



UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI

TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

CARLOS ALBERTO PAZ RUSSI
CARLOS EDUARDO PAZ GÓMEZ

2015



Teoría general del proceso

A Rubria Elena, madre, esposa y amiga



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI**

Teoría general del proceso

Carlos Alberto Paz Russi

Carlos Eduardo Paz Gómez

2015

Paz Russi, Carlos Alberto

Teoría general del proceso / Carlos Alberto Paz Russi; Carlos Eduardo Paz Gómez.

-- Cali : Editorial Bonaventuriana, 2015

144 p.

ISBN: 978-958-8785-51-6

1. Derecho procesal 2. Acciones (derecho procesal) 3. Procedimiento administrativo
4. Procesos (derecho)
5. Demandas (derecho procesal) 6. Competencia (derecho) 7. Solución de conflictos
8. Conciliación (derecho) 9. Arbitraje I. Paz Gómez, Carlos Eduardo
II. Tít.

347.05 (D23)

P348t

© Universidad de San Buenaventura Cali



Editorial Bonaventuriana

Teoría general del proceso

© Autores: Carlos Alberto Paz Russi - Carlos Eduardo Paz Gómez

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de San Buenaventura Cali

Universidad de San Buenaventura

Colombia

© Editorial Bonaventuriana, 2015

Universidad de San Buenaventura

Dirección Editorial de Cali

Calle 117 No. 11 A 62

PBX: 57 (1) 520 02 99 - 57 (2) 318 22 00 – 488 22 22

e-mail: editorial.bonaventuriana@usb.edu.co

www.editorialbonaventuriana.edu.co

Colombia, Suramérica

Los autores son responsables del contenido de la presente obra.

Prohibida la reproducción total o parcial de este libro por cualquier medio, sin permiso escrito de la Editorial Bonaventuriana.

© Derechos reservados de la Universidad de San Buenaventura.

ISBN: 978-958-8785-51-6

Tiraje: 150 ejemplares

Cumplido el depósito legal (ley 44 de 1993, decreto 460 de 1995 y decreto 358 de 2000)

2015

Contenido

| | |
|--|----|
| Presentación | 11 |
| Nociones generales | 13 |
| – Noción de derecho procesal | 13 |
| – Justificación y fin del derecho procesal | 14 |
| – Ley procesal..... | 14 |
| – El derecho procesal y la ley..... | 16 |
| Forma de solución de los conflictos..... | 19 |
| – Autodefensa o autotutela | 19 |
| – Autocomposición | 20 |
| <i>Desistimiento</i> | 20 |
| <i>Allanamiento</i> | 25 |
| <i>Transacción</i> | 27 |
| – Heterocomposición | 30 |
| Mecanismos alternativos de solución de conflictos..... | 31 |
| – Convención | 31 |
| – Mediación | 32 |
| <i>Etapas de la mediación</i> | 34 |
| – Amigable composición..... | 34 |
| – Conciliación | 35 |
| – Arbitraje..... | 42 |
| <i>Clases de arbitraje</i> | 43 |
| <i>Cuantía de los arbitrajes</i> | 45 |
| <i>Características del pacto arbitral</i> | 46 |
| <i>Cláusula compromisoria</i> | 46 |
| <i>Compromiso</i> | 46 |

| | |
|--|----|
| <i>Requisitos de la demanda arbitral</i> | 51 |
| <i>Requisitos adicionales de ciertas demandas</i> | 52 |
| <i>Anexos de la demanda</i> | 52 |
| <i>Causales de recusación</i> | 53 |
| <i>Laudos arbitrales y recursos</i> | 55 |
| – Derecho de petición | 69 |
| Jurisdicción | 71 |
| – Noción | 71 |
| – Características de la jurisdicción | 72 |
| <i>Titularidad</i> | 72 |
| <i>Singularidad</i> | 73 |
| <i>Imparcialidad</i> | 73 |
| <i>Permanencia</i> | 74 |
| – Elementos | 76 |
| <i>Elemento subjetivo</i> | 76 |
| <i>Elemento objetivo</i> | 77 |
| <i>Elemento teleológico</i> | 77 |
| <i>Elemento coercitivo</i> | 77 |
| – El juez | 77 |
| <i>Poderes del juez</i> | 78 |
| – El árbitro | 78 |
| <i>El presidente del tribunal arbitral</i> | 79 |
| – Responsabilidad del director del proceso | 80 |
| – La jurisdicción en Colombia | 82 |
| <i>Inexistencia de clasificación de jurisdicción</i> | 82 |
| <i>Principios de la administración de justicia</i> | 82 |
| <i>Jurisdicción ordinaria</i> | 84 |
| <i>Jurisdicción contencioso administrativa</i> | 85 |
| <i>Jurisdicción constitucional</i> | 85 |
| <i>Jurisdicción especial</i> | 86 |
| La competencia | 89 |
| – Criterios para asignar competencia | 89 |
| – Función asignada al juez respecto al pleito | 90 |
| – Desplazamiento de la competencia | 90 |
| – Delegación de competencia (despachos comisorios) | 91 |

