

UNA VISIÓN SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DEL PROCESO ARBITRAL INSTITUCIONAL COLOMBIANO DESPUÉS DE LA SENTENCIA 1038 DE 2002 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL¹

Dr. ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS

Fecha de recepción: 15 de mayo de 2007 – Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2007

Resumen

Se pretende con este artículo delinear unos criterios orientados a construir, de manera ordenada y lógica, las diferentes etapas del proceso arbitral luego de que la Corte Constitucional declarara inexecutable las funciones jurisdiccionales de los Directores de los Centros de Arbitraje.

El método de estudio utilizado es de carácter comparativo entre lo que se aplicaba antes y después de la sentencia C-1038 de 2002, dentro de la lógica y respetando criterios valorativos como el debido proceso y derecho de defensa de las partes.

El resultado del estudio es el encuentro de criterios dispersos sobre el trámite del proceso arbitral de los diversos operadores de la figura.

Las conclusiones del trabajo son las siguientes:

- 1. En Colombia existe una legislación sobre arbitraje caótica, dispersa y de difícil comprensión, que solo es entendible por personas expertas en la materia.*
- 2. Ello se acentúa con la declaratoria de inexecutable de la Corte Constitucional sobre las funciones jurisdiccionales de los Directores de Centros de Arbitraje.*
- 3. Debe diseñarse, un procedimiento arbitral que sea coherente con el debido proceso, se ajuste a los lineamientos expresados por la Corte Constitucional y además no afecte los intereses de las partes y respete el valor del trabajo de los árbitros.*

Palabras Claves: *Proceso arbitral, regulación incoherente, construcción ágil, debido proceso.*

Abstract

It is tried to delineate oriented criteria to construct, of ordered and logical way, the different stages from the by arbitration process after which the Constitutional Court it declared inexecutable the jurisdictional functions of the Directors of the Centers of Arbitration.

The method of used study is of comparative character between which it was applied before and after 2002 the C-1038 sentence, within the logic and respecting valorativos criteria like the had process and right of defense of the parts.

The result of the study is the encounter of dispersed criteria on the proceeding of the by arbitration process.

The conclusions of the work are the following ones:

- 1. In Colombia it exists a legislation on chaotic arbitration, disperses and of difficult understanding, that single he is understandable by expert people in the matter.*
- 2. It is accentuated with the declaration of inexecutable of the Constitutional Court on the jurisdictional functions of the Directors of Centers of Arbitration.*
- 3. It must be designed, a by arbitration procedure that is coherent with the had process, adjusts to the lineaments expressed by the Constitutional Court and in addition it does not affect the interests of the parts and respects the value of the work of the referees.*

Key Words: *Arbitration process, incoherent regulation, agile construction, had process.*

¹ Este artículo fue presentado como ponencia en el Precongreso de Derecho Procesal del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo Bolívar, realizado en Cartagena de Indias D.T. y C., año 2005.

Introducción

Este ensayo tiene la pretensión de esbozar algunas ideas relacionadas con el trámite del proceso arbitral gobernado por la legislación colombiana y en especial sobre las etapas procesales que, de alguna manera, no tienen una ubicación definida dentro del arbitraje.

Antes de entrar en materia es viable afirmar que sobre el arbitraje se han perfilado en la doctrina diversas definiciones. El tratadista Julio Benetti Salgar² se refiere a la figura diciendo que:

“El arbitraje consiste, entonces, en la solución de un conflicto cuyo objeto sea transigible por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado, ni ninguna otra de carácter oficial, aunque si adquieren la primera para adelantar y fallar el proceso que se somete a su jurisdicción, mediante una decisión que se denomina laudo y que la ley equipara a una sentencia judicial, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión, pero ellos, sin embargo, conservan jurisdicción y competencia para actuar en otros conflictos distintos de aquellos que en cada caso se llevan a la justicia arbitral”.

A su turno, la tratadista Myriam Salcedo Castro³ al referirse a la naturaleza jurídica de la justicia arbitral expresó lo siguiente:

“En Francia, el arbitraje es considerado como una justicia convencional y privada. En Colombia, el arbitraje también es una justicia convencional calificada como función pública, a pesar de ser asegurada por particulares.

“La diferencia más notable radica en que el arbitraje toma su fuerza del pacto arbitral en Francia; en consecuencia, el árbitro es la única persona, que sin haber recibido una delegación del Estado para poder juzgar, dispone de poder jurisdiccional. Por el contrario, en Colombia la jurisprudencia Constitucional determina que los poderes jurisdiccionales de los árbitros, a pesar de su origen convencional –pacto arbitral manifestado a través de la cláusula compromisoria o del compromiso– emanan de la ley. Es por ello que la justicia arbitral es una justicia de tipo jurisdiccional”.

Por otra parte, el tratadista Ramiro Bejarano Guzmán⁴ al referirse al perfil y connotaciones del proceso arbitral se expresó así:

“El procedimiento arbitral colombiano, contrario a lo que suponen algunos pesimistas, no es dispendioso, ni farragoso.

“En efecto la normatividad que ha de advertirse al respecto es sencilla, despojada de ritualismos excesivos, y en últimas bien podría decirse que suelen acudir a este específico medio de solución de sus conflictos, no tienen mala opinión de los pasos que hay que seguir para que se profiera un laudo que le ponga punto final a las diferencias”.

Es bien conocido por todas las personas que de una y otra manera venimos incursionando en la práctica arbitral o en la academia sobre el tema, que el proceso arbitral no ha sido objeto de una regulación integral, mediante un catálogo programado y sistematizado de normas, que nos permitan aplicarlas sin dificultades, sino que por el contrario ha sido

² Benetti Salgar, Julio. *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2001, p. 15.

³ Salcedo Castro, Myriam. *El Arbitraje en los contratos concluidos por la administración, estudio de derecho comparado francés y colombiano*, Bogotá, Edit. Universidad del Rosario, 2006, p. 16.

⁴ Bejarano Guzmán, Ramiro, Aljure Salame Antonio, Marcela Anzola Gil, et al, *El contrato de arbitraje*, 1ª ed., Bogotá, Edit. Universidad del Rosario y Legis, 2005, p. 619.

gobernado por una gama de normas jurídicas dispersas en su contenido y en el tiempo, que, por lo mismo, generan dificultades de aplicación. Así podemos mencionar el decreto 2272 de 1989, ley 23 de 1991, decreto 2651 de 1991, la ley 446 de 1998 y el decreto 1818 de 1998 que compiló la normatividad sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Para empezar podemos decir que las normas que se encuentran contenidas en el decreto 1818 de 1989, concretamente los artículos 115 al 222, no contienen una regulación completa sobre el proceso arbitral, pues en mucha parte de sus normas remiten a las normas del proceso civil, como ocurre con las disposiciones sobre el proceso verbal, terceros, pruebas y otros.

Pero lo anterior no es suficiente, pues en el pasado el proceso arbitral era conocido, en una parte inicial, por el Centro de Arbitraje y Conciliación ante quien se presentaba la solicitud de convocatoria y seguidamente, después de agotado un gran trayecto de su itinerario, por el árbitro o los árbitros que fueran designados en el seno del mismo; la primera etapa se denominaba prearbitral, por cuanto en ella no actuaban los árbitros y la segunda arbitral, pues a partir de la misma intervenían los árbitros hasta finalizar el proceso con el laudo pertinente.

Este esquema funcionó durante varios años bajo la logística de los Centros de Arbitraje y Conciliación sobre todo de las Cámaras de Comercio del país, que sin lugar a dudas, han sido esencialmente las pioneras en el desarrollo del tema de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en nuestro medio.

A raíz de una demanda de inexecutableidad de algunas normas que consagraban la posibilidad de que los Centros de Arbitraje y Conciliación conocieran y tramitaran la parte inicial del proceso arbitral, la Corte Constitucional expidió la sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002, en que declaró inexecutableas tales normas por ser violatorias de la Constitución y concretamente del artículo 116 inciso cuatro, en cuanto establece que la función de administrar justicia no la tienen los centros de arbitraje sino los árbitros propiamente dichos.

Las reacciones iniciales de los entendidos eran de optimismo, en el sentido de que en adelante toda la responsabilidad sobre el trámite y decisión del proceso arbitral sería de los árbitros y que por tanto no se daría esa dualidad de responsabilidades, que en el pasado generaba incertidumbre y confusión, en cuanto a sus linderos, potestades y límites.

Pero el tiempo se ha encargado de demostrar que dicha sentencia no aclaró el panorama en cuanto al trámite del proceso arbitral, pues precisamente por la colcha de retazos de que se compone la normatividad arbitral, ha generado todo tipo de interpretaciones y aplicaciones, hasta el punto de que, aún en la actualidad, no existe un consenso sobre cómo debe adelantarse un trámite arbitral y ello obedece a que la Corte Constitucional, en la sentencia citada, se circunscribió a declarar inexecutableas todas las normas que permitían a los centros de arbitraje el trámite inicial del proceso arbitral, pero, a pesar de que intentó trazar algunas directrices, no señaló un derrotero completo de carácter interpretativo, para llenar los vacíos e inconsistencias de la legislación que sobrevivió y aún subsiste, es decir, no realizó una tarea sistemática sobre el conjunto de la normatividad arbitral.

No perdamos de vista que el proceso arbitral venía planteado sobre la base de que los árbitros entraban a conocer del proceso solo en un momento avanzado del mismo, concretamente en la audiencia de instalación, cuando ya se había trabado la litis y habían

ocurrido una serie de circunstancias y vicisitudes procesales, como la presentación de la solicitud de convocatoria, el auto admisorio de la misma, recurso contra éste, contestación de demanda, traslado de excepciones de mérito, demanda de reconvención, admisión y trámite de ésta, audiencia de conciliación y otros. Por eso, se le permitía a los árbitros tomar algunas decisiones que normalmente deben adoptarse desde el inicio del proceso, para evitar desgaste, como el tema de la determinación de la competencia. De allí que este específico tema debe mirarse hoy de manera diferente, frente a la presencia de los árbitros desde el inicio de la actuación, no obstante que la norma no haya sido afectada por la sentencia de la Corte Constitucional.

A pesar de nuestro reconocimiento sobre las dificultades en cuanto a la legislación sobre arbitraje, este trabajo pretende aportar un granito de arena en materia de interpretación y aplicación de las normas sobre el mismo, tal como existen hoy. Lo desarrollaremos presentando los dos escenarios: antes y después de la sentencia de la Corte Constitucional ya mencionada.

1. Trámite del proceso arbitral antes de la sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002

Antes de la expedición de la sentencia mencionada, el proceso arbitral era manejado en su orden por dos operadores: una parte inicial, por el Centro de Arbitraje escogido por las partes y la otra, no menos importante, por los árbitros seleccionados.

Esta primera parte, llamada **etapa prearbitral**, consistía básicamente en los siguientes actos procesales:

1.1 Presentación de solicitud de convocatoria (demanda) ante el centro de arbitraje acordado, a falta de acuerdo ante uno del lugar del domicilio de la otra parte y en caso de rechazo de la solicitud el Ministerio del Interior y de Justicia decide a cuál corresponde. Esta solicitud de convocatoria podía presentarse por una o ambas partes.

1.2 Todo el tema de la presentación de la solicitud de convocatoria, admisión, sustitución y retiro, reforma, contestación, demanda de reconvención y allanamiento se ciñe a lo dispuesto por los artículos 75 al 96 del Código de Procedimiento Civil, conforme lo señalado por el artículo 141 del decreto 1818 de 1998 que remite a los artículos 428 y 430 del Código de Procedimiento Civil, sobre proceso verbal.

1.3 Luego de agotado todo el trámite anterior, el Centro de Arbitraje señalaba fecha para celebración de audiencia de conciliación.

1.4 Celebración de audiencia de conciliación. Si en ésta no se lograba acuerdo de las partes para finalizar su conflicto, se procedía a la designación, comunicación, aceptación de los árbitros que conocerían en adelante del proceso y por supuesto el trámite de impedimentos y recusaciones; es lo que se denominaba la fase de integración del tribunal de arbitramento, al cual se aplicaban los artículos 130 al 138 del decreto 1818 de 1998.

1.5 El Centro de Arbitraje señalaba fecha para audiencia de instalación.

1.6 Celebración de audiencia de instalación en que se daban los siguientes actos: el director del Centro de Arbitraje entrega el expediente de todo lo actuado a los árbitros y a partir de ese momento cesa en sus funciones; los árbitros empiezan su organización eligiendo presidente y secretario del Tribunal, fijan sus honorarios, los del secretario y los

gastos del Tribunal, mediante auto que solo admite reposición y finalizan la audiencia entregando el expediente al secretario para proseguir la actuación.

Lo anterior indica que a partir de esta audiencia cesa la llamada etapa prearbitral y entran los árbitros a cumplir sus funciones como tales, pero inician con actos de organización interna propiamente dichos.

Trámite que se sigue ante los árbitros o **etapa propiamente arbitral**.

