dispuesto por Decreto 2279 de 1989 y demás disposiciones concordantes o complementarias o por las que lleguen a modificarlas o sustituirlas de acuerdo con las siguientes reglas: El arbitraje será adelantado por un Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. El fallo de los árbitros será en Derecho, a menos que se trate de aspectos exclusivamente técnicos a juicio del Comité Mixto de Interconexión, caso en el cual el arbitramento será técnico y los árbitros deberán pronunciar su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, en los términos establecidos en el artículo 111 de la ley 446 de 1998. En cualquier caso, el fallo de los árbitros tendrá los efectos que la Ley da a tales providencias. Para el arbitraje en derecho, los árbitros deberán ser abogados titulados con especialidad o experiencia comprobada en derecho de las telecomunicaciones; para el arbitraje en aspectos técnicos, los árbitros serán ingenieros con especialización o experiencia comprobada en telemática o telecomunicaciones. (Negrilla

“Contrato de interconexión entre Comcel S.A. y la Empresa de Telecomunicaciones de Santafé de Bogotá S.A. E.S.P.

(...)

Cláusula Vigésima Cuarta: Procedimiento para solución de diferencias: En todos los asuntos que involucren la celebración, interpretación, ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del presente contrato, las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. En los asuntos que no sean competencia del ente regulador y, cuando sea necesario, se acudirá a los medios de solución de controversias contractuales siguientes: 1. Comité Mixto de Interconexión. Este comité queda facultado para que en un término de hasta treinta (30) días calendario procure solucionar directa y amigablemente los conflictos derivados del contrato; 2. Representantes legales de las partes. Si a nivel de Comité Mixto de Interconexión no se logra llegar a un acuerdo, se acudirá a una segunda instancia conformada por los Representantes Legales de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable al conflicto planteado, dentro de los siguientes treinta (30) días calendario. Las partes podrán conjuntamente acudir a la autoridad competente para dirimir los conflictos que se presenten en materia de interconexión y, en este evento, el pronunciamiento de dicha autoridad pondrá fin al conflicto; 3. Tribunal de Arbitramento. Agotadas las etapas anteriores o decidida de común acuerdo la imposibilidad de llegar a una solución amigable de las diferencias, el conflicto será sometido a la decisión de un tribunal de Arbitramento que se constituirá, deliberará y decidirá de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1.989 y demás disposiciones concordantes o complementarias o por las que lleguen a modificarlas o sustituirlas de acuerdo con las siguientes reglas: El Tribunal estará integrado por uno (1) o tres (3) árbitros, de acuerdo con la cuantía de las pretensiones. La designación de los Árbitros se hará por mutuo acuerdo, y a falta de acuerdo en un término no superior a veinte (20) días, serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje en el cual se adelantará el proceso arbitral. El arbitraje será adelantado por un centro de Conciliación y Arbitraje especializado en el sector de las telecomunicaciones y a falta de este o de acuerdo en su designación por las partes será adelantado en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá. El fallo de los árbitros será en derecho, a menos que se trate de aspectos exclusivamente técnicos a juicio del Comité Mixto de Interconexión, caso en el cual el arbitramento será técnico y los árbitros deberán pronunciar su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una

determinada ciencia, arte u oficio, en los términos establecidos en el artículo 111 de la ley 446 de 1.998. En cualquier caso el fallo de los Árbitros tendrá los efectos que la ley da a tales providencias. Para el arbitraje en derecho, los Árbitros deberán ser abogados titulados con especialidad o experiencia comprobada en derecho de las telecomunicaciones; para el arbitraje en aspectos técnicos, los árbitros serán ingenieros especializados o con experiencia comprobada en telemática o telecomunicaciones. El tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. Todos los gastos relacionados con este procedimiento serán sufragados por la parte que resulte vencida en el correspondiente laudo arbitral. (Negrillas fuera de texto original).

En diciembre de 2004 y marzo de 2005 Comcel, Ocel y Celcaribe solicitaron la convocatoria de tres tribunales de arbitramento y estos dictaron los laudos correspondientes en contra de ETB en diciembre de 2006. La convocada presentó recursos de anulación contra esas decisiones y en sentencias de marzo y mayo de 2008 la Sección Tercera del Consejo de Estado los declaró infundados.