| | |
|---|-----|
| – Fueros que otorgan la competencia..... | 91 |
| <i>Fuero personal</i> | 91 |
| <i>Fuero hereditario</i> | 91 |
| <i>Fuero contractual</i> | 91 |
| <i>Conflictos de competencia</i> | 92 |
| Principios del derecho procesal..... | 93 |
| – Nociones..... | 93 |
| – Características..... | 93 |
| <i>Universalidad</i> | 93 |
| <i>Perpetuidad</i> | 94 |
| <i>Causa real</i> | 94 |
| – Principios generales del derecho procesal..... | 94 |
| <i>De la motivación de las providencias judiciales</i> | 94 |
| <i>Lealtad procesal</i> | 94 |
| <i>Economía procesal</i> | 95 |
| <i>Contradicción</i> | 98 |
| <i>Igualdad</i> | 98 |
| <i>Imparcialidad</i> | 99 |
| <i>Eficacia</i> | 100 |
| <i>Cosa juzgada</i> | 100 |
| <i>Principio de impugnación</i> | 101 |
| <i>Principio de interés para intervenir en los procesos</i> | 102 |
| <i>Las sentencias no crean derechos; los declaran</i> | 102 |
| <i>Principio de la verdad procesal</i> | 102 |
| <i>Principio de oralidad y escritura</i> | 102 |
| <i>Principio de publicidad y reserva</i> | 103 |
| <i>Preclusión o eventualidad</i> | 103 |
| <i>Mediación e intermediación</i> | 103 |
| <i>Principio de concentración y desconcentración</i> | 104 |
| <i>Única y múltiple instancias</i> | 104 |
| <i>El debido proceso</i> | 105 |
| – Legitimación en la causa..... | 108 |
| <i>Especies de legitimación en la causa</i> | 110 |
| – Derecho de acción..... | 110 |
| <i>La acción en sentido amplio</i> | 111 |

| | |
|--|-----|
| – La pretensión..... | 111 |
| Pretensiones propias | 112 |
| Pretensiones impropias | 112 |
| Pretensiones declarativas | 112 |
| Pretensiones constitutivas | 112 |
| Pretensiones liquidatorias | 113 |
| Pretensiones de condena..... | 113 |
| Pretensiones ejecutivas | 113 |
| Pretensiones cautelares..... | 113 |
| Pretensión bajo juramento estimatorio..... | 114 |
| – Excepciones..... | 120 |
| Excepciones propias e impropias | 121 |
| – El proceso..... | 121 |
| Requisitos de la demanda (Art. 75 del CPC) | 121 |
| Requisitos adicionales de ciertas demandas (Art. 76 del CPC) | 122 |
| Anexos de la demanda | 122 |
| – Garantías procesales..... | 123 |
| El proceso | 123 |
| Acceso a la jurisdicción | 123 |
| Debido proceso..... | 124 |
| Tribunal europeo de derechos humanos..... | 126 |
| Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia..... | 126 |
| Tribunal penal internacional para Ruanda | 127 |
| Tribunal para el genocidio camboyano | 127 |
| Tribunal especial para El Líbano | 127 |
| Tutela judicial efectiva..... | 128 |
| La no incriminación..... | 128 |
| – La justicia en Colombia..... | 133 |
| Solución | 136 |
| Sentencia C-169 de 2014 | 138 |
| El deber ser del proceso en la justicia colombiana | 139 |
| Bibliografía | 141 |
| – Normatividad | 143 |

Presentación

A través de este libro ponemos a consideración de la comunidad académica y del público en general lo relativo a la cátedra de teoría general del proceso a partir del análisis del artículo 29 de la Constitución, cuyo objetivo es aumentar y consolidar el conocimiento del derecho sustantivo y del derecho procesal, no solo en la teoría sino también en la práctica.