1.7 Consignación de honorarios por las partes. Eventos que pueden presentarse:

- Que no se produzca la consignación total de los honorarios: el Tribunal declara concluidas sus funciones y extinguidos los efectos del pacto arbitral.

- Que se produzca la consignación total por una o ambas partes: el proceso arbitral continúa su trámite.

1.8 Se señala por los árbitros fecha para primera audiencia de trámite.

1.9 Celebración de primera audiencia de trámite. Esta audiencia se desarrollaba con el siguiente contenido:

- Lectura del pacto arbitral, pretensiones y su cuantía.

- Se resuelve sobre competencia del Tribunal. Si no hay competencia se extinguen los efectos del pacto arbitral y se devuelven sumas por honorarios y gastos; si existe competencia hay continuación del proceso arbitral y se ordena el reparto del 50% de los honorarios.

- Se decretan las pruebas pedidas por las partes y las que considere de oficio.

Esta audiencia marcaba el inicio del término de duración del proceso arbitral.

1.10 Audiencias de pruebas, en que se practican todas, tanto las pedidas por las partes como las que fueran decretadas de oficio por los árbitros.

1.11 Audiencia de alegaciones.

1.12 Audiencia de fallo o juzgamiento, en que se profiere el laudo arbitral.

1.13 Petición de aclaración, adición o corrección del laudo.

1.14 Impugnación del laudo a través de recurso de anulación o revisión.

2. Sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002

Como lo decíamos anteriormente, en virtud de demanda de inexecutable de algunas normas que consagraban la posibilidad de que los Centros de Arbitraje y Conciliación conocieran y tramitaran esa parte inicial del proceso arbitral que comentamos, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002, en que declaró inexecutable tales normas por ser violatorias de la Constitución y concretamente del artículo 116 inciso cuatro, en cuanto establece que la función de administrar justicia la tienen no los centros de arbitraje sino los árbitros.

Entre los aspectos que abordó nuestro máximo tribunal constitucional en esa sentencia, merecen destacarse el marco constitucional del arbitramento, sus características

sobresalientes, la posibilidad de su regulación por el legislador y las funciones de los Centros de Arbitraje antes de la sentencia aludida.

La declaratoria de inexecutable cobijó normas no demandadas. En efecto, la Corte Constitucional en el fallo citado no se conformó con la declaratoria de inexecutable de las normas expresamente demandadas, configurativas de la denominada, en ese momento, “fase prearbitral”, sino que en su sentencia cobijó otras normas por considerarlas inherentes a la misma, al hacer parte de todo un sistema. Para ello invocó, lo que en otras oportunidades ha denominado “unidad normativa”.

Concretamente sobre este trámite inicial y la instalación del tribunal de arbitramento, expresó lo siguiente:

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

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

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

Con base en estos precisos argumentos dicha sentencia declaró executable e inexecutable algunas normas que se encuentran extractadas en la parte resolutive que dice así:

“1. ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-592 de 1992, respecto del artículo 13 y de los ordinales 1º, 2º, 5º y 6º del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, adoptados como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998.

“2. Declarar EXECUTIBLE el numeral 3º del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998, y cuyo contenido fue modificado por la Ley 446 de 1998, en el entendido que, en desarrollo del principio de habilitación (C.P., art. 116), la expresión “en caso contrario el centro designará a los árbitros” es aplicable si las partes lo han autorizado previa y expresamente.

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

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

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

3. Trámite del proceso arbitral después de la sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002 de la Corte Constitucional

Advertíamos que luego de expedida la sentencia mencionada, todo parecía indicar que estando la totalidad del trámite del proceso arbitral en manos de los árbitros, la aplicación normativa sobre el particular se depuraría y por lo mismo, las partes involucradas en el proceso, solo se atenderían al criterio único de los árbitros.

En realidad no ha sucedido así, han pasado varios años y no ha sido posible que los juristas que funjan como árbitros unifiquen criterios en torno a la construcción de un proceso arbitral en todo el país, ni siquiera en cada uno de los Centros de Arbitraje individualmente considerados. Las inquietudes e interrogantes sobre la ubicación de diversas etapas del proceso han surgido y aún surgen al momento de tomar una decisión al respecto.

Con base en las directrices trazadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002 y otras pautas hermenéuticas, nos proponemos sentar nuestro criterio en torno a la solución de diferentes tipos de inquietudes que han surgido respecto al tema, para proponer como parte final un esquema de proceso arbitral que conjugue la lógica y respeto el debido proceso.

No hay duda ni discrepancia alguna en cuanto al alcance de la decisión contenida en la sentencia citada: los Centros de Arbitraje no pueden desde noviembre de 2002 ejercer funciones jurisdiccionales dentro del proceso arbitral. En esa línea de pensamiento no queda alternativa diferente a concluir que la labor de tales centros es eminentemente administrativa, de apoyo logístico.

En ese sentido a tales centros no le queda actividad diferente a recibir la solicitud de convocatoria (demanda), custodiarla, es decir, guardarla hasta entregarla a los árbitros, apoyar a las partes en la labor de integración del tribunal, es decir de nombramiento de los árbitros y finalmente prestar apoyo logístico a la labor de los árbitros durante el desarrollo de todo el proceso.

Miradas así las cosas, parece sencillo concluir que el proceso arbitral se puede orientar por la misma normatividad hoy existente y que sobrevivió a la sentencia mencionada, solo que todo el trámite del proceso, desde la admisión de la solicitud de convocatoria, admisión, traslado y demás hasta llegar al laudo arbitral, debe evacuarse con la dirección de los árbitros; por lo tanto solo se exceptúa lo dicho anteriormente.

Pero el asunto es más complejo, pues el contenido del diseño normativo existente genera algunas inquietudes que es preciso dilucidar.

Examinaremos esos interrogantes en el mismo orden en que se desarrolla el proceso arbitral, partiendo del presupuesto de que los aspectos no mencionados por el suscrito son claros hasta el punto de que se encuentran desprovistos de toda discusión.

3.1. La designación de los árbitros.

La pauta básica de nombramiento de árbitros se encuentra en el mutuo acuerdo de las partes en conflicto; si este acuerdo se da, serán estos árbitros los que conocerán del proceso arbitral y lo fallarán. Las partes son, por excelencia, las llamadas a seleccionar y designar los árbitros que dirimirán su conflicto, en consideración a la confianza que le merezcan por razones de idoneidad, seriedad, agilidad y demás factores. En este escenario el Centro de Arbitraje se limita a cumplir funciones de apoyo para la integración del tribunal y en tal sentido convoca a una audiencia.

Las partes también pueden delegar en un tercero dicha designación, caso en el cual será ese tercero quien lo hará.

Si se produce la frustración del nombramiento de los árbitros, sea porque las partes no llegaron a un acuerdo, porque las partes acordaron pero los árbitros no aceptaron, porque el tercero delegado no cumple su misión de nombrar o porque a pesar de cumplirla los árbitros no aceptan, el nombramiento lo hace el Juez Civil del Circuito escogiéndolos de las listas de los Centros de Arbitramento, mediante un trámite breve y sumario, solución ésta que no consagra norma alguna sino que viene planteada por la Corte Constitucional en su sentencia C-1038 del 28 de noviembre de 2002, al indicar:

“... Lo que sucede es que subsiste una disputa entre ellas sobre la designación concreta de los árbitros. Pero esa controversia no afecta el pacto arbitral como tal. Se trata pues de una cuestión que debe ser resuelta, y como ésta tiene que ver con el acceso a la justicia arbitral, se entiende que, conforme a los criterios desarrollados anteriormente en esta sentencia (Cfr. supra fundamento 17), la decisión de ese asunto representa el ejercicio de una función judicial. Ahora bien, como la regla general es que la función judicial es ejercida por los jueces (C.P., art. 116), y sólo excepcionalmente por los particulares o por las autoridades administrativas, entonces se entiende que esta controversia debe ser dirimida por un juez, pues ninguna disposición atribuye su solución a una autoridad diversa a la judicial. Y como el artículo 12 del estatuto procesal civil señala que corresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuido por ley a otras jurisdicciones, entonces es claro que esta controversia debe ser decidida por los jueces civiles, y específicamente a los jueces civiles del circuito, pues éstos conocen de los asuntos que no estén atribuidos a otro juez (CPC, art. 16). Esto muestra pues que, conforme a la legislación vigente, y en desarrollo de la decisión de exequibilidad condicionada de esta sentencia, en los casos en que las partes no logren ponerse de acuerdo sobre los árbitros, ni hayan delegado directa o indirectamente en el centro de arbitramento la designación de los mismos, corresponderá a la parte interesada dirigirse al juez civil del circuito para que éste, a través de un trámite breve y sumario, proceda a realizar dicha designación, de conformidad con las listas de los centros de arbitramento, a fin de asegurar la eficacia del correspondiente pacto arbitral. Como es obvio, en desarrollo del principio de habilitación, el juez deberá intentar respetar al máximo la voluntad de las partes”.

En la práctica se han presentado no pocas dificultades cuando las partes se encuentran en situaciones como ésta, que han dado motivo a dilaciones injustificadas.

Algunos jueces han fijado un alcance equivocado a la solución planteada por la Corte Constitucional, en la sentencia citada, cuando ordena que "... corresponderá a la parte interesada dirigirse al juez civil del circuito para que éste, **a través de un trámite breve y sumario**, proceda a realizar dicha designación, de conformidad con las listas de los centros de arbitramento, a fin de asegurar la eficacia del correspondiente pacto arbitral. Como es obvio, en desarrollo del principio de habilitación, el juez deberá intentar respetar al máximo la voluntad de las partes". (Las negrillas no corresponden al texto).

Algunos jueces han llegado al extremo absurdo de darle a este simple tema el trámite de un proceso ordinario, cuando lo que quiso la Corte es buscar un camino expedito para desembarazar el trámite arbitral en esta primera estación del proceso.

Compartimos el criterio del maestro Hernán Fabio López Blanco⁵ cuando afirma que el trámite de designación de los árbitros por parte del Juez Civil del Circuito constituye una simple diligencia de requerimiento y jamás un proceso.

Entre las razones que expone el tratadista están los antecedentes legislativos sobre el tema, desde la ley 2ª de 1938, pasando por el decreto 1400 de 1970, decreto 2279 de 1989, ley 23 de 1991, el decreto 2651 de 1991 hasta llegar a la ley 446 de 1998. El autor, luego de relatar estos antecedentes llega a las siguientes conclusiones:

"Destaco que la H. Corte Constitucional es clara en advertir que se trata de **"un trámite"** ante la justicia civil, **no un proceso** como se podría ligeramente pensar y que de llegar a aceptarse esa posibilidad, llevaría a la ilógica situación de tener que adelantar un proceso ordinario, pues no existe un sistema procesal asignado para el efecto, dado que no se tipifican los procesos breves y sumarios, lo que llevaría a esperar, un plazo no inferior a ocho años, si se contempla la posibilidad de la casación, y evidencia lo absurdo de la solución que vendría así a "premiar" la conducta de la parte reticente e incumplida y a desnaturalizar la esencia del pacto que ella suscribió en donde se quería una solución pronta e inmediata en caso de controversia judicial.

"Se observa que, en últimas, como consecuencia de la aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional que la justicia civil, el Juez Civil del Circuito retomó la posibilidad de adelantar la diligencia de requerimiento para designar árbitros y, si no se logra el acuerdo porque las partes que concurren no llegan al mismo **o una deja de asistir**, lo que es una tácita manifestación de no estar interesada en ese acuerdo, el juez procede de inmediato a designar los árbitros, de ahí el objeto de esta solicitud debe estar encaminada a que el juez requiera a la otra parte para que en la diligencia se ponga de acuerdo con la que lo cita para hacer las designaciones y, si así no sucede, de inmediato, en la misma actuación, el juez nombra los que correspondan".

3.2. Determinación de la competencia del Tribunal para operar.

Antes de la expedición de la sentencia C-1038 de 2002 la competencia del Tribunal era un tema incluido dentro de la primera audiencia de trámite, por cuanto sólo en momento anterior reciente a esa fecha era que los árbitros intervenían en el proceso.

⁵ López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil, Parte Especial*, 8ª ed., t. II, Bogotá, Edit. Dupré, 2004, p. 771.

Hoy, luego de la expedición de la sentencia C-1038 de 2002 de la Corte Constitucional, el asunto debe variar de enfoque, por cuanto, como lo hemos anotado, los árbitros toman el proceso arbitral desde su inicio.

En efecto, en la actualidad los árbitros empiezan a cumplir funciones jurisdiccionales relacionadas con el trámite del proceso arbitral desde la admisión misma de la solicitud de convocatoria (demanda) y es obvio que desde ese momento, tal como acontece con los jueces ordinarios, se analice y decida, es decir, se haga un pronunciamiento expreso sobre la competencia del Tribunal para conocer del asunto que ha sido sometido a su consideración por la parte convocante.