Posteriormente, en marzo de 2010, ETB entabló acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina porque durante el trámite arbitral se omitió el deber de solicitar la interpretación prejudicial de las normas comunitarias. Ese juez dio la razón a la demandante y ordenó al Consejo de Estado que dejara sin efectos sus decisiones y anulara los laudos proferidos. Esta orden se cumplió el 9 de agosto de 2012 y dio pie para que se elevaran algunas solicitudes que fueron denegadas por el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El 21 de diciembre de 2012 Comcel presentó otras tres solicitudes de convocatoria al Tribunal de Arbitramento para resolver las controversias acaecidas con ETB ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Los tres documentos están dirigidos al director del CAC, constan de 81, 68 y 63 folios, respectivamente, y están soportados en siete hechos previos en los que se narra el inicio del trámite arbitral y las etapas que fueron surtidas en cada uno, incluyendo el laudo y su aclaración, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina así como las providencias que, como consecuencia, dictó la Sección Tercera del Consejo de Estado. Al final de este capítulo, en el hecho séptimo de los tres documentos se incluyó el siguiente párrafo:

“De conformidad con las anteriores decisiones, es preciso reconstruir el Tribunal de Arbitramento para que ese nuevo Panel Arbitral proceda en la forma indicada tanto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como por la Sección Tercera del Consejo de Estado.”

“PRIMERA (1ª).- Que se designen tres (3) árbitros para que resuelvan el proceso arbitral promovido por COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A. (...), en adelante COMCEL, contra la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP., en adelante ETB.

Dicha decisión deberán adoptarla previo el cumplimiento de los trámites indicados tanto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

SEGUNDA (2ª).- La demanda que junto con las respectivas excepciones propuestas deben resolver los árbitros es la siguiente:”

Luego de transcribir cada demanda arbitral que dio trámite a los laudos que fueron anulados en virtud del fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la convocante efectuó la siguiente relación de pruebas:

Expediente

T-3868677

Expediente

T-3898071

Expediente

T-3907500

“El expediente respectivo se encuentra en el Consejo de Estado, bajo el radicado 11001031500020100065300, al cual deberán oficiar para efectos de su remisión o expedición de copia auténtica e íntegra.

PRUEBAS

1.- Los Anexos de ésta (sic) petición.

2.- La totalidad del expediente contentivo del proceso arbitral seguido por COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A. (antes OCCEL S.A. contra EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP.

Al efecto se solicita oficiar al Consejo de Estado bajo el radicado 11001031500020100065300 para que remita el expediente respectivo. En subsidio, para que a costa de COMCEL, expida y remita copia auténtica e íntegra del mismo.”

“El expediente respectivo se encuentra en el Consejo de Estado, bajo el radicado 11001031500020100065100, al cual deberán oficiar para efectos de su remisión o expedición de copia auténtica e íntegra.

PRUEBAS

1.- Los Anexos de ésta (sic) petición.

2.- La totalidad del expediente contentivo del proceso arbitral seguido por COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A. (antes CELCARIBE S.A.). contra EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP.

Al efecto se solicita oficiar al Consejo de Estado bajo el radicado 11001031500020100065100 para que remita el expediente respectivo. En subsidio, para que a costa de COMCEL, expida y remita copia auténtica e íntegra del mismo.”

“El expediente respectivo se encuentra en el Consejo de Estado, bajo el radicado 11001031500020100065200, al cual deberán oficiar para efectos de su remisión o expedición de copia auténtica e íntegra.

PRUEBAS

1.- Los Anexos de ésta (sic) petición.

2.- La totalidad del expediente contentivo del proceso arbitral seguido por COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A. contra EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP.

Al efecto se solicita oficiar al Consejo de Estado bajo el radicado 11001031500020100065200 para que remita el expediente respectivo. En subsidio, para que a costa de COMCEL, expida y remita copia auténtica e íntegra del mismo.”

El 16 de enero de 2013 Comcel allegó a los tres trámites copias de los contratos de interconexión celebrados con ETB y solicitó “citar para el 21 de enero de 2013, reunión para la designación de árbitros”. En esa misma fecha, ETB, a través de su apoderada general, solicitó la expedición de copia informal de cada una de las demandas de convocatoria y pidió lo siguiente:

“Así mismo, en cuanto a la fecha indicada para la reunión de designación de árbitros a celebrarse el próximo 21 de enero de 2013, atentamente, solicito que se asigne nueva fecha con posterioridad al 31 de enero, teniendo en cuenta que para la fecha y hora convocada no es posible asistir por compromisos judiciales previamente programados para ese día.”.

De acuerdo con la información suministrada por el CAC y que no fue cuestionada por la ETB, las copias solicitadas fueron expedidas el mismo día. Al día siguiente, el 17 de enero, el Centro del Arbitraje informó al Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a las partes, sobre la existencia del proceso, los documentos que cada una de ellas había radicado el 16 de enero, y los citó a la “reunión de designación de árbitros, que se realizará el día 28 de enero de 2013, a las [8:30[52], 9:00[53] y 9:30[54] a.m.] en nuestras instalaciones ubicadas en la Avenida Calle 26 No. 68D-35, piso 3º, de esta ciudad.” Este documento se envió por correo electrónico a todos ellos y además fue radicado en la ETB el 21 de enero de 2013.