El artículo 29 superior desarrolla toda la actividad jurídica colombiana, no solo en el ámbito judicial sino también en lo administrativo, toda vez que regula lo concerniente al trámite que el justiciable debe efectuar ante las autoridades administrativas y judiciales.

Esta cátedra es de vital importancia para la formación del futuro abogado y para el profesional del derecho por cuanto abarca los principios del derecho procesal que uniforman no solo la actividad procesal sino también la extraprocesal, como por ejemplo, el trámite que se debe agotar para llevar a cabo la audiencia extraprocesal de que trata la Ley 640 de 2001, desarrollada ampliamente en los códigos de procedimiento civil, administrativo y penal.

Cómo no profundizar en asuntos tan fundamentales como la jurisdicción, la competencia, la ley preexistente al caso que se le imputa al justiciable, el derecho de defensa, la carga probatoria y su exclusión cuando esta es ilegal o inconstitucional, la igualdad entre las partes, la gratuidad, la iniciación oficiosa del proceso, la única y la doble instancia, la territorialidad, los delitos y las querellas.

Otro ámbito que necesariamente debe comprenderse es el de los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), a fin de erradicar la falsa idea de que el abogado es aquel que busca el pleito y poner en su lugar la noción –esa sí cierta– de que el abogado previene el conflicto y una vez presentado trata de solucionarlo no necesariamente a través del proceso judicial, sino mediante fórmulas de arreglo que satisfagan a las partes y lograr así descongestionar los despachos judiciales.

De los MASC se destaca el arbitraje como primera forma de administrar justicia. En este sentido, cabe destacar los relatos de la Grecia clásica que narran cómo los conflictos entre héroes mitológicos eran solucionados por terceros sabios elegidos por los contendientes. Así mismo, en épocas en las que aún no existían leyes ni tribunales, la costumbre regía las relaciones entre particulares, la misma que aconsejaba como sistema más conveniente en caso de conflictos, que la solución fuese determinada por un tercero imparcial (Castillo, 2004).

Para terminar, recordemos las palabras de Eduardo J. Couture:

Estudia. *El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado.*

Piensa. *El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.*

[...]

Ama tu profesión. *Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que sea abogado (Couture, 2003, p. 3).*

Nociones generales

Noción de derecho procesal

El derecho procesal es una disciplina encargada de establecer los mecanismos o procedimientos que han de observarse para la realización coercitiva de los derechos sustanciales reconocidos por el ordenamiento y de señalar los organismos adecuados para definirlos y hacerlos cumplir (Couture, 1981, p. 3).

Para que el funcionamiento de la sociedad pueda realizarse normalmente a los designios predefinidos por sus integrantes, es preciso que cada individuo ajuste su conducta a los mandatos del derecho (Rojas, 2013, p. 27).

Para un mejor entendimiento de lo anterior, es preciso recordar el concepto de Estado. Este se puede definir como una organización jurídico-política de la colectividad y una creación del derecho, razón por la cual su actividad debe sujetarse íntegramente al orden jurídico vigente, pero sin dejar de lado el respeto por los principios de legalidad y seguridad jurídica que nos garantizan un verdadero Estado social y de derecho, tal como se consagra en nuestra Constitución.

Ahora bien, el derecho procesal debe ocuparse de:

- Indicar el organismo que habrá de solucionar los problemas jurídicos que surjan entre los justiciables, bien sea un juez singular o un juez plural.
- El procedimiento que debe seguirse para encontrar soluciones.
- Materializar los derechos sustantivos de los justiciables.

Por ende, debemos entender que el derecho procesal es la materialización del derecho sustantivo y es a través del primero que podemos ver materializados efectivamente nuestros derechos y pasar de un plano formal a un plano material,

donde el aparato jurisdiccional se pone en movimiento para resolver los conflictos de los asociados, de manera tal que se le dé la razón al que pruebe tenerla.