El hecho de que la ley arbitral⁶ señale que la competencia se debe determinar por los árbitros durante la primera audiencia de trámite, no quiere decir, que los árbitros deban esperar hasta ese momento para calificarla, pues con ello se perdería precioso tiempo y por lo mismo desgaste de la administración de justicia por particulares.

No existe ningún tipo de reparo en que los árbitros, desde el inicio de la actuación procesal, estudien y analicen si son competentes o no para conocer de la solicitud de convocatoria (demanda) presentada por el convocante, pues desde ese momento deben existir datos o información suficientes para ello.

Para determinar la competencia del Tribunal de Arbitramento no existen las reglas definidas de que gozan los jueces del estado y que se encuentran contenidas en los artículos 12 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Acá la competencia se determina agotando el estudio de los siguientes factores:

1. Si el asunto sometido a los árbitros es transigible o no, por cuanto la misma definición de arbitraje señala que "... es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral".

2. Comparando el pacto arbitral (cláusula compromisoria o compromiso) que es la fuente esencial de la competencia, con los asuntos planteados en la solicitud de convocatoria (demanda), pues el principio de la habilitación señala que los árbitros solo pueden conocer de los asuntos para los cuales se les facultó mediante el pacto arbitral.

Esta es la razón por la cual la norma relacionada con la primera audiencia de trámite señala a los árbitros la obligación de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a su decisión.

Insistimos en que este ejercicio se puede hacer antes de admitir la demanda y como requisito previo para ello; es más, debió hacerse previamente por el Centro de Arbitraje y Conciliación al momento de recibir la solicitud de convocatoria, aunque no haya hecho pronunciamiento alguno sobre el punto por carecer de funciones jurisdiccionales.

Estimamos que el estudio sobre competencia debe hacerse antes de admitir la solicitud de convocatoria y como requisito previo para hacerlo, porque los jueces ordinarios así lo hacen y en ese momento. De allí que el tema de la falta de jurisdicción o de competencia esté erigida como causal de excepción previa y como de nulidad⁷, pues es claro que su reclamo

⁶ Colombia, Presidencia de La República, Decreto 1818 de 1998, Artículo 147.

⁷ Colombia, Congreso de La República, Decreto 2279 de 1989, Artículos 97 y 140.

se hace desde el inicio del proceso por cuanto implica un error o vicio de carácter procedimental al admitir la demanda y por lo mismo al asumir el conocimiento del proceso.

El mismo estudio deberá hacerse más adelante si la parte convocada decide hacer uso del derecho de presentar demanda de reconvenición, caso en el cual podrá hacerse un reajuste en materia de honorarios y gastos.

Hecho lo anterior, al llegar la primera audiencia de trámite ya el punto de la competencia está suficientemente definido y decantado hasta el extremo que se vuelve sencillamente una reiteración de lo ya resuelto desde el inicio del proceso, simplemente con el ánimo de llenar el requisito consagrado en norma legal hoy vigente.

3.3. Honorarios de árbitros, secretario y gastos de funcionamiento del Tribunal.

En este concreto aspecto encontramos básicamente cuatro temas de interés: el primero relacionado con el momento en que deben fijarse dentro del proceso arbitral; el segundo, cuales son las bases o parámetros que deben tenerse en cuenta para determinarlos; el tercero, la consignación total de los mismos y en cuarto lugar el momento de recibirlos por parte de los árbitros dentro del proceso arbitral.

Momento en que deben fijarse o señalarse dentro del proceso arbitral.

En el sistema anterior a la expedición de la sentencia C-1038 de 2002 de la Corte Constitucional no había ninguna duda al respecto, pues los honorarios se fijaban en la audiencia de instalación del Tribunal una vez los árbitros se organizaban corporativamente; allí mismo se podía discutir sobre los mismos por vía de recurso de reposición y se concedía a las partes el término pertinente para su consignación.

La explicación era sencilla: solo en ese momento entraban en escena los árbitros, no obstante que ya en el proceso se había trabado la litis e inclusive se había superado la etapa de conciliación entre las partes.

Ahora que los árbitros actúan en el proceso arbitral desde su inicio, es natural que las cosas no deben funcionar de la misma manera.

Aunque pueden ser muchos los criterios que pueden adoptar los árbitros, en razón de su independencia y autonomía, existen básicamente dos posiciones: una considera que los honorarios y gastos del tribunal deberán fijarse inmediatamente entre los árbitros en funciones, con base en la cuantía señalada en la solicitud de convocatoria, con la posibilidad de reajustarlos posteriormente y, la otra corriente estima que los mismos deberán fijarse una vez trabada la litis.

Entre los primeros se encuentra el tratadista Hernán Fabio López Blanco⁸ quien rectificando su criterio inicial, considera que los honorarios y gastos deben fijarse una vez los árbitros se encuentran instalados, es decir, ejerciendo sus funciones como tales. Al respecto dice el citado tratadista:

“Con relación a este aspecto ha surgido el interrogante atinente a si es conveniente hacer la fijación de honorarios en esta oportunidad o si es más adecuado esperar a que surta el trámite inicial ahora a cargo de los árbitros. En efecto hasta antes de la sentencia de

⁸ López Blanco, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil, Parte Especial*, 8ª ed., t. II, Bogotá, Edit. Dupré, 2004, p. 775.

inexequibilidad en esta etapa procesal se les entregaba a los árbitros la actuación inicial completa adelantada por el centro, es decir la demanda, su respuesta, la reconvencción si la hubo y así estos contaban con una guía precisa para efectos de señalar el monto de sus honorarios. Ahora con lo único que cuentan es con la demanda, de manera que son dos las posibilidades, ambas plenamente aplicables frente a la situación, de modo que se debe optar por la que se muestre como la más práctica.

“La primera señala que los costos del Tribunal se fijarán tal como antes se hacía, es decir en la audiencia de instalación y tan sólo después de pagados los mismos, proceder a la admisión de la demanda y demás trámites, con la advertencia de que existe la posibilidad de reajuste de ellos. La segunda, recomienda no hacerlo aún, proceder a la admisión de la demanda y una vez vencidos los trámites propios de esta etapa entonces sí señalar los honorarios.

“Inicialmente me mostré partidario de la segunda solución por cuanto es lo cierto que en ese momento ya se cuenta con las bases completas para realizar un adecuado señalamiento del costo del tribunal, cuyos honorarios y gastos no dependen exclusivamente de la cuantía sino también de la índole de la labor, en especial las pruebas a practicar. Empero, razones prácticas me han llevado a apoyar la primera solución, la de proceder en la audiencia de instalación a hacerlo y, de ser el caso, poderlos reajustar más tarde.

“Ciertamente si en la audiencia de instalación se prescinde de la fijación de los costos del tribunal, y en su lugar se entra primero a admitir la demanda y surtir los demás pasos propios de esta etapa inicial y posteriormente se fijan los mismos, puede suceder que no se haga la consignación y cese en sus funciones el tribunal; en cambio, de proceder en la forma usual, si se da esta alternativa y las partes pagan, ya se cuenta con una base cierta para saber que se adelantará el proceso arbitral, de modo que es mejor una vez hechos los pagos proceder, de ser el caso, realizar todos los pasos que antes ejecutaba el director del centro”.

Esta misma tesis es sostenida por el doctor Jorge Hernán Gil Echeverry⁹ quien manifiesta que

“Dentro de esta audiencia de instalación el tribunal deberá prever lo referente a gastos del tribunal y honorarios de los árbitros y del secretario, para lo cual deberán fijarse los emolumentos correspondientes”.

La otra tesis sostenida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁰, estima que la fijación de los honorarios y gastos debe fijarse una vez se encuentre trabada la litis:

“..., es irrefutable que la fijación de honorarios y de gastos, es un acto que el Tribunal debe adelantar después de establecida, in integrum, la relación jurídico-procesal, es decir, luego de admitida la demanda y de materializada su contestación y, si fuere el caso, después de aceptada la demanda de reconvencción y de contestada la misma. De esta manera, si las partes no consignan la totalidad de honorarios y de expensas el Tribunal deberá declarar extinguidos los efectos del compromiso y de la cláusula compromisoria “para este caso”, es decir, para el litigio planteado tanto en la demanda principal, como en la de mutua petición, y no solo para una de ellas, toda vez que, como se acotó, el “caso”

⁹ Gil Echeverri, Jorge Hernán. *Nuevo Régimen de Arbitramento*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Cámara de Comercio de Bogotá, 2004, pp. 208 a 246.

¹⁰ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de tutela del 10 de febrero de 2005, magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar, expediente T-11001220300020004-01000-01.

está referido a la totalidad de las controversias planteadas por las partes en los distintos actos procesales que le son propias dentro de la llamada fase de postulación.

“Una interpretación distinta se aparta de los dictados legales, pues, a riesgo de incurrir en tautología, es evidente que los árbitros no deben fijar honorarios con la sola admisión de la demanda, siendo menester esperar a que el demandado ejerza su legítimo derecho a la defensa y, si fuere el caso, su derecho de acción dentro del mismo proceso, a través de la demanda de reconvencción, la que además, también debe ser dada en traslado al demandante reconvenido. Entonces, no pueden señalarse honorarios adicionales por haberse formulado demanda de mutua petición, dado que aquellos, los liminares, deben cuantificarse con miramiento en las demandas que hayan formulado las partes”.

Esta tesis también viene sostenida por el Ministerio del Interior y de Justicia en su línea institucional¹¹.

Particularmente me identifico con el primer criterio pues si la fijación de honorarios y gastos del Tribunal se hace desde el inicio, a partir de allí existe la certeza de que el tribunal de arbitramento sesionará y fallará el conflicto, pues se sabe de antemano si las partes consignaron o no los mismos.

Además, se evita un desgaste tanto del Centro de Conciliación y Arbitraje (en cuanto a la parte logística) como de los árbitros que administran justicia y el secretario, quienes pueden desplegar un trabajo de meses arrancando e impulsando el proceso, desde la admisión de la demanda, término para contestación, trámite de recursos de reposición contra las providencias que se dicten, trámite de demanda de reconvencción y demás. Es claro que hay partes que, no obstante hayan iniciado el proceso arbitral, de antemano están convencidas, sea cualquiera el motivo, de que no consignarán los costos del tribunal y simplemente utilizan el trámite arbitral para efectos de dejar sin efectos el pacto arbitral y así tener expedita la vía hacia la justicia ordinaria.

Sin embargo, recientemente, se expidió el decreto número 1000 del 30 de marzo de 2007 relacionado con el marco tarifario que rige los Centros de Conciliación y Arbitraje. El artículo 13 de ese decreto, siguiendo de cerca el criterio de la Corte Suprema de Justicia, ya mencionado, dispone textualmente sobre el tema que nos ocupa lo siguiente:

“Para efectos de la liquidación de la tarifa de arbitraje a que se refiere el artículo 11 del presente decreto, el tribunal de arbitramento se fundamentará para la liquidación de las tarifas en la cuantía de las pretensiones del conflicto, es decir, después de establecida la relación jurídica procesal, de admitida la demanda y materializada su contestación, y si fuere el caso, después de aceptada la demanda de reconvencción y de contestada la misma”.

No obstante estar identificado con el señalamiento de los honorarios de árbitros y gastos del tribunal desde la fase inicial del proceso arbitral, estimo que con la entrada en vigencia de esta norma, hoy es claro que el momento se da una vez trabada la litis, es decir, haberse definido el tema de pretensiones de las partes y sus cuantías.

Bases o parámetros que deben tenerse en cuenta para determinar o fijar los honorarios de árbitros, secretario y gastos de funcionamiento del Tribunal.

El proceso arbitral es por naturaleza una forma de administración de justicia por particulares de manera transitoria y onerosa.

¹¹ Colombia, Ministerio del Interior y de Justicia, concepto del 5 de julio de 2005, OFI05-6763-DAJ-0500.

El artículo 123 del decreto 1818 de 1998 realiza una clasificación del proceso arbitral atendiendo el parámetro cuantía y en tal sentido señala que "... son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales superiores a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales y de menor cuantía los demás;..." destacando que en los últimos no se requiere de abogado y salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro será único. Finaliza la norma diciendo que "Los que no versen sobre derechos patrimoniales, se asimilan a los de mayor cuantía".

Por otro lado, ya expresamos que la continuidad y finalización del proceso arbitral depende de que las partes consignen en tiempo las sumas de dinero que los árbitros señalen por concepto de honorarios que remuneran su trabajo, la de su secretario y los costos de funcionamiento del tribunal. Este aspecto viene regulado en los artículos 143, 144 y 145 del decreto 1818.

Fuera de estas normas el estatuto arbitral no contiene una regulación orgánica sobre cuáles son los parámetros que deben tenerse en cuenta para que los árbitros señalen el monto de los honorarios y gastos que se causen en el respectivo tribunal; simplemente se ajustan a unas tarifas que tienen aprobadas los respectivos centros de conciliación y arbitraje y sobre esa base los señalan.