Conforme al texto de los pactos arbitrales suscritos originariamente entre Ocel[55] y Comcel[56] con la ETB (en adelante: los pactos Ocel-Comcel-ETB), el 21 de enero de 2013 la parte convocante radicó para esos dos casos, documento en el que manifestó que “no tiene interés en llegar a un acuerdo con la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.

ESP para la designación de árbitros. || En consecuencia, tal como lo establece la cláusula compromisoria, lo procedente es realizar de inmediato, la designación de árbitros mediante sorteo, sin ningún tipo de reunión previa entre las partes, por carecer de objeto". La existencia de esta nueva solicitud fue informada a la ETB mediante correo electrónico y físico recibido el 23 de enero de 2013, en el que se le citó al "sorteo público de designación de árbitros que se realizará el día 24 de enero de 2013, a las 8:30 a.m., en nuestras instalaciones ubicadas en la Avenida Calle 26 No. 68D-35, piso 3º, de esta ciudad." En esa fecha (23 de enero), el CAC expidió memorando en el que se le informa a la Vicepresidenta Ejecutiva de esa entidad la realización del sorteo público de designación de árbitros, citando las cláusulas compromisorias respectivas.

El mismo 23 de enero de 2013 la ETB radicó, para los tres casos, documento en el que aduce la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la administración de justicia, ya que considera que "mal hizo el Centro de Conciliación y Arbitramento, al citar a ETB a la reunión de designación de árbitros, [y en últimas al sorteo público de designación de árbitros para el día de mañana 24 de enero,][57] aun cuando la solicitud presentada el 21 de diciembre de 2012 no cumple los requisitos de la demanda previstos en las normas procesales. Tampoco es admisible que este centro considere instaurar tres tribunales de arbitramento, para que profieran un laudo arbitral sin cumplir con todas las etapas procesales. Ello constituiría un atentado directo contra el derecho al debido proceso de ETB."

La designación de los árbitros en los casos correspondientes a los pactos Ocel-Comcel-ETB (expedientes T-3868677 y T-3907500) se realizó a través de sorteo público el 24 de enero de 2013. La comunicación de esta actuación se efectuó el día 25 siguiente a las partes y a los designados; para cada asunto fueron seleccionadas las siguientes personas[58]:

Expediente

T-3868677

Expediente

T-3907500

Alier Hernández Enríquez

María Fernanda Guerrero Mateus

William Barrera Muñoz

Carlos Enrique Marín Vélez

Felipe Iriarte Alvira

María Teresa Palacio Jaramillo

Por su parte, conforme al pacto arbitral suscrito originariamente entre Celcaribe y ETB (expediente T-3898071), el 28 de enero se llevó a cabo la reunión de designación de árbitros para este asunto. Por Comcel asistió su apoderado judicial, mientras que por ETB “no asistió ninguna persona” por lo que se entendió que no era posible ejecutar este acto de común acuerdo, “[e]n consecuencia, [la convocante] solicitó al Centro la expedición de copias auténticas de la lista oficial de árbitros “A” con el fin de acudir al Juez Civil del Circuito para el nombramiento de los árbitros que integrarán el Tribunal. Lo anterior en los términos del numeral 4 del artículo 14 de la Ley 1563 de 2012 || Teniendo en cuenta lo anterior, la funcionaria hizo entrega de las copias auténticas de las listas de árbitros”.

Luego del sorteo efectuado conforme a los pactos Ocel-Comcel-ETB, el 29 de enero de 2013 Comcel radicó memorial en el que afirmó que no pretende la “resurrección” del trámite arbitral adelantado contra ETB sino “la designación de un nuevo panel arbitral, para que continúe con el trámite que está vigente, ya que como se ha dicho ‘lo único’ que se anuló fue el laudo arbitral y no el trámite que los precedió”.

6.2. La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P., considera que las gestiones permitidas o adelantadas por el Centro de Arbitraje vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la igualdad. Insiste en que no cuenta con recurso alguno que le permita censurar esos actos y considera que esos defectos no pueden alegarse ante los árbitros.

6.3. De la misma manera que algunos de los jueces de instancia, esta Sala de Revisión considera que la acción de tutela presentada por ETB contra el CAC de la Cámara de Comercio de Bogotá es improcedente porque, en los términos del principio de subsidiariedad, esa entidad cuenta con otros medios de defensa judicial idóneos para hacer valer todos los derechos invocados a lo largo del proceso arbitral, del eventual trámite de anulación, o del recurso de revisión, en los términos de la ley 1563 de 2012.