Justificación y fin del derecho procesal

El derecho procesal debemos tener claro que nos establece cuál es el sendero adecuado para garantizar la realización del derecho sustantivo. La existencia de este solo se puede justificar en la medida que sirve de instrumento del derecho sustancial reconocido por el orden jurídico a cada sujeto (Rojas, 2013, p. 31).

Es esta su verdadera justificación y también su fin, dado que como objeto cultural debe garantizar unos derechos por medio de su procedimiento.

Además de lo anterior

[...] frente al derecho sustancial, el derecho procesal tiene un carácter instrumental y una relación de medio a fin. Pero se trata de una instrumentalidad necesaria, en cuanto para obtener la providencia jurisdiccional sobre el mérito, no hay otro camino que el de la rigurosa observancia del derecho procesal. El derecho procesal se puede considerar como una norma de conducta para todos los sujetos del proceso y por consiguiente, para el mismo juez, que está obligado a observarlo. Este subsistema del derecho, establece el modo en que deben comportarse prácticamente las personas que participan en el proceso a fin de que este sea regular y eficaz. (Calamandrei, 1973, pp. 346, 348).

Como lógica conclusión, se tiene que “El derecho procesal asilado del derecho sustancial no tendría ninguna función para cumplir. Es por ello que el fin del derecho procesal es el derecho sustancial” (Rojas, 2013, p. 31).

Ley procesal

En la ley procesal se distinguen dos tipos de normas: la primera hace referencia a la organización judicial y al juez a quien le corresponde determinar ciertas controversias. La segunda establece las pautas para el procedimiento que se debe seguir para dirimir diferentes pleitos.

Tanto la ley procesal como la sustancial se diferencian de los principios generales del derecho en dos aspectos importantes. En primer lugar, la ley no tiene la característica de la perpetuidad, ya que nuestro ordenamiento constantemente reforma, modifica o deroga leyes; y en segundo lugar, la ley solo se aplica en el territorio nacional.

Pero de igual forma comparten una característica en común: ambas son generales, abstractas e impersonales y son emanadas del legislador, quien, en el *deber ser*, es la voz del pueblo.

Sin embargo, debemos tener claro que las sociedades son dinámicas y cambiantes, razón por la cual surge el conflicto entre las leyes, de acuerdo con las circunstancias de tiempo y espacio para su aplicación. Por ello, los jueces, los árbitros y los magistrados deben definir los casos concretos en que cabe aplicar cada ley y especificar los sujetos destinatarios.

El órgano legislativo es el creador de las leyes procesales y decide el ámbito de aplicación y desarrollo en cada caso específico. Generalmente (con la salvedad que anteriormente estudiamos) la ley no tiene eficacia fuera del país que la expide.

Cabe recordar que las normas procesales están en constante cambio, pues se debe garantizar de forma eficaz y oportuna la protección de los sujetos procesales para que se les pueda dar solución definitiva a sus dificultades. Los jueces, árbitros y magistrados deben sujetarse de manera total y exclusiva a las normas vigentes, dado que no se puede impartir justicia con normas que no existen o con base en interpretaciones erróneas, ni mucho menos apelar a la teoría del nuevo derecho para, apoyados en principios extrasemánticos sacados del sombrero (valga decir,) fallar acorde con una escala de valores que solo conoce el juzgador.

Cuando el legislador crea una nueva norma los procesos en curso no se afectan. Si un proceso determinado comenzó con una norma debe terminar con esa norma (principio de irretroactividad de la ley: lo que empieza con una ley termina con esa ley). Para mayor claridad sobre la aplicación de la ley procesal en el tiempo debemos remitirnos al artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

La ley procesal –como la sustantiva– es general, abstracta e impersonal, por tal razón se aplica a todos los individuos de una sociedad. Toda persona que esté dentro del territorio deberá conocer y respetar las leyes, sin que importe su nacionalidad (Art. 4 de la CN).

Sin embargo, algunas personas –como los agentes diplomáticos– gozan de inmunidad, la cual abarca a todos los integrantes de su familia. Estos sujetos no están regidos por la jurisdicción del Estado donde residen, sino por la del país donde provienen. Esta salvedad tiene su materialización en el artículo 14 de la Convención de Viena, creada para impedir que los agentes diplomáticos fuesen privados de su libertad en países extraños.

Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas deberán aclararse mediante la aplicación de los principios del derecho procesal, ya que como neoconstitucionalistas teóricos entendemos que la ley debe interpretarse como un hecho lingüístico, pero sin olvidar su contexto; es decir, el sistema donde se encuentra la norma y el motivo (objetivo-fin) por el cual fue positivizada, de manera que se cumpla la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva (Art. 228 de la CN), se respeten el debido proceso (Art. 20 de la CN) y el derecho a la defensa y se mantenga la igualdad entre las partes¹ (Art. 4 del CPC).

Las leyes solo rigen hacia futuro, principio conocido como fenómeno de irretroactividad. La puesta en vigor de una nueva ley procesal no afecta los procesos que se haya finalizado con anterioridad y con sujeción a la ley que estaba rigiendo. Los procesos que aún no se han iniciado en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, se someterán exclusivamente a los preceptos de la que está vigente y no a los que están en expectativa.

Cuando una nueva legislación preceptúa que los organismos judiciales sean remplazados por otros, los procesos en curso deben ser reasignados. Para ello la nueva ley bien puede proveer un mecanismo transitorio, pero si no lo establece tendrá que aplicarse la nueva legislación para distribuir los procesos en trámite.

Recordemos que cuando una ley no es clara podemos acudir a la doctrina constitucional para interpretarla, además de los otros métodos hermenéuticos del ordenamiento jurídico colombiano, consagrado en las leyes 57 y 153 de 1887.

Para concluir este apartado, cabe afirmar que la expresión “imperio de la ley” se debe interpretar de manera material y no formal, ya que la norma formal es la Constitución y su desarrollo se materializa en las leyes.

El derecho procesal y la ley

Para que pueda existir una armonía entre estos dos conceptos, se tendrá que tener un buen grado de obediencia frente al sistema normativo y los procedimientos que se empleen para su funcionamiento. La justicia intrínseca y la eficacia de los mecanismos coercitivos son sus elementos principales.

1. Para un mayor entendimiento véase la sentencia de la Corte Constitucional C-029 del 2 de febrero de 1995.

En una sociedad civilizada, la indicación del mecanismo coercitivo, legítimo y necesario para hacer valer el orden jurídico es asunto propio del derecho procesal. La subsistencia del sistema normativo depende en buena medida de que el derecho procesal disponga un método verdaderamente apto para la realización de su función (Rojas, 2004 p. 36).

Los códigos procesales desempeñan la función de informar u orientar al justiciable indicándole el trámite adecuado para hacer valer su derecho frente a quien presuntamente se lo ha conculcado. No sobra reiterar que de nada serviría la norma sustantiva sin la existencia del derecho procesal, que hace efectivo el derecho sustancial. Hacemos énfasis en ello con el fin de que se destierre la creencia errada de que el procesalista es un formalista que solo conoce de los pasos del trámite y nada tiene que ver con las normas sustantivas. No es así. El jurista integral es aquel que realmente conoce y maneja el derecho sustantivo por medio del derecho procesal.

Lo que aquí se afirma se encuentra tipificado en el artículo 11 del *Código General del Proceso*, en concordancia con el artículo 4 del *Código de Procedimiento Civil*:

“Artículo 11. Interpretación de las normas procesales. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias”.

En suma, la ley y el derecho procesal se conjugan en perfecta armonía: la primera crea los derechos y el segundo los materializa. No sobra advertir, sin embargo, que codificación alguna –trátese de la ley sustantiva o de la procesal– regula de manera absoluta una sociedad. Este problema se resuelve con las herramientas hermenéuticas presentes en la leyes 57 y 153 de 1887.

Forma de solución de los conflictos

En la estructura general de las formas de solución de conflictos, la doctrina procesal ha ideado tres mecanismos básicos: autodefensa o autotutela, autocomposición y heterocomposición. Veamos cada una por separado.

Autodefensa o autotutela

“Es la defensa que del derecho autoatribuido hace la parte invocando sus propias razones y haciéndolas prevalecer incluso por vía de la fuerza” (Puerta, 2006, p. 3). Ello genera, en consecuencia, un estado de violencia, mecanismo excluido de los ordenamientos jurídicos actuales, ya que no proporciona una solución del conflicto de manera equitativa ni tiene en cuenta los