El doctor Jorge Hernán Gil Echeverri¹² sostiene que "Respecto al arbitraje institucional, así la ley no lo diga, obligatoriamente se aplicarán las tarifas previstas en el reglamento del respectivo centro de arbitraje...".

Es importante resaltar que el inciso segundo del artículo 13 de la ley 1000 de 2007 determinó unos parámetros para efectos de determinar la cuantía dentro del proceso arbitral que, a su turno, sirva de base o soporte para liquidar las tarifas ya mencionadas.

Dicha norma establece la prohibición de acumular o sumar cuantías de las pretensiones de la solicitud de convocatoria con las de la demanda de reconvención, pues en el evento de que ello ocurra, se tendrá en cuenta el mayor valor. Dice textualmente la norma así:

"En todos los casos, para liquidación de la tarifa de arbitraje se tendrá en cuenta el mayor valor de la sumatoria de las pretensiones de la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento o la sumatoria del valor de las pretensiones de la reconvención; no se sumarán los valores de las pretensiones de la solicitud de convocatoria y reconvención".

La aplicación de esas tarifas no tienen complicación alguna cuando las pretensiones de la solicitud de convocatoria señalan una cuantía definida, pues las tarifas de los honorarios de los árbitros, secretario y costos de funcionamiento se orientan por esa cifra.

La dificultad se presenta cuando ello no ocurre, porque se trata de pretensiones que no llevan envuelta una cuantía, como puede ocurrir con un conflicto relacionado con la interpretación de un contrato, la restitución de un inmueble arrendado o la disolución de una sociedad. En estos eventos, todo parecería indicar que se aplica la norma que dice "Los que no versen sobre derechos patrimoniales, se asimilan a los de mayor cuantía", lo que no es correcto, puesto que en todos los casos mencionados existe de por medio y en el fondo un derecho patrimonial involucrado.

¹² Gil Echeverri, Jorge Hernán, *Nuevo Régimen de Arbitramento*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Cámara de Comercio de Bogotá, 2004, p. 209.

Aunque la doctrina ni la jurisprudencia arbitral han desarrollado una teoría sobre el tema, creemos que en la medida de lo posible, son aplicables por los árbitros, los criterios que para determinación de cuantía señala el Código de Procedimiento Civil, en el capítulo sobre competencia concretamente en el artículo 20.

Así tenemos que, si se trata de una solicitud de convocatoria que tenga como finalidad la restitución de un bien inmueble arrendado, no vemos inconveniente alguno en que la cuantía sea "... el valor actual de la renta durante el término pactado inicialmente en el contrato, y si fuere a plazo indefinido, por el valor de la renta del último año...".

En conclusión, para efectos de determinación de la cuantía de las pretensiones en aras de señalar cuantía de honorarios y gastos del Tribunal de Arbitramento, existe autonomía de los árbitros, pero pueden orientarse por algunas reglas específicas que contiene el estatuto procesal civil y finalmente por su criterio, siempre que sea lógico, razonable y equitativo, para lo cual es recomendable una sustentación de la providencia que los señale que determine las bases y el procedimiento para llegar a ellos.

En todo caso, si una o ambas partes no están de acuerdo con el monto de los honorarios y gastos fijados, pueden reclamarlo por vía de recurso de reposición que deberá resolverse allí mismo y si los árbitros confirman su señalamiento les queda a las partes la opción de no consignarlos dentro del tiempo que señala la ley y de esta manera se extinguen los efectos del pacto arbitral para este caso y quedan en absoluta libertad para acudir a la justicia ordinaria¹³.

La consignación de los honorarios y gastos debe ser total entre convocante y convocado.

Podría sostenerse que las partes dentro del proceso arbitral estarían obligadas a consignar el monto de los honorarios y gastos fijados por el Tribunal de Arbitramento en la misma proporción de sus respectivas reclamaciones, si por ejemplo la parte convocante demandó por determinada suma y la parte convocada a su turno, por vía de demanda de reconvencción, reclamó una superior.

La ley arbitral no hace esa distinción pues simplemente ordena que las partes deberán consignar dentro de los diez (10) días siguientes lo que a cada una corresponda, lo que equivale a la mitad del total señalado.

Si una de las partes no consigna la que le corresponde y la otra sí, la sanción es para las dos: extinción de los efectos del pacto arbitral para ese caso y por lo mismo el proceso arbitral allí termina, quedando las partes en libertad de acudir a la justicia ordinaria. No pueden los árbitros, bajo ningún punto de vista, continuar con el proceso arbitral para tramitar la demanda de quien si consignó y no acceder al trámite de la demanda del no consignante, pues ello configuraría un fraccionamiento del proceso arbitral que la ley no permite, pues configuraría una vía de hecho, violatoria, por lo mismo, del derecho fundamental al debido proceso y de defensa.

En una acción de tutela que se presentó por una decisión equivocada en tal sentido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de fecha 10 de febrero de 2005 con ponencia del Magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar, amparó los derechos al debido proceso y de defensa del accionante, por cuanto a éste se le negó el

¹³ Colombia, Presidencia de la República, Decreto 1818 de 1998, Artículos 142 numeral 4º, y 144.

trámite de demanda de reconvención solamente y declaró extinguidos los efectos del pacto arbitral en cuanto a la misma y no en cuanto a la demanda inicial; como consecuencia la Corte dejó sin valor ni efecto la decisión que negó el trámite de dicha demanda. Para ello, dicha corporación planteó, entre otros los siguientes argumentos:

“Desde esta perspectiva, también es forzoso concluir que los árbitros no pueden provocar los efectos previstos en el inciso final del artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, consistentes en extinguir los efectos del pacto arbitral, únicamente para la demanda de reconvención, pues esa consecuencia fue prevista por el legislador de forma omnicompreensiva, es decir, en relación con las demandas principal y de reconvención. O los árbitros conocen de todos los asuntos planteados por las partes en sus respectivas demandas –en tanto ligados a la materia de que trata el compromiso o la cláusula compromisoria–, o no conocen de ninguno,…”.

“Por último, se insiste, como la demanda inicial y la de reconvención son dos caras de una misma moneda, no se remite a duda que su trámite separado puede romper el principio –ciertamente relativo– de la continencia de la causa, amén de afectar el derecho de defensa, razón que inspira a la norma, lo que impide arribar a la conclusión a que llegó el Tribunal de Arbitramento”.

Momento en que los árbitros pueden recibir el monto de los honorarios por su trabajo como administradores de justicia temporal.

El artículo 145 del decreto 1818 de 1998 señala que una vez consignadas las sumas correspondientes por concepto de honorarios de árbitros y secretario y declarada la competencia del Tribunal se entregará a éstos el cincuenta por ciento de la suma que le correspondiere a cada uno y el resto quedará depositado en la cuenta abierta para el efecto por el Presidente, de tal manera que éste distribuirá el saldo una vez terminado el arbitraje por voluntad de las partes o por ejecutoria del laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente.

Esto fue manejado así hasta antes de la sentencia C-1038 de 2002 de la Corte Constitucional, por cuanto en el momento en que se declaraba la competencia de los árbitros apenas habían entrado a cumplir sus funciones como tal.

Ahora que su trabajo inicia desde la admisión de la demanda y que los honorarios pueden ser fijados una vez trabada la litis, no vemos inconveniente alguno en que el cincuenta por ciento (50%) de los mismos sea entregado a los árbitros una vez se consignen en su totalidad, pues para ese momento ya los árbitros tienen clara su competencia. En cuanto al saldo si continúa vigente la prerrogativa de terminación del proceso arbitral prevista en la ley.

Si por cualquier motivo, los árbitros posteriormente en el proceso dan reversa a la declaratoria de su competencia, quedan obligados a devolver las sumas recibidas por concepto de honorarios, pues éste cincuenta por ciento (50%) está supeditado a que se mantenga la competencia.

3.4. Momento de decretarse las medidas cautelares.

En el proceso arbitral solo son procedentes las medidas cautelares de inscripción del proceso en cuanto a los bienes sujetos a registro y el secuestro de bienes muebles, cuando la controversia recaiga sobre dominio u otro derecho real principal sobre bienes muebles o

inmuebles, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta, o sobre una universalidad de bienes¹⁴.

La norma mencionada expresa que tales medidas cautelares se ordenarán a petición de cualquiera de las partes "... al asumir el tribunal su propia competencia, o en el curso del proceso,...".

En aparte anterior habíamos dicho que hoy la competencia del Tribunal debe fijarse por los árbitros desde el inicio del proceso, inclusive antes de admitir la solicitud de convocatoria o demanda, pues actúan desde el inicio del proceso.

Consecuente con este criterio es concordante, entonces, concluir, que el decreto de las medidas cautelares ya mencionadas, pueden hacerla los árbitros después que asuman la competencia en el sentido planteado y durante el curso del proceso, máxime si se trata de medidas cautelares preventivas que buscan no tornar ilusorio el eventual cumplimiento del laudo que se dicte en el proceso.

Estimo que estos son algunos de los principales aspectos que inquietan a los árbitros al momento de referirse a ellos dentro del trámite del proceso arbitral.

Convoco a todos los abogados que nos corresponde la noble tarea de administrar justicia de manera transitoria como árbitros, para que seamos abiertos en la concepción y el manejo de las normas sobre el particular, en aras de no convertir el proceso arbitral en una maraña de trámites inoficiosos sin ninguna utilidad práctica, que solo conduce a denegar justicia. Tengamos en cuenta que con este tipo de interpretaciones no se violan derechos fundamentales, como el debido proceso, la defensa, etc., así como tampoco se incurre en causal de anulación o revisión del laudo arbitral.

4. Conclusiones

Debemos partir del presupuesto de que resulta sumamente difícil y casi imposible lograr unificar criterios sobre cómo quedó diseñado el proceso arbitral colombiano luego de expedida la sentencia C-1038 de 2002 de la Corte Constitucional, pues aún antes de ella, disponíamos en el país de un procedimiento armado con legislación dispersa tanto en su confección como en el tiempo, hasta el punto de que debíamos realizar un esfuerzo enorme para entender la estructura de dicho proceso.

La sentencia de la Corte Constitucional ya citada, aunque fue clara en su motivación y sus objetivos, produjo como efecto inmediato que se complicó aún más la organización de dicho proceso, pues si aplicamos al pie de la letra la legislación que subsistió a la declaratoria de inexequibilidad, ese parámetro no es coherente con la agilidad que debe caracterizar la institución del arbitraje y a los mecanismos alternativos de solución de conflictos en general.

Es importante, entonces, entender que ahora el esquema arbitral debe concebirse y aplicarse de una manera diferente a como existió en el pasado, pues tal como se reitera a lo largo de este trabajo, los árbitros entran en escena desde el inicio mismo del trámite arbitral y no en un estado avanzado del mismo como ocurrió antes.

¹⁴ Colombia, Congreso de la República, Decreto 1818 de 1998, Artículo 152 que corresponde al artículo 32 del decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 4, literal a) por el artículo 110 de la ley 23 de 1991.

Nuestras apreciaciones sobre los aspectos puntuales que tratamos, además de ser fundamentales, ágiles y coherentes con una buena práctica arbitral, no cercenan derechos fundamentales de las partes en el proceso, como el debido proceso. Por el contrario define las reglas del juego del citado proceso desde un principio, evitando así un desgaste innecesario de todos los involucrados en el asunto, como partes, terceros, árbitros y demás.

En esa línea de pensamiento sugerimos un proceso arbitral con la siguiente estructura básica:

1. Presentación de solicitud de convocatoria.
2. Integración del Tribunal de Arbitramento por conducto del Centro de Arbitraje, es decir, nombramiento de los árbitros utilizando los mecanismos ya mencionados y elección de presidente y secretario del mismo.
3. Instalación del Tribunal de Arbitramento que implica la entrega a los árbitros de la documentación recibida por el Centro de arbitraje hasta ese momento, que básicamente es la solicitud de convocatoria y sus anexos.
4. Auto admisorio, traslado de la demanda y su controversia; aquí va implícita la determinación de una competencia por lo menos preliminar.
5. Defensas de la parte convocada: contestación de demanda y demanda de reconvencción y su trámite.
6. Fijación de honorarios, gastos, señalamiento de término para su consignación por las partes y las vicisitudes de ésta.
7. Audiencia de conciliación, que puede terminar con acuerdo o no. En el primer caso el proceso arbitral termina y en el segundo continua.
8. Primera audiencia de trámite en la cual se confirma o reitera la competencia del Tribunal y se decretan las pruebas.
9. Audiencias de práctica de pruebas.
10. Audiencia de alegatos.
11. Audiencia en que se profiere el laudo arbitral.