La actora insiste en que la acción de tutela es la única herramienta con la que puede censurar los yerros en los que sistemáticamente habría incurrido el centro de arbitraje. Sin embargo, lo cierto es que cada uno de los escenarios citados constituye una oportunidad apropiada para definir la fortaleza de sus censuras y para desplegar su derecho de contradicción y defensa. ETB reiteró, sin aportar argumentos que aclararan su posición, que la presunta vulneración de sus derechos habría surgido en el trámite prearbitral y que el tribunal no tiene el poder para juzgar la totalidad de las supuestas irregularidades.

Aunque se plantea que los actos del CAC gozan de alguna suerte de independencia respecto de las siguientes fases del procedimiento, lo cierto es que más adelante, tanto el tribunal de arbitramento como el juez competente de los eventuales recursos, pueden verificar idónea y eficazmente la existencia y alcance del pacto arbitral, la suficiencia de la demanda, la competencia y el cumplimiento estricto de todas las etapas necesarias para dictar el laudo. En conclusión, de ninguna de las normas que rigen el proceso arbitral se infiere la separación entre los actos del Centro de Arbitraje y las potestades del tribunal y, por el contrario, se debe entender que la preparación de aquel está íntimamente conectada y debe ser verificada minuciosamente una vez instalado este en virtud del principio “kompetenz-kompetenz” consagrado en el artículo 30 de la ley 1563 de 2012, para así confirmar que ostenta la competencia para decidir el conflicto respectivo. Al respecto, en la sentencia SU-174 de 2007 puntualizó lo siguiente:

“Al inicio del proceso arbitral, en la primera audiencia de trámite, y siguiendo el principio de “kompetenz-kompetenz”, el Tribunal de Arbitramento decide acerca de su “propia competencia” y determina si de acuerdo con la Constitución, las leyes vigentes, la cláusula compromisoria y/o el compromiso arbitral suscrito por las partes, es competente para conocer de las pretensiones que le fueron formuladas en la demanda arbitral y precisa el contenido de las mismas. Contra la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento es

procedente el recurso de reposición, el cual es decidido previamente a continuar con el trámite arbitral.

(...)

El principio kompetenz-kompetenz, según el cual los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia está expresamente plasmado en la legislación colombiana (artículo 147, numeral 2 del Decreto 1818 de 1998) y goza de reconocimiento prácticamente uniforme a nivel del derecho comparado[59], las convenciones internacionales que regulan temas de arbitramento[60], las reglas de los principales centros de arbitraje internacional[61], las reglas uniformes establecidas en el ámbito internacional para el desarrollo de procesos arbitrales[62] y la doctrina especializada en la materia[63], así como decisiones judiciales adoptadas por tribunales internacionales[64]. En virtud de este principio, los árbitros tienen la potestad, legalmente conferida, de determinar si tiene competencia para conocer de una determinada pretensión relativa a una disputa entre las partes, en virtud del pacto arbitral que le ha dado fundamento.

(...)

El principio kompetenz-kompetenz, según el cual los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia está expresamente plasmado en la legislación colombiana (artículo 147, numeral 2 del Decreto 1818 de 1998) y goza de reconocimiento prácticamente uniforme a nivel del derecho comparado[65], las convenciones internacionales que regulan temas de arbitramento[66], las reglas de los principales centros de arbitraje internacional[67], las reglas uniformes establecidas en el ámbito internacional para el desarrollo de procesos arbitrales[68] y la doctrina especializada en la materia[69], así como decisiones judiciales adoptadas por tribunales internacionales[70]. En virtud de este principio, los árbitros tienen la potestad, legalmente conferida, de determinar si tiene competencia para conocer de una determinada pretensión relativa a una disputa entre las partes, en virtud del pacto arbitral que le ha dado fundamento.”

Así las cosas, en contraste con los argumentos de ETB, la Sala estima que el alcance de las funciones de los árbitros de conformidad con la ley 1563 de 2012, especialmente su artículo 21, en el que se ordena que “[s]alvo norma en contrario, los árbitros decidirán de plano toda cuestión que se suscite en el proceso”, incluye el deber de verificar que se hayan

cumplido todas las reglas de la convocatoria y que se hayan respetado los derechos de las partes durante el trámite prearbitral, así como la competencia o no del tribunal.

A ello es necesario agregar que aunque el centro de arbitraje no ejerce funciones jurisdiccionales, sí adelanta maniobras que constituyen función pública y, por tanto, todas ellas deben estar sometidas al cumplimiento de la Constitución, el estatuto de arbitraje, el reglamento y el pacto arbitral.

Bajo esas condiciones, la acción de tutela contra los actos del CAC solo procederá excepcionalmente cuando se compruebe que las etapas del trámite arbitral o el recurso de anulación no son suficientes para proteger los derechos, o cuando quiera que se presente un perjuicio irremediable en las condiciones expuestas en esta providencia.

Permitir que el amparo constitucional proceda maquinalmente ante cualquier decisión del centro de arbitraje representaría una barrera al acceso a la administración de justicia, que haría pasar por alto los principios de voluntariedad y habilitación propio de estos trámites, de acuerdo a los cuales las partes delegan a los árbitros para que estos decidan el alcance de todos los aspectos del pacto arbitral y resuelvan el conflicto.

En lo que respecta a este asunto, teniendo en cuenta las fases y poderes consignados en la ley 1563 de 2012, se debe insistir en que la naturaleza de las funciones del CAC son de apoyo administrativo y que, en virtud del artículo 116 superior, bajo ninguna circunstancia puede ejercer funciones de carácter judicial.

En consecuencia, a diferencia de lo argumentado por ETB, el poder para definir la existencia de una “demanda real”, esto es, que cumpla todos los requisitos del reglamento del Centro y del Código de Procedimiento Civil, se encuentra en cabeza del tribunal de arbitraje, bajo el procedimiento consagrado en el artículo 20 de la ley mencionada[71]. Por tanto, así como ocurrió en este caso y en los términos de la sentencia C-1038 de 2002: (i) al CAC solo le corresponde verificar de manera eminentemente formal la entrega de los documentos necesarios para iniciar la convocatoria y no puede declarar, ni siquiera, la ineptitud de la información que sea entregada por la convocante; y (ii) dado que por regla general el desarrollo del procedimiento arbitral es idóneo y eficaz para dar alcance a la cláusula compromisoria, la solicitud de convocatoria y la demás información, la acción de tutela es improcedente para referirse a esos aspectos.

En la misma medida, la existencia, vigencia y alcance del pacto arbitral debe ser definida por el tribunal de arbitramento conforme, por ejemplo, al artículo 3º del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional[72]. En consecuencia, es contrario a los principios de este trámite y a la jurisprudencia de esta corporación sobre la procedibilidad de la acción de tutela, que el CAC o el juez constitucional determine si sobre el acuerdo de las partes acaecieron fenómenos como la cosa juzgada, la caducidad, el agotamiento de su objeto o que establezca los efectos de la sentencia anulatoria dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

En su lugar, como ocurrió en este caso, es obligación del centro únicamente confrontar la existencia formal de la cláusula compromisoria y verificar que conforme a ella, tenga la obligación de dar impulso a la solicitud. Como se pudo observar en los tres expedientes revisados, cada petición está soportada en un convenio previo, en el que se determinó que el arbitraje será adelantado ante la Cámara de Comercio de Bogotá.

Además, contrario a lo manifestado por la actora, también será competencia de los árbitros determinar si la existencia de la sentencia de nulidad impide presentar una nueva demanda arbitral, teniendo en cuenta, por ejemplo, la facultad establecida en los artículos 41 a 43 de la ley 1563 de 2012. En consecuencia, el CAC no tiene el poder alguno para decidir si la convocante tiene legitimidad para presentar la nueva solicitud a pesar de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y de la Sección Tercera del Consejo de Estado. De la misma forma, decidir esa situación jurídica en este momento no es competencia del juez de tutela.

Como regla general, también es facultad del tribunal de arbitramento comprobar que las reglas que se apliquen para la integración del panel arbitral no hayan sido variadas ilegalmente por alguna de las partes y que ninguna de las gestiones del CAC haya impedido ejercer la defensa de ETB, la presentación de alguna excepción o argumento, o haya vulnerado su derecho a la igualdad, ya que así se lo exige el segundo inciso del artículo primero de la ley 1563 de 2012 que señala: “El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción”.

Además, todo el trámite que se ha aplicado a la solicitud de convocatoria presentada por Comcel impide que se evidencie una amenaza futura del derecho de defensa de ETB. Sin

perjuicio del examen que en su momento pueda adelantar el panel arbitral, la Sala evidencia que las actuaciones del CAC han cumplido formalmente con las etapas, notificaciones y comunicaciones establecidas en la ley y en el reglamento, y se han sustentado en la existencia de una cláusula compromisoria suscrita por las partes, así como en la solicitud expresa de una de ellas.

Finalmente, la Sala entiende que la actora intentó soportar el acaecimiento de un perjuicio irremediable a partir del costo que implica la instalación y el funcionamiento del tribunal arbitral. Sin embargo, ella no explicó, de manera alguna, en qué medida los dineros que tenga que sufragar durante el proceso pueden obstaculizar el normal desempeño de sus funciones o el cumplimiento de sus obligaciones. Esto impide que el amparo constitucional proceda, por lo menos, como mecanismo transitorio, mientras el tribunal de arbitramento se pronuncia sobre las diferentes censuras planteadas.