ADMINISTRATIVO

LA JURISPRUDENCIA A LA SINIESTRA DE DIOS PADRE

Transgresión del derecho fundamental de acceso a la justicia emanada de la exigencia de identidad entre lo solicitado en vía gubernativa con lo planteado ante Jurisdicción Contenciosa Administrativa

Dr. JUAN JORGE ALMONACID SIERRA

Fecha de recepción: 2 de mayo de 2007 – Fecha de aceptación: 18 de mayo de 2007

Resumen

La tradicional tesis jurisprudencial de que el agotamiento de la vía gubernativa no es una exigencia meramente formal que se llene simplemente con la interposición de unos recursos contra los actos de la Administración, sino que por el contrario, es un requisito sustancial que exige identidad entre lo solicitado en vía gubernativa con lo planteado ante Jurisdicción Contenciosa, es sometida a un análisis crítico en el que, luego de hacer un repaso sobre su origen y desarrollo más reciente, se concluye que los intérpretes de la Ley, haciendo gala de su discrecional capacidad creadora, han erigido una senda barrera hermenéutica que impiden el acceso a la administración de la justicia y niegan la garantía de contar con una sentencia en la que se haga un pronunciamiento de fondo sobre los problemas que surgen cotidianamente entre los habitantes del país y las autoridades del Estado colombiano, interpretación que se arraigó profundamente en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, hasta tal punto que subsistió al desvanecimiento del soporte legislativo del que emanó.

Palabras Claves: Administración de justicia, hermenéutica jurídica, asistencia técnica jurídica, nulidad del acto administrativo, agotamiento de la vía gubernativa.

Abstract

Overview and critical analyze about the jurisprudential thesis according to claiming previously the rights to the administrative authorities is not just a formal requirement that may be fulfill expressing general disagreement against administration acts but must to exist identity between the request submit tho administrative authorities and the claim submit before the judiciary branch. The study of this discretionary interpretation brig to conclude that despite having lost any legal support, has become an important obstacle to access the administration of justice, depriving the citizens of the right to have a judicial decision settling the conflicts between they and the publics authorities.

Key Words: Administration of justice, artificial hermeneutics, artificial technical attendance, nullity of the administrative act, exhaustion of the governmental road.

“¿Quién sos vos?”, le dijo el Diablo. “Yo soy un pobrecito del mundo qui ando puaquí embolatao. Me dijeron qu’estaba en carrera de salvación, pero a yo no mi han recibido indagatoria ni nadie si ha metido con yo”.

(En la Diestra de Dios Padre, Tomás Carrasquilla).

1. Introducción.

Según cuenta el escritor antioqueño Tomás Carrasquilla (1858-1940), luego de que dejara al Patas llorando a moco tendido por haber perdido treinta y tres mil millones de almas en las diecisiete partidas de tute que jugaron en el Infierno, el Padre Eterno le concedió a Peralta, hombre generoso y caritativo que ayudaba a todo aquel que se le ponía en frente, la

oportunidad de escoger el puesto que ocuparía en el Cielo, elección que ejerció brincando, con la agilidad propia de los bienaventurados, al mundo que tiene el Padre en su diestra.

En el ámbito jurídico, igualmente se nos ha “*dicho*” que la acción estatal está limitada por los principios de legalidad y de responsabilidad y que por tal razón la Jurisdicción Contencioso Administrativa está instituida para la protección del administrado mediante el control sobre la actividad arbitraria o abusiva del Estado. Sin embargo, a diferencia de los deseos concedidos al personaje de Carrasquilla, esta “*promesa de salvación jurídica*” viene siendo sistemáticamente incumplida, ya no por el legislador, sino por los intérpretes de la Ley, quienes haciendo gala de su discrecional capacidad creadora han erigido sendas barreras hermenéuticas que “*embolatar*” a los administrados impidiéndoles el acceso a la administración de la justicia y negándoles la garantía de contar con una sentencia en la que se haga un pronunciamiento de fondo sobre los problemas que surgen cotidianamente entre los habitantes del país y las autoridades del Estado colombiano.

Sin duda, “*la doctrina de los motivos y las finalidades*” y la “*tesis de la identidad entre lo solicitado en vía gubernativa con lo planteado ante Jurisdicción Contenciosa Administrativa*”, son dos emblemáticas barricadas interpretativas de este linaje.

La “*doctrina de los motivos y las finalidades*” ha tenido una amplia divulgación por haber estado en el ojo del huracán del enfrentamiento conocido periodísticamente como el “*choque de trenes*” del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, confrontación frente a la que muy seguramente Peralta recomendaría aplicar la regla de sabiduría popular según la cual antes de ocuparse de criticar la paja en el ojo ajeno hay que preocuparse por limpiar la viga en el ojo propio, pues mal puede el Consejo de Estado cuestionar a la Corte Constitucional por pretender reformar la Constitución Política al crear por interpretación “*la acción de inexecutableidad contra la jurisprudencia de los jueces*”, cuando desde hace varias décadas, también por interpretación, el Consejo de Estado ha pretendido y efectivamente ha reformado la Ley al instituir “*la doctrina de los motivos y las finalidades*” que sin duda alguna establece una carga ilegítima que afecta de manera grave el ejercicio de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y al debido proceso, al atribuirle a la acción de nulidad un carácter eminentemente restrictivo contrario al principio de promoción de la actividad judicial y al tenor y alcance del artículo 84 del C.C.A., tal y como lo destaca la sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002, proferida por la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil.

De ahí que al traspasar la línea media de la primera década del Siglo XXI es inaplazable que el Honorable Consejo de Estado haga una autocrítica para responder el siguiente interrogante: ¿Qué tan razonable y válido es el “*dogma*” jurisprudencial del contencioso administrativo según el cual el agotamiento de la vía gubernativa no es una exigencia meramente formal que se llene simplemente con la interposición de unos recursos contra los actos de la Administración, sino que por el contrario, por tratarse de un requisito sustancial, debe existir “*identidad*” entre lo solicitado en vía gubernativa con lo planteado ante Jurisdicción Contenciosa?

Con el propósito de contribuir en la búsqueda y construcción de una respuesta a este interrogante, a continuación se presenta un análisis crítico de la jurisprudencia sobre el debido agotamiento de la vía gubernativa, sustentado en buena parte en las minoritarias pero cualificadas voces disidentes que desde el seno del propio Consejo de Estado se han opuesto a que se le siga negando a las personas el acceso a la administración de la justicia.

2. Antecedentes: los rezagos del extinto juicio especial de revisión de impuestos.

Los Ex Magistrados del Consejo de Estado, Guillermo Chahín Lizcano y Jaime Abella Zárate, al salvar el voto respecto de la sentencia que profirió la Sala Plena el 6 de agosto de 1990, recalcaron que la desde siempre objetada doctrina de que *“no es posible impugnar ante los Jueces Administrativos aspectos no debatidos en la etapa de los recursos gubernativos”* tuvo origen en la interpretación de específicas normas referidas exclusivamente a las pruebas que podían aducirse ante la jurisdicción dentro del extinto juicio fiscal de revisión, disposiciones que fueron derogadas en 1984 con la expedición del Código Contencioso Administrativo.

Hasta la fecha no ha sido posible extender los efectos de esta abolición a la ya casi centenaria y restrictiva interpretación del máximo tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En efecto, todo parece indicar que a la imaginación y el querer de los intérpretes de la década de los 40's se les aplica el principio de la autonomía absoluta de los títulos valores respecto del negocio causal que les da origen, pues la historia es obstinada en demostrar que la interpretación subsistió al desvanecimiento del soporte legislativo del que emanó.

Dicho de otra forma y en palabras de Tomás Carrasquilla, mientras que la Ley sucumbió ante el duro golpe que con rencor le asestó la Pelona, a la avara jurisprudencia se le ha concedido el privilegio de permanecer eternamente a la “siniestra” de Dios Padre.

“En el pasado y sólo en el campo de lo contencioso de orden tributario, se admitió la interpretación, discutida y discutible por cierto, de que no era posible impugnar ante los jueces administrativos aspectos no debatidos en la etapa de los recursos gubernativos. Dicha interpretación hizo carrera al amparo de la existencia de las normas contenidas en los artículos 271 a 281 (Capítulo XXIII) de la Ley 167 de 1941 que trataban un juicio de revisión y no como un juicio de nulidad con restablecimiento del derecho, que es como se tipifica bajo la legislación vigente.

Así mismo, servía de base a la interpretación que se comenta, y que dio pie para elaborar una figura jurídica por vía interpretativa, conocida con el nombre de “indebido agotamiento de la vía gubernativa”, lo dispuesto en el artículo 278 del antiguo Código Contencioso Administrativo cuyo texto, referido a las pruebas que podían aducirse ante la jurisdicción, disponía que sólo eran admisibles las aducidas en la etapa administrativa o las que tuvieran por objeto mejorar aquéllas. Este era el texto de la norma citada:

“En esta clase de juicio sólo se estimarán aquellas pruebas que hubieren sido aducidas durante la actuación en la vía administrativa, cuando se hubiere establecido término para este efecto. También serán estimadas aquéllas pruebas que, producidas en el juicio, tienen por objeto completar o mejorar las aducidas en la actuación administrativa”.

Cabe destacar que la norma anteriormente copiada desapareció del ámbito legislativo nacional, no sólo por la eliminación del juicio sobre impuestos, sino también por la nueva regulación en materia probatoria establecida en el nuevo Código Contencioso Administrativo, que permite no sólo que se aduzcan nuevas pruebas, con plena libertad probatoria, sino que faculta al juez para que las decreta de oficio con tal de dilucidar todos los puntos oscuros o dudosos de la contienda. (Guillermo Chahín Lizcano).

(...)

“Tal como se ha señalado en el salvamento de voto de mis colegas, el problema es de interpretación de la ley procesal. Considero que la solución a este problema debe

buscarse no en el carácter dispositivo o inquisitivo que pueda atribuirse al procedimiento vigente, sino a la mayor o menor extensión de la característica de “revisora” que pueda atribuirse a la actividad jurisdiccional.

En este aspecto es en donde se advierte un cambio radical en el llamado juicio o proceso contencioso de impuestos. La Ley 167 de 1941 le daba un marcado carácter de revisor, tanto que se conocía como juicio especial de revisión de impuestos y el art. 278 restringía la prueba a las que se hubieran estimado en la vía gubernativa. Pero en el nuevo Código –Decreto 01 de 1984– hubo cambios de trascendencia: dejó de ser “juicio especial” para enmarcarse en la acción de restablecimiento del derecho (segundo inciso del art. 85) y la citada disposición sobre restricción de la prueba no sólo desapareció, sino que se le dio amplia entrada a las pruebas incorporando la regulación del procedimiento civil en cuanto a la admisibilidad de los medios, la forma de practicarlas y los criterios de valoración según la remisión que a esta materia hizo el art. 168 CCA.

Quiérase o no este tema estaba íntimamente vinculado al de las causales de nulidad del acto liquidatorio de impuestos: dentro del criterio “revisorio” del juicio según el anterior código, podrían ser causales de anulación las que se hubieran alegado en la vía gubernativa en la cual no sólo existe una relación de las causales admisibles sino oportunidad para proponerlas (Ley 52 de 1977, arts. 56 y 57), hoy incorporados al Estatuto Tributario en los artículos 730 y 731).

En tanto que de acuerdo con la naturaleza de la acción en el Decreto 01/84 las causales de anulación de la liquidación de impuesto son las mismas generales consagradas en el artículo 84 para todos los actos administrativos y su invocación no está condicionada a que hubiera propuesto en la vía gubernativa, de donde se deduce la posibilidad de alegar una causal nueva no discutida en la vía gubernativa, siempre que esté prevista en el citado art. 84”. (Jaime Abella Zárate)¹.

3. Síntesis de la jurisprudencia unificada sobre el debido agotamiento de la vía gubernativa: Sentencia S-145/90: La identidad debe darse entre lo solicitado y no en los argumentos para hacer la petición.

En el año 1990 la Sala Plena del Consejo de Estado unificó la doctrina sobre el debido agotamiento de la vía gubernativa concluyendo que la identidad que debe existir entre la vía gubernativa y la sede jurisdiccional hace referencia a lo “solicitado” y no a los “argumentos para hacer la petición”, razón por cual siempre es posible exponer ante la jurisdicción “argumentos nuevos para defender la misma pretensión”:

“Estudiará la Sala en primer término el tema relacionado con el agotamiento de la vía gubernativa propuesto por el señor Fiscal Tercero, calificado como demarcada importancia en este caso y por el que la Sala Plena aprehendió el conocimiento.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 135 del CCA, vigente cuando se presentó la demanda, para que los particulares puedan ocurrir ante los organismos de la jurisdicción en lo contencioso administrativo a solicitar la nulidad de actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto, será necesario que se haya agotado la vía gubernativa.

A través de la vía gubernativa la Administración revisa sus propios actos a fin de determinar si ameritan ser confirmados, revocados, modificados o aclarados.

¹ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 6 de agosto de 1990, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, Expediente S-145.

Ese control administrativo es obligatorio, como se desprende del artículo 135 del CCA y debe ser también real y efectivo.

Por esa razón, el artículo 52 del CCA establece requisitos que deben cumplir los recurrentes, cuya finalidad es la hacer posible y eficaz el control por parte de la Administración.

Dispone entonces el mencionado artículo, que los recursos se interpongan por escrito, dentro del término legal, personalmente por el interesado o su apoderado, y que sean sustentados “con la expresión concreta de los motivos de inconformidad”.

En resumen, lo que se busca con esta última exigencia para el agotamiento obligatorio de la vía gubernativa es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente a la Administración.

La identidad debe darse entre el asunto que fue objeto de revisión y análisis por parte de los funcionarios administrativos y el que finalmente se somete a juzgamiento en la jurisdicción. Es decir en lo solicitado y no en los argumentos para hacer la petición.

No quiere ello decir, que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión, siempre que por este medio no se cambie la petición que se hizo por vía gubernativa.

Este punto reviste especial importancia en materia impositiva cuando lo que se controvierte, como en el caso de autos es la liquidación de un tributo o de varios a cargo de un contribuyente.

En efecto, el monto total del impuesto arrojado por la liquidación puede obedecer a diferentes conceptos. Y es posible también que el contribuyente no los objete todos porque precisamente acepta deber una determinada suma. Por eso tiene la oportunidad de manifestar ante la Administración cuales son sus motivos de inconformidad con el acto de liquidación, entendiéndose que la acepta en lo no reclamado.

*Si la reclamación administrativa no prospera, queda habilitado para acudir a la vía jurisdiccional **a plantear las mismas peticiones sin que se limite la posibilidad de presentar nuevos argumentos, siempre que no modifique aquellas***². (Resaltado fuera de texto).

4. La arbitrariedad del Juez como riesgo intrínseco de la impresión terminológica que caracteriza a la doctrina sobre el debido agotamiento de la vía gubernativa.

El Ex Magistrado Guillermo Chahín Lizcano advirtió oportunamente sobre el inminente peligro de dejar a los ciudadanos al vaivén del capricho del Juez fundamentado en la imprecisión terminológica respecto de los conceptos que deben ser idénticos en la vía gubernativa y en la vía jurisdiccional para la primera se entienda debidamente agotada.

*“Conviene destacar además, que la aplicación de la tesis expuesta en el concepto que se controvierte ha dado origen a establecer una distinción jurisprudencial que **diferencia entre puntos nuevos y argumentos nuevos**, para decir que estos últimos son admisibles en tanto que no lo son los primeros pero dejando sin precisar, con respecto a una misma pretensión que puede entenderse por punto nuevo o argumento nuevo, lo cual ha servido para propiciar la comisión de no pocos fallos inhibitorios como el que se solicita en el concepto fiscal, objeto de contradicción. (...)*

² Idem.

Debo señalar que la doctrina acogida por la mayoría **adolece de una grave imprecisión terminológica** en cuanto a determinar cuáles son los conceptos que deben ser idénticos en la vía gubernativa y en la vía jurisdiccional para la primera se entienda debidamente agotada. En efecto, se habla indistintamente de que ante los jueces administrativos no pueden plantearse **hechos o peticiones nuevos** no planteados ante la administración por la vía del recurso; pero también se utilizan los términos, **argumentos, pretensiones, aspectos, temas, etc.**, lo que en definitiva deja al capricho del juez calificar si la vía gubernativa estuvo debidamente agotada o no". (Resaltado fuera de texto)³.

Diecisiete años después, esta incertidumbre ha alcanzado un nivel que demuestra que el uso del "etcétera" presente en el salvamento de voto de 1990 está más que justificado, debido a que en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo se hace alusión indistintamente a nuevos "hechos, circunstancias, conflictos, asuntos, puntos, peticiones, pretensiones, conceptos y cargos", y como si fuera poco, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha empezado a promover la experimentación de combinaciones de estos términos que le han servido como parapeto para proferir fallos inhibitorios, tales como los novísimos "hechos constitutivos de cargos nuevos"⁴.

De ahí que sea necesario e inaplazable replantear en forma definitiva la vigencia de la cuestionada doctrina que en su momento fue mayoritaria en el Consejo de Estado, revisión en la que puede resultar útiles las reflexiones que se plantean a continuación.

5. Determinación del campo normativo aplicable para resolver la excepción de "la no aducción de hechos en la vía gubernativa" e interpretación sistemática del mismo.

No obstante que el artículo 330 de la Constitución de manera categórica dispone que en sus providencias los Jueces están sometidos al *imperio de la Ley* y que el Código de Procedimiento Civil en su artículo 304 exige que en la sentencia se citen *los textos legales que se apliquen*, bajo la falsa creencia de que se conocen y manejan a la perfección, incluso en las altas Corporaciones, se ha vuelto lugar común proferir sentencias sin mencionar las normas en que se fundamenta las decisiones adoptadas o limitándose a hacer extractos que amputan el tenor, el significado y el alcance de las leyes invocadas.

Para resolver la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa en la Jurisprudencia del Consejo de Estado tradicionalmente se solía hacer referencia exclusivamente a los *artículos 52 y 135 del Código Contencioso Administrativo*. Aunque hay que reconocer que recientemente este campo normativo ha sido levemente ampliado al incluirse el *artículo 84* del citado Código, es conveniente destacar que una interpretación sistemática no puede limitarse a estas tres normas, pues sólo a partir de la interpretación armónica de todas y cada una de las once disposiciones que se citan más adelante es posible establecer si en verdad existen condiciones extremas y excepcionales bajo las cuales sea jurídicamente válido que los Jueces Administrativos se inhiban de hacer un pronunciamiento de fondo sobre los cargos que se someten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa por la vía de la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho.

Al respecto cabe advertir que lamentablemente un número creciente y significativo de Jueces han olvidado las lecciones básicas sobre la interpretación de las leyes que desde

³ Idem.

⁴ Colombia, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", sentencia del 10 de agosto de 2006, Magistrado Ponente William Giraldo Giraldo, Expediente 2003- 01185.

1879 compartió Karl Friedrich von Savigny, quien al repasar las reglas fundamentales de interpretación no sólo resaltó la importancia del *elemento sistémico* “que tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho”, sino que, al establecer el orden en el cual han de ser empleados los medios para interpretar las leyes, concluyó que se debe recurrir en primer lugar al “examen de la legislación en su conjunto”, medio de interpretación que se encuentra expresamente incorporado en el artículo 30 del Código Civil colombiano, norma que no pueden seguir desacatando a su antojo las autoridades judiciales⁵.

Frente a esta tradición, para una adecuada comprensión y resolución de este clásico medio de defensa de las entidades estatales es menester tener en cuenta el tenor literal de las normas de la Constitución, el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil directamente relacionadas con la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, normas que a saber son:

Los artículos 229 de la Constitución y 52 y 59 del Código Contencioso Administrativo en los que se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia; se delega a la Ley indicar en qué casos pueden hacerlo sin la representación de abogado; se autoriza al interesado para que interponga directamente los recursos en vía gubernativa; se exige que los recursos se sustenten con expresión concreta de los motivos de inconformidad; y se dispone que la decisión administrativa debe resolver todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes.

Los artículos 62, 63 y 135 del Código Contencioso Administrativo en los que se establece que los actos administrativos quedan en firme cuando contra ellos no proceda ningún recurso y cuando los recursos interpuestos se hayan decidido; que el agotamiento de la vía gubernativa acontece en estos dos casos y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja; y que la demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

Los artículos 63 y 70 del Código de Procedimiento Civil y 137 del Código Contencioso Administrativo en los que se establece que las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado inscrito, excepto en los casos en que la ley permite su intervención directa; que el poder para litigar se entiende conferido para que el apoderado pueda formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante, siempre que se relacionen con las que en el poder se determinan; y que toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá contener los fundamentos de derecho de las pretensiones, y cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.

Y finalmente, los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo en los que se dispone que toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho y también podrá solicitar que se le repare el daño, que la misma acción tendrá

⁵ De Savigny, M.F.C., *Derecho Romano Actual*, Barcelona, Centro Editorial de Góngora, 1924, pp. 188, 192 y 193. El artículo 30 del Código Civil regula de manera expresa la interpretación sistémica en los siguientes términos: “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente; y que la nulidad procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

6. Ausencia de fundamento legal de la exigencia de “*identidad*” entre lo solicitado en vía gubernativa con lo planteado ante jurisdicción contenciosa.

No cabe la menor duda de que en el artículo 135 del C.C.A. el Legislador estableció que para poder acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa en procura de la nulidad de un acto particular proferido por la Administración se debe agotar previamente la vía gubernativa. Asimismo, no existe mayor dificultad en aceptar que con esta exigencia se persigue que la Administración tenga la oportunidad de revisar las decisiones tomadas para que, de estimarlo conducente, las revoque, modifique o aclare. Sin embargo, de la literalidad del artículo 135 del C.C.A. no se desprende que estamos ante un requisito sustancial que para que se entienda cumplido debe existir “*coincidencia*” entre lo solicitado en la vía gubernativa con lo planteado ante el Juez Administrativo, tal y como desde antaño, bajo la falacia de autoridad lo ha venido sostenido y defendido la mayoría de los integrantes del Consejo de Estado, tesis que por fortuna desde su origen ha sido objeto de significativos salvamentos de voto.

En efecto, en el texto del artículo 135 del C.C.A. el Legislador en ningún momento se ocupó de calificar la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa como un requisito formal o sustancial; tampoco dispuso que la identidad entre lo solicitado en la vía gubernativa con lo planteado ante el Juez Administrativo era una barrera para que las personas puedan acceder a la justicia administrada e impartida por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; y menos aún erigió este presunto requisito como una licencia para que los funcionarios judiciales evadan el cumplimiento del deber legal de abstenerse de proferir fallos inhibitorios.

De ahí que nuevamente sea provechoso tener a la vista que el maestro Savigny desde 1879 categóricamente advirtió que todo lo que no pertenezca al contenido de la ley “*es rigurosamente extraño al objeto de la interpretación*”; que no es necesario que el motivo de la ley se encuentre expresado en ella y que aunque éste se verifique, permanece siempre distinto de su contenido, sin que pueda en ningún caso formar parte integrante de ella; que al consultar el motivo de la ley, en lo posible se debe acudir al que tenga más afinidad con el contenido de la misma, pues sólo en su defecto se recurrirá, *como medio subsidiario, al motivo general*: “*Si, por ejemplo, el motivo de una ley es la aequitas, y tal es el carácter común del derecho normal en los tiempos modernos, se deberá preferir la interpretación que la aequitas justifique*”; y que la apreciación del resultado obtenido, es el medio de interpretación más aventurado, pues el intérprete corre el riesgo de excederse de sus poderes y entrarse por el dominio de la legislación⁶.

Al condicionar o restringir la procedencia y prosperidad de la acción de nulidad y reestablecimiento del derecho al cumplimiento de presupuestos o requisitos no contenidos en el texto del artículo 135 del C.C.A. nuevamente el Consejo de Estado ha impuesto a los administrados una “*carga ilegítima que afecta y restringe de manera grave el ejercicio de sus*

⁶ De Savigny, M.F.C., *Derecho Romano Actual*, Barcelona, Centro Editorial de Góngora, 1924, pp. 189, 190, 191, 193, 194 y 195.

derechos fundamentales de acceso a la justicia y al debido proceso”, pues tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional, “el intérprete no puede hacer decir a las normas lo que éstas no dicen, mucho menos si el sentido que se les atribuye excede su verdadero contenido y no se ajusta al texto de la Constitución”⁷.

En efecto, sin que la Ley nada disponga al respecto, mediante la aplicación de esta regla de interpretación se le está impidiendo a los ciudadanos acceder a la jurisdicción y obtener fallos o pronunciamientos de fondo, con la sola excusa de que no existe “*identidad*” entre lo solicitado en la vía gubernativa con lo planteado ante el Juez Administrativo, desconociendo de esta manera el principio de legalidad consustancial al Estado de Derecho que difiere en la Ley la facultad de regular los recursos, las acciones y los procedimientos, prerrogativa que es “*competencia exclusiva y excluyente del Legislador*”, de manera que a los funcionarios de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no les está permitido que, por vía de interpretación, usurpen la facultad de fijar y definir los presupuestos procesales de las acciones o modifique o alteren las reglas preestablecidas en perjuicio de los administrados, por cuanto con dicho actuar quebrantan el principio de la promoción de la actividad judicial que le impone a todo operador jurídico el deber de aplicar e interpretar las normas, en particular las de carácter procesal, consultando su verdadero alcance, en plena armonía con las garantías constitucionales que le sirven de sustento y en el sentido que resulten más favorables y útiles para la realización del derecho sustancial, el cual por mandato expreso del artículo 228 de la Constitución, está llamado a prevalecer sobre el derecho adjetivo o formal⁸.