6.4. A partir de lo argumentado esta Sala de Revisión concluye que las decisiones de instancia deben ser confirmadas en la medida en que denegaron la protección de los derechos fundamentales invocados por ETB, aunque se debe aclarar, para todos los casos, que la razón fundamental de esta decisión es la improcedencia de la acción de tutela por no cumplir el principio de subsidiariedad.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- Dentro del expediente T-3868677 y por las razones señaladas en esta providencia, CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Treinta Civil del Circuito de Bogotá D.C. del 21 de marzo de 2013, que confirmó la decisión del Juzgado Treinta Civil Municipal de la misma ciudad y que denegó la protección de los derechos fundamentales invocados por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P., contra el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de la misma ciudad.

SEGUNDO.- Dentro del expediente T-3898071 y por las razones señaladas en esta

providencia, CONFIRMAR el fallo de la Sección Segunda, Subsección “B” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 1º de abril de 2013, que confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, en la que se denegó la protección de los derechos fundamentales invocados por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P., contra el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de la misma ciudad.

TERCERO.- Dentro del expediente T-3907500 y por las razones señaladas en esta providencia, CONFIRMAR la decisión de la Sección Segunda, Subsección “A” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 21 de marzo de 2013, que confirmó el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, en el que se denegó la protección de los derechos fundamentales invocados por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A., E.S.P., contra el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de la misma ciudad.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] En el expediente T-3868677 suscribió el memorial el director encargado.

[2] Expedientes T-3868677 y T-3907500.

[3] Expediente T-3898071.

[4] Solo en los expedientes T-3868677 y T-3907500.

[5] Expedientes T-3868677 y T-3907500.

[6] Hecho manifestado en los expedientes T-3868677 y T-3907500.

[7] Excepto para el expediente T-3898071.

[8] Razonamiento presentado en los expedientes T-3868677 y T-3907500. Para el caso del expediente T-3898071 el Centro reiteró que la parte convocante tuvo que acudir a los jueces del circuito para la designación de los árbitros.

[9] Expedientes T-3868677 y T-3907500.

[10] Expediente T-3898071.

[11] Contrato de interconexión firmado originalmente con Celcaribe.

[12] Contrato de interconexión firmado originalmente con Ocel.

[13] Contrato de interconexión firmado originalmente por Comcel.

[14] Síntesis incluida en el escrito presente en el expediente T-3868677.

[15] Ordinal séptimo del auto de selección.

[16] "Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones

de particulares en los siguientes casos:

1. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.”

Sentencia C-134 de 1994: “Declarar EXEQUIBLE el numeral 1o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución”, que se declara INEXEQUIBLE.

Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.”

2. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.

Sentencia C-134 de 1994. “Declarar EXEQUIBLE el numeral 2o. del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, salvo la expresión “para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía”, que se declara INEXEQUIBLE. Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental.”

3. Cuando aquel contra quien se hubiera hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.

5. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.

6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del habeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la

Constitución.

7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.

8.. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.”

[17] Demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 1, 2 y 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[18] “Según la formulación acuñada por el Tribunal Constitucional alemán en el famoso fallo Lüth”.

[19] “Konrad Hesse. Derecho constitucional y derecho privado, Madrid, Cívitas, 1995, p. 59”.

[20] “En Alemania donde surge la cuestión en los años cincuenta se plantea inicialmente la discusión entre la eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares -mittelbare Drittwirkung- defendida por Dürig -según el cual tales derechos harían irrupción en el tráfico jurídico privado por medio de las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados, y la tesis de la eficacia directa de los derechos fundamentales -unmittelbare Drittwirkung- defendida por Nipperdey según la cual estos harían irrupción directa en las relaciones jurídicas privadas. A estas posturas originales se agregarían en tiempos recientes las construcciones relacionadas con el deber de protección estatal de los derechos fundamentales frente a agresiones provenientes de terceros”.

[21] “En Europa las principales dificultades para la implementación de los derechos

fundamentales en las relaciones entre particulares ha consistido en que los mecanismos de protección han sido diseñados específicamente contra los poderes públicos de manera tal que sólo mediante el amparo contra providencias judiciales ha podido desarrollarse jurisprudencialmente la materia. En los Estados Unidos mediante la figura de la state action -que consiste en atribuir la vulneración iusfundamental proveniente de un particular a un poder público- se sorteó con éxito el problema procesal de la exclusiva vinculatoriedad estatal”.

[22] Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 17, 46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la Ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único” y contra el artículo 115 (parcial) de la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”.

[23] Sentencia C-866 de 1999.