Por provenir del propio regazo del Consejo de Estado es de la mayor importancia tener presente las adelantadas reflexiones del Ex Magistrado Guillermo Chahín Lizcano, quien al salvar el voto junto con doctores Miguel González Rodríguez, Juan de Dios Montes Hernández y Jaime Abella Zárata, respecto de la sentencia que profirió la Sala Plena el 6 de agosto de 1990, manifestó:

“En el momento actual de la legislación, estimo, que no le es dable al juez administrativo aplicar interpretaciones que posiblemente pudieron tener respaldo legislativo bajo la vigencia de la Ley 167 de 1941, con la existencia de la acción especial de revisión de impuestos, pero que hoy carecen por entero y definitivamente de asidero legal, máxime cuando dicha acción ha desaparecido y se encuentra subsumida en la acción genérica consagrada en el artículo 85 del C.C.A. vigente.

La vía gubernativa según lo que rezan las normas que la gobiernan se agota de manera plena y completa respecto de los actos administrativos objeto de recursos, cuando el administrado hace uso de ellos, desde luego cumpliendo con los requisitos exigidos por las normas legales que la establecen, sin que le sea permitido al intérprete hablar de agotamiento total o parcial, según el ámbito de extensión de las cuestiones que se controvierten ante la administración y mucho menos, si ello se hace con el objeto de establecer por vía jurisprudencial limitaciones o restricciones al derecho constitucional de acción, lo cual sólo es posible por virtud de la ley. (...)

No creo por lo demás, que dicha doctrina pueda presentarse como modelo de cumplimiento del principio jurídico que obliga al juez a darle primacía al derecho sustancial por encima del derecho procedimental, máxime que en este caso, como se dijo al comienzo, ni siquiera se trata de la aplicación de normas procesales, sino apenas

⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-426 del 29 de mayo de 2002, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

⁸ Idem.

de la aplicación de doctrinas sobre temas procesales sin respaldo en la ley”.
(Resaltado fuera de texto)⁹.

7. ¿Cuál es el objetivo de que el legislador faculte a toda persona para que sin la representación de abogado agote la vía gubernativa?

Si el Consejo de Estado persiste en aventurarse por medios de interpretación cundidos de incertidumbre y riesgo, es menester que al abordar el motivo o la finalidad del citado artículo 135 del C.C.A. tenga en cuenta que antes que evitar que la Administración sea “*sorprendida*” en sede jurisdiccional con “*nuevos hechos, circunstancias, conflictos, asuntos, puntos, peticiones, pretensiones, conceptos y cargos*”, como erradamente lo ha venido afirmando la mayoría numérica de esa Corporación, el requisito establecido en dicha norma tiene por objeto brindar a las personas comunes y corrientes la oportunidad de que sin necesidad de que sean representados por abogados y sin mayores formalidades y costos puedan directamente plantear y obtener la revocatoria o aclaración de los actos administrativos que resulten contrarios a sus derechos e intereses, interpretación esta última que a diferencia de la aludida “*tesis de la prevención de la sorpresa a la Administración*”, tiene fundamento, ya no en supuestos motivos o finalidades generados subjetivamente por el intérprete, sino en expresas disposiciones normativas que facultan a toda persona para que sin la representación de abogado agote la vía gubernativa.

Al respecto nuevamente son muy pertinentes las reflexiones que consignó el Ex Magistrado Guillermo Chahín Lizcano en su salvamento de voto respecto de la sentencia que profirió la Sala Plena el 6 de agosto de 1990:

*“Por otra parte, estimo que no es lógico y que repugna al sentido común, que siendo el procedimiento gubernativo una tramitación que puede adelantarse directa y personalmente por el interesado, sin la participación o el concurso de un abogado, jurisprudencialmente se le exija a ese administrado en la interposición de sus recursos ante la administración, **que fije o establezca los límites de su derecho de acción** que necesariamente debe ser ejercido por intermedio de otras personas (abogado), ante otras autoridades (jueces) y en circunstancias temporales diferentes (luego de que se hayan desatado los recursos). **No se puede convenir entonces que por vía de doctrina o de jurisprudencia, por reiteradas que ellas sean, se restrinja el derecho de acción, sencillamente porque quien interpone los recursos administrativos carece de la capacidad técnica-jurídica para establecer desde entonces los reales términos de sus futuras pretensiones. Y porque en definitiva no tiene el administrado dicha obligación legal.** Lo otro es a mi juicio, otorgarle de manera inconveniente y en todo caso no legal, al recurso de apelación características y requisitos que ni siquiera se exigen para el recurso extraordinario de casación, puesto que se obliga al recurrente a fijar desde el momento de la interposición de sus recursos ante la administración el ámbito exacto y el contenido preciso de la acción contenciosa. (...)*

*Considero que no puede hablarse como se dice en el concepto que se glosa, de una **supuesta deslealtad del administrado en frente de la Administración** cuando plantea en la acción contenciosa aspectos nuevos o diferentes de los que alegó en la etapa de los recursos, **máxime que la entidad administrativa tiene, a diferencia del juez administrativo, facultad para, al resolver los recursos, pronunciarse no sólo sobre el objeto de los mismos sino sobre la totalidad del acto administrativo controvertido en cuanto a los términos de su legalidad se refiere, incluso sobre aspectos o***

⁹ Colombia, Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 6 de agosto de 1990, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, Expediente S-145.

cuestiones no planteados en tales recursos. Por lo demás, el juicio contencioso, más aún en la forma como está concebido en el decreto 01 de 1984, garantiza que se dé aplicación plena al principio de la lealtad procesal de las partes¹⁰.

Por consiguiente, hoy como ayer no resulta válido, lógico, justo y equitativo que con la connivencia de algunos funcionarios judiciales las naturales “deficiencias” de una “defensa no técnica” sean aprovechadas y explotadas por la Administración, para evadir en forma rápida y automática el control de legalidad de los actos administrativos proferidos infringiendo la Constitución y la Ley, máxime cuando como bien lo auguró el Ex Magistrado Miguel González Rodríguez en su salvamento de voto, bien puede ocurrir, que el administrado, que no es un profesional del derecho, haga un “planteamiento incompleto” y omita hacer referencia a unos aspectos tan técnicos como la ilegalidad del acto proferido con fundamento en disposiciones inexecutable y los efectos de la pérdida de la fuerza ejecutoria de las normas que sirven de fundamento para la expedición del acto administrativo demandado, cuestiones que, por ejemplo la Superintendencia Financiera y la Dirección de Impuestos Nacionales, no acostumbran observar o que, advirtiéndolas, se abstiene de enmendar, no obstante que tienen la obligación legal de pronunciarse sobre la totalidad de los aspectos de la legalidad del acto administrativo controvertido, incluso sobre cuestiones no planteadas en los recursos interpuestos en la vía gubernativa, y que de manera expresa le está prohibido llevar a la práctica actos administrativos que han perdido su fuerza ejecutoria, so pena de incurrir en una causal de mala conducta que motiva multas o la destitución del responsable (Art. 76-7 del CCA).

*“Y no lo es, por cuanto, como bien lo observaba el anterior ponente, pudiendo intervenir en la vía gubernativa directamente el interesado, a quien sólo por excepción se le exige que acredite ser profesional del derecho o que actúe por medio de éste, bien puede ocurrir que **haga un planteamiento equivocado** en cuanto al petitum, que la administración no observe o que, observándolo, no quiera enmendar con el pronunciamiento acorde a la Constitución y a la ley, **que no es posible corregir o enmendar en la vía jurisdiccional**, no obstante encontrarse totalmente ajustado a derecho, con lo que se sacrifica el derecho sustantivo que no sólo debe prevalecer, especialmente después de la expedición del nuevo ordenamiento constitucional, sino que es el que debe reconocer o hacer respetar el juez que tiene como misión esa alta y noble actividad, y no negar por consideraciones de orden adjetivo que no vayan contra los derechos de audiencia y defensa, y el del debido proceso”¹¹.*

8. ¿Cuál es el propósito de que el ordenamiento jurídico disponga que en las acciones que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa toda persona tiene derecho y debe contar con la asistencia técnica de un abogado escogido por ellas?

A diferencia de la nombrada “tesis de la prevención de la sorpresa a la Administración” cimentada en meros credos subjetivos del intérprete, el ordenamiento jurídico exige de manera expresa que en las acciones que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa toda persona tiene derecho a contar con la “asistencia técnica” de un abogado escogido por ellas, quien no solamente está facultado sino obligado legalmente a ejercer la representación y defensa técnica que estime más conveniente para el beneficio de su poderdante.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

Por tanto, si por el simple querer de la mayoría de los Magistrados que han transitado por el Consejo de Estado, en sede judicial la *“asistencia técnica”* ante las arbitrariedades de los funcionarios del Estado se debe limitar o restringir a que el apoderado *“repita, reproduzca, reitere, refrende, o en fin se pase la vida dando vuelta a los motivos de inconformidad que expresó su cliente al sustentar los recursos en vía gubernativa”*, en verdad no tiene ningún sentido lógico, jurídico y económico obligar a las personas a que se valgan de un abogado y mucho menos a que le cancelen unos honorarios que no le van a aportar un valor agregado respecto de cuando se defiende directamente.

Para la fortuna de las personas y de la profesión de los abogados, el Legislador parece ser más razonable que los intérpretes de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues al regular el contenido de la demanda no exigió a los apoderados que repitan *“los motivos de inconformidad”* que expresó su cliente al sustentar los recursos en vía gubernativa, sino que los instó o exhortó a que expresaran los *“fundamentos de derecho de las pretensiones”*, indicaran *“las normas violadas”* y explicaran *“el concepto de su violación”* cuando impugnen un acto administrativo, conceptos estos últimos que por ser eminentemente técnicos, no se le pueden requerir sino a eruditos jurídicos.

9. Flexibilización de la tesis de la *“identidad”* entre lo solicitado en vía gubernativa con lo planteado ante jurisdicción contenciosa.

La exigencia de *“identidad”* entre *“los motivos de inconformidad”* expresados en la vía gubernativa y *“los conceptos de su violación”* invocados en sede jurisdiccional, conocidos común y popularmente como *“los cargos”*, no solo carece de fundamento normativo, sino que es abiertamente contraria al artículo 137-4 del Código Contencioso Administrativo y a los artículos 63 y 70 del Código de Procedimiento Civil, e incluso contraviene la desde siempre cuestionada jurisprudencia de la mayoría del Consejo de Estado sobre el debido agotamiento de la vía gubernativa, cuyo desarrollo y transformación, en los últimos 17 años, muestra una flexibilización y atenuación de sus nefastos efectos, mediante la necesaria pero insuficiente aclaración de que situaciones eminentemente jurídicas no constituyen hechos nuevos, sino argumentos nuevos.

9.1. La prescripción es un asunto netamente jurídico que no constituye un hecho nuevo.

En 1992 la Sección Cuarta del Consejo de Estado al referirse al fenómeno de la prescripción concluyó que ésta no constituye un hecho nuevo y por tanto puede aducirse en sede jurisdiccional aunque no se haya planteado en la vía gubernativa.

*“Pero sí bien se exige identidad en cuanto los puntos planteados, dicha exigencia no puede extenderse a todos los aspectos del recurso, **de forma tal que la demanda ante la jurisdicción contenciosa tenga que limitarse a reproducir lo sostenido ante la entidad que profirió el acto acusado.** Por el contrario, es del todo posible que, echando mano de argumentos nuevos, el demandante persiga la nulidad de los actos administrativos en cuanto a los mismos puntos que sostuvo al interponer recursos en vía gubernativa. En otras palabras, al demandante le está permitido, que para defender la misma pretensión, traiga a colación argumentos nuevos.*

*A juicio de la Sala, y habida cuenta de las razones hasta aquí anotadas, no fue acertada la determinación del a-quo al **declararse inhibido** para pronunciarse de fondo en torno a las pretensiones de la actora **con base en que ésta no había argumentado la prescripción** de la facultad para sancionar como fundamento a sus pretensiones en la vía*

*gubernativa. Ello por cuanto lo que pide la actora es lo mismo –la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se le sancionó por el año 1983–, tanto ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, **con la aclaración de que ante esta entidad se solicitó la revocatoria de los actos y no su nulidad, como es lógico, como ante el juez administrativo.***

En síntesis, la inhibición del a-quo no fue acertada, por cuanto la vía gubernativa sí había sido agotada en debida forma por la demandante”¹².

9.2. La presentación de motivos o razones referentes a hechos fundamentales del proceso administrativo no constituye hechos nuevos.

No cabe la menor duda de que los aspectos relacionados con la competencia para proferir un acto administrativo, el respeto del principio constitucional de legalidad para imponer sanciones, el carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos, la pérdida de la fuerza ejecutoria de los mismos, y el deber de la administración de fundamentar debidamente el acto administrativo sancionatorio mediante la invocación de la ley que faculta o prevé la sanción, además de ser aspectos típica y eminentemente jurídicos, son elementos fundamentales del proceso administrativo o que tienen una estrecha relación con éste, son “*mejores argumentos*” y no constituyen hechos nuevos.

“1. INDEBIDO AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA

La parte apelante insiste en la excepción propuesta con fundamento en que la actora ante la jurisdicción presentó hechos y argumentos que no fueron objeto de discusión ante la Administración.