[24] Entre otras, ver sentencias C-372 de 1994, C-506 de 1994, C-316 de 1995 y C-671 de 1999. Esta última declarando la exequibilidad del artículo 96 de la ley 489 de 1.998.

[25] Ver Sentencia C-563 de 1998.

[27] Caso en el que la Corte consideró procedente la acción de tutela interpuesta contra una Asociación de Usuarios de un Acueducto municipal, constituida como entidad privada sin ánimo de lucro que no contaba con reconocimiento del Estado y por ende no tenía personería jurídica.

[28] Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, relativo a la prohibición de la huelga en los servicios públicos.

[29] “Ahora bien, pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público”. Corte Constitucional, Sentencia

SU-157 de 1999.

[30] “Esos ámbitos funcionales de la cédula de ciudadanía y su vinculación a la realización del principio democrático como fundamento de legitimidad, son los que explican que el Estado se encuentre especialmente comprometido a su trámite, expedición, renovación y rectificación y que todo ese proceso, entre otros, se haya encomendado a una órbita especializada de la función pública como la Organización Electoral. De allí por qué la cedula constituya un servicio público que debe prestarse con especial interés pues no se trata sólo de la expedición de un documento público cualquiera sino de la concreción, para el ciudadano, de sus posibilidades de acceso a los derechos civiles y políticos reconocidos por el ordenamiento”. Corte Constitucional, Sentencia T-532 de 2001.

[31] Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-473/94.

[32] Allí se afirmó lo siguiente: “Antes de la Sentencia C-134 de 1994 la Corte había aceptado, de manera excepcional, la procedencia de la tutela contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos no domiciliarios; pero después del juicio de control abstracto de constitucionalidad no se discute la procedibilidad de la tutela contra cualquier particular que preste servicios públicos, sin que para ello resulte relevante si son o no domiciliarios. Sólo a manera de ejemplo pueden mencionarse las acciones de tutela interpuestas contra instituciones financieras, entidades bancarias, empresas prestadoras del servicio público de carreteras, administradoras privadas de régimen subsidiado, cajas de compensación, sociedades anónimas constituidas como empresas de servicio de transporte, empresas del sector privado que ofrecen y comercializan el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, operadores de servicio de televisión, empresas de telefonía móvil celular y administradoras de cementerios, entre otras.”

[33] Los argumentos contenidos en este capítulo hacen parte de la decisión de la sentencia T-171 de 2013, en la revisión de la acción de tutela interpuesta por varios ciudadanos contra la Cámara de Comercio de Barranquilla.

[34] Sentencia T-983 de 2007.

[35] “El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que ‘La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que

se encuentre el solicitante”.

[36] “Sentencia T-803 de 2002”.

[37]“Sentencia T-822 de 2002, reiterando lo dicho en la sentencia T-569 de 1992 la cual señaló lo siguiente: ‘De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)”.

[38] Corte Constitucional, Sentencia T634 de 2006.

[39] Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 1993.

[40] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-995 de 1999, T-1155 de 2000 y T-290 de 2005.

[41] Publicado en el Diario Oficial número 48489 de 12 de julio de 2012.

[4 2]

http://www.centroarbitrajeconciliacion.com/documentos/260_reglamento_procedimiento.pdf. Consultado el 25 de octubre de 2013.

[43] Acción de tutela interpuesta por Frosst Laboratories Inc, Merck & Co Inc. y Merck Frosst Canada Inc contra el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con base en la actuación surtida dentro del trámite arbitral que adelantó la sociedad Tecnoquímicas S.A. contra Frosst Laboratories Inc, Merck & Co Inc, Merck Frosst Canada Inc.

[44] Artículos 13 y 15 del Decreto 2651 de 1991, vigentes en razón de lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley 446 de 1998. Sobre este particular la sentencia explicó: “De esta forma de acuerdo a la normatividad vigente - Decreto 2651 de 1991, derogado por la Ley 446 de 1998, compilada en el Decreto 1818 de 1998 -, ‘las partes pueden dirigir su solicitud de convocatoria al centro de arbitraje acordado y a falta de éste a uno del lugar de domicilio de la otra parte, es decir, del demandado’. Luego de presentada la solicitud, según el artículo 121 de la ley 446 de 1998, que hace remisión a los artículos 428 a 430 del Código de Procedimiento Civil, el director del Centro de Arbitraje debe pronunciarse sobre la

admisión de la demanda. Teniendo la posibilidad de admitirla, inadmitirla o rechazarla la demanda, y la obligación de resolver el recurso de reposición que pueda ser interpuesto.”