Sobre el particular y en un caso en que se debatieron asuntos similares entre las mismas partes, la Sección con ponencia del Consejero Doctor DANIEL MANRIQUE GUZMÁN, en sentencia de fecha 12 de febrero de 1999 dictada dentro del expediente N° 73001-23-31-000-1643-01, radicación 9201, actor: INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES LIMITADA, “INVEC LTDA.”, consideró:

*“La Sala tiene establecido en numerosas providencias sobre el mismo tema, que la presentación, en la demanda, **de motivos o razones referentes a hechos fundamentales del proceso administrativo o que ofrecen estrecha relación con éste**, pero que no fueron expuestos en el mismo, en la vía contenciosa **son simples ‘mejores argumentos’ que no implican agotamiento indebido de la vía gubernativa**, ni de suyo generan ineptitud de la demanda por falta de presupuestos procesales, punto en el que se mantendrá la sentencia (cf., entre otras, sentencias de marzo 20 de 1998, expediente #8534, Consejero Ponente, Dr. Germán Ayala Mantilla; y julio 10 de 1998, expediente #11001-03-27-000-1988-0054-01, Consejero Ponente, Dr. Delio Gómez Leyva)”.*

En atención a lo anterior considera la Sala que el presente cargo de apelación sustentado en la procedibilidad de la declaratoria de la excepción propuesta, no está llamado a prosperar”¹³.

¹² Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de octubre 1992, Consejero Ponente Dr. Jaime Abella Zárate, Expediente No. 4143.

¹³ Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de mayo 1999, Magistrado Ponente Doctor Germán Ayala Mantilla, Expediente 9227.

9.3. La invocación en sede judicial de las causales de nulidad consagradas en el artículo 84 del CCA no está condicionada a que se hubieren alegado en la vía gubernativa.

Las causales de nulidad de los actos administrativos por infracción de las normas en que deberían fundarse, por expedición por funcionarios u organismos incompetentes o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió, pueden ser invocadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sin que hayan sido alegadas en la vía gubernativa, razón por la cual los Jueces Administrativos no pueden seguir absteniéndose de valorar, so pretexto de que no fueron planteadas en la vía gubernativa.

“Ahora bien, no es de recibo lo expresado por la entidad apelante [Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Santa Fe de Bogotá] relativo a que el hecho consistente en que la actora había tenido movimiento en 1995 (aspecto que surgía de la comparación entre las declaraciones de renta de los años 1994 y 1995) constituía un hecho nuevo relacionado con la discusión, que a su juicio, podía ser sometido a la decisión de la jurisdicción.

Al respecto se aprecia que no es posible confundir, como lo pretende la apelante, la posibilidad de alegar causales de nulidad no planteadas inicialmente (en la vía gubernativa) en razón a que el examen de legalidad del acto acusado debe efectuarse respecto de los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, que a su vez deben concretarse a las causales de nulidad previstas en el inciso 2º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (cfr. Sentencias de diciembre 3 de 1999, Expediente 9718, C.P: Dr. Delio Gómez Leyva y de febrero 12 de 1999, Expediente 9111, C.P: Dr. Germán Ayala Mantilla), con la inclusión de conductas o aspectos que tipifican la conducta sancionable y que no fueron mencionados ni tenidos en cuenta con ocasión del pliego de cargos ni de la resolución sancionatoria, como ocurrió en el sublite”¹⁴.

(...)

“De conformidad con el recurso de apelación interpuesto, debe la Sala establecer en primer término si se configura o no la excepción de inepta demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa que se sustenta en que los hechos relativos a las normas relacionadas con la confesión como medio de prueba propuestos en la demanda no fueron aducidos en vía gubernativa.

*Al respecto comparte la Sala la posición del Tribunal y del Ministerio Público, en cuanto **no existe ninguna limitación para que ante la jurisdicción puedan aducirse nuevos y mejores argumentos a los expuestos en vía gubernativa como causal de nulidad de los actos administrativos cuya legalidad se impugna.***

*En efecto, con la expedición del Decreto 01 de 1984 se sustituyó el juicio de revisión de impuestos que regía bajo la Ley 167 de 1941, artículo 278, por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, dentro de la cual, tal como lo ha reiterado la Sala, **el contencioso se torna de anulación y las causales de nulidad son las consagradas en el artículo 84 ib., para todos los actos administrativos, y su invocación no está condicionada a***

¹⁴ Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre de 2000, Consejero Ponente Daniel Manrique Guzmán, radicación número 25000-23-27-000-1998-0926-01-10493.

que se hubieren alegado en la vía gubernativa. De donde se deduce la posibilidad de alegar causales nuevas no planteadas inicialmente, pues el examen de legalidad del acto acusado debe concretarse en los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, los que a su turno deben corresponder a cualquiera de las causales de nulidad contempladas en el segundo inciso del artículo 84 y con la independencia que el mismo Estatuto Tributario le reconoció en su artículo 740¹⁵.

9.4. Facultad-deber de pronunciarse sobre la legalidad del acto acusado proferido con fundamento en disposiciones inexecutable.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha llamado la atención sobre la libertad y el deber del Juez Administrativo se pronuncie sobre la legalidad del acto acusado proferido con fundamento en disposiciones inexecutable. En efecto, al establecer los efectos sobre la legalidad de un acto administrativo derivados de un fallo que declaró la inexecutable de las disposiciones que sirvieron de sustento al acto administrativo demandado, el máximo tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa concluyó que el acto administrativo es nulo por vulnerar normas de carácter superior; que la sentencia de la Corte Constitucional conlleva indefectiblemente la pérdida de fuerza ejecutoria de las decisiones que con fundamento en las normas declaradas inexecutable se hayan proferido; y que los efectos hacia el futuro de la declaratoria de inexecutable no impiden que el Juez se pronuncie sobre la legalidad del acto acusado proferido con fundamento en disposiciones inexecutable, por cuanto es manifiesto que desde su origen, el acto nace viciado de inconstitucionalidad, con mayor razón cuando se está frente a una situación jurídica que se encontraba en curso a la fecha de la declaratoria de inexecutable de las disposiciones que sirvieron de sustento al acto administrativo de carácter particular que afectó la situación del actor.

*“Sobre los efectos de los fallos de inexecutable que profiere la Corte Constitucional, ha señalado esa Corporación que éstos rigen hacia el futuro (ex tunc), salvo que la misma determine lo contrario, esto es, con efecto ex nunc, esto conforme al artículo 45 de la Ley 270 de 1996, pero que aún en este último evento **la responsabilidad de aplicar dichas decisiones en los procesos en curso reside exclusivamente en el juez de la causa.** Además, que las sentencias proferidas en materia de constitucionalidad resuelven en forma definitiva el asunto, haciendo tránsito a cosa juzgada, por lo que no es posible intentar recurso alguno en contra de esa determinación, y el fallo tendrá efectos erga omnes, es decir, fuerza obligatoria frente a todos, incluidos quienes no fueron parte en la acción de inconstitucionalidad.*

Lo anterior, demanda un estudio de los efectos de la sentencia C-253 de 2003 frente a una situación jurídica en curso, en la medida en que la persona desvinculada del servicio, en virtud del decreto 1791, impugna en tiempo la respectiva resolución y por lo tanto no puede considerarse como una situación consolidada, en tanto no se decidiera mediante sentencia definitiva. (...)

*En este orden de ideas, la Resolución No. 03993 del 24 de noviembre de 2000 es expedida con fundamento en disposiciones que resultan contrarias a la Carta Política, respecto de las cuales, en principio, **procede su inaplicación al tenor del artículo 4º de la Constitución Política,** pues se encontraban vigentes a la fecha en que se profirió el acto de retiro del servicio. (...)*

¹⁵ Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 18 de septiembre 2002, Consejera ponente Ligia López Díaz, Radicación número: 25000-23-27-000-1999-0377-01(13023).

*En este orden de ideas, (...) debe concluirse que el acto de retiro del servicio activo de la Policía Nacional del señor Alexander Fonseca Chacón **es nulo, por vulnerar normas de carácter superior.***

*Adicionalmente, la Sala encuentra que la sentencia de inexequibilidad recaída sobre el Decreto No. 1791 de 2000, **conlleva indefectiblemente la pérdida de fuerza ejecutoria de las decisiones que con fundamento en las normas declaradas inexequibles se hayan proferido**, como la Resolución No. 03997 de 2000, acto que afecta la situación particular del actor, en cuanto dispone el retiro del servicio activo de la institución.*

*De manera que **declarada la inexequibilidad, desaparece el fundamento de derecho** de la Resolución No. 03997 de 2000, lo que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 66 del C.C.A., **produce la pérdida de su fuerza ejecutoria.***

*Finalmente, debe precisar esta Sala que si bien la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 1791 de 2000, en los apartes referidos, de acuerdo con la Sentencia C-253/03, tiene efectos hacia el futuro, **ello no impide que el juez se pronuncie sobre la legalidad del acto acusado proferido con fundamento en disposiciones declaradas inexequibles**, por cuanto es manifiesto que desde su origen, el acto nace viciado de inconstitucionalidad, con mayor razón cuando se está frente a una situación jurídica que se encontraba en curso a la fecha de la declaratoria de inexequibilidad de las disposiciones que sirvieron de sustento al acto administrativo de carácter particular que afectó la situación del actor. (Resaltado fuera de texto)¹⁶.*

Igualmente, el Consejo de Estado concluyó que el Juez Administrativo debe y puede pronunciarse aun cuando los hechos sancionados ocurran con anterioridad a la providencia de la Corte Constitucional y el acto administrativo que impone la sanción se expida antes de la ejecutoria de la sentencia de esa Corte, ya que el decaimiento del acto que tipificaba la infracción, tiene como consecuencia que la sanción ya no sea aplicable y que la Administración pierda su potestad sancionadora, efecto jurídico que ha de producirse, con mayor razón, cuando el acto administrativo que impuso la sanción se expida después de la ejecutoria de la sentencia de la Corte Constitucional.

“El apelante expone que el Tribunal no tuvo en cuenta que en la Sentencia C-1161 del 6 septiembre del 2000, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 211 del E.O.S.F., por lo cual determinó que la violación de las circulares expedidas por la Superintendencia Bancaria, no dan lugar a la imposición de sanciones. (...)

Por tanto, como consecuencia del fallo de la Corte Constitucional, la decisión administrativa sancionatoria en estos puntos al igual que su confirmación en vía gubernativa, perdió su soporte jurídico y por ende no puede producir efectos ni ser objeto de cumplimiento, pues las conductas constitutivas de la infracción objeto de la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria, corresponden a las descritas en la Circular Básica Contable, y Financiera No. 100 de 1995, acto administrativo cuyo incumplimiento por parte de los entes vigilados no puede servir de sustento a dicha entidad de control para tipificar los hechos y conductas sancionables, por así haberlo dispuesto expresamente la Corte Constitucional la sentencia C-1161 del 2000.

De tal manera que no puede pretenderse que proferida la decisión de la Corte en el sentido anotado, puedan seguirse ejecutando las normas con omisión de la

¹⁶ Colombia, Consejo de Estado, Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 22 de junio de 2006, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, Expediente N° 4070-2005.

interpretación que condiciona su exequibilidad, pues ello equivaldría a desconocer el fallo pues si bien el acto administrativo que impone la sanción se expidió antes de la ejecutoria de la sentencia de la Corte Constitucional, para la fecha en que se profirió la sentencia de exequibilidad (6 de septiembre del 2000), se encontraba en debate en sede administrativa su legalidad y la decisión de los recursos de reposición y apelación se produjo el 31 de octubre y el 29 de diciembre siguientes respectivamente.

En efecto al condicionarse la aplicación de las normas que soportan la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria, la utilización la Circular 100 de 1995, como soporte para mantener una sanción que aún no se encontraba en firme, **constituye una aplicación indebida que genera nulidad del acto por violación del artículo 66 ordinal 2° del Código Contencioso Administrativo**, pues aun cuando los hechos sancionados ocurrieron con anterioridad a la providencia de la Corte, el decaimiento del acto que tipificaba la infracción, tiene como consecuencia que la sanción ya no sea aplicable y que la Superintendencia Bancaria perdió su potestad sancionadora por los hechos contemplados en las disposiciones de la citada circular¹⁷. (Resaltado fuera de texto).

¹⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de septiembre 2005, Consejera Ponente María Inés Ortiz Barbosa, radicación número 25000-23-24-000-2001-00358-01 (14379).

LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA.

© Librería Ediciones del Profesional Ltda.
Calle 12, No. 5-24, Tel. 2433482, Bogotá, D.C., Colombia,
Dirección Postal
Instituto Colombiano de Derecho Procesal
Calle 67, No. 4A-09, Tel. [3104406](tel:3104406) - Fax. [3104489](tel:3104489)
Bogotá, D.C., Colombia,

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en EDITORIAL ABC.
ISSN 0123-2479

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfica o fónica, especialmente por fotocopia, microfilme, offset omimeógrafo.

Esta edición y características gráficas son propiedad de librería ediciones del profesional Ltda.