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

[46] Ver, entre otras, las sentencias C-226 de 1993, Consideración Cuarta, C-247 de 1994, C-294 de 1995, C-242 de 1997, C-163 de 1999, C-248 de 1999, C-672 de 1999, C-330 de 2000, C-1436 de 2000, C-060 de 2001 y C-098 de 2001.

[47] Sentencia C-242 de 1997.

[48] Sentencia C-060 de 2001, Fundamento 3.

[49] Sentencia C-060 de 2001, Fundamento 3.

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

[51] Cfr Sentencia C-1038 de 2002.

[52] Expediente T-3907500.

[53] Expediente T-3868677.

[54] Expediente T-3898071.

[55] Expediente T-3868677.

[56] Expediente T-3907500.

[57] Esta frase solo está incluida en los memoriales presentes en los expedientes T-3868677 y T-3907500.

[58] Es necesario aclarar que conforme a documentos que reposan en los expedientes citados, varios de los designados se declararon impedidos.

[59] Art. 1466, Código de Procedimiento Civil de Francia; Art. 186.1, Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, 1987; Art. 8-1 del Concordato Suizo; Art. 1697 del Código Judicial de Bélgica, 1972; Art. 1052(1) del Código de Procedimiento Civil de Países Bajos, 1986; Art. 23(3) de la Ley 36 de 1988 de España; Art. 21(1) de la Ley 31/86 de Portugal, sobre arbitraje voluntario; Sección 30 de la Ley de Arbitraje de Inglaterra, 1996; Art. 1040 del ZPO Alemán, 1997.

[60] Ver el art. V-3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional; el art. 41 de la Convención de Washington que creó el CIADI; y la Ley Modelo de UNCITRAL, Art. 16-3.

[61] Art. 15.1 de las Reglas de la American Arbitration Association; Art. 8.3. de las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional; Art. 14.1 de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA).

[62] Art. 21.1 de las Reglas de UNCITRAL

[63] Ver a este respecto: Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): Fouchard Gaillard Goldman "On International Commercial Arbitration". Kluwer Law International, 1999. También se puede consultar: Bühring-Uhle, Christian: "Arbitration and Mediation in International Business". Kluwer Law International, 1996, p. 42-44; Caivano, Roque: "Arbitraje", Villela Editor, Buenos Aires, 2000; Várady, Tibor, Barceló, John y von Mehren, Arthur: "International Commercial Arbitration". American Casebook Series - West Group, St. Paul, 1999, p. 111.

[64] Ver el caso *Nottebohm* (1953) y el caso relativo al Laudo Arbitral adoptado por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (1960), ambos de la Corte Internacional de Justicia.

[65] Art. 1466, Código de Procedimiento Civil de Francia; Art. 186.1, Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, 1987; Art. 8-1 del Concordato Suizo; Art. 1697 del Código Judicial de Bélgica, 1972; Art. 1052(1) del Código de Procedimiento Civil de Países Bajos, 1986; Art. 23(3) de la Ley 36 de 1988 de España; Art. 21(1) de la Ley 31/86 de Portugal, sobre arbitraje voluntario; Sección 30 de la Ley de Arbitraje de Inglaterra, 1996; Art. 1040 del ZPO Alemán, 1997.

[66] Ver el art. V-3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional; el art. 41 de la Convención de Washington que creó el CIADI; y la Ley Modelo de UNCITRAL, Art. 16-3.

[67] Art. 15.1 de las Reglas de la American Arbitration Association; Art. 8.3. de las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional; Art. 14.1 de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA).

[68] Art. 21.1 de las Reglas de UNCITRAL

[69] Ver a este respecto: Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.): Fouchard Gaillard Goldman "On International Commercial Arbitration". Kluwer Law International, 1999. También se puede consultar: Bühring-Uhle, Christian: "Arbitration and Mediation in International Business". Kluwer Law International, 1996, p. 42-44; Caivano, Roque: "Arbitraje", Villela Editor, Buenos Aires, 2000; Várady, Tibor, Barceló, John y von Mehren, Arthur: "International Commercial Arbitration". American Casebook Series - West Group, St. Paul, 1999, p. 111.

[70] Ver el caso *Nottebohm* (1953) y el caso relativo al Laudo Arbitral adoptado por el Rey de España el 23 de diciembre de 1906 (1960), ambos de la Corte Internacional de Justicia.

[71] "ARTÍCULO 20. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL. Aceptada su designación por todos los árbitros y, en su caso, cumplidos los trámites de recusación y reemplazo, el tribunal arbitral

procederá a su instalación, en audiencia para la cual el centro de arbitraje fijará día y hora. (...) Sin perjuicio de lo que luego haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el párrafo del artículo 3o. En caso de rechazo, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje.”

[72] “ARTÍCULO 3o. PACTO ARBITRAL. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas. (...) PARÁGRAFO. Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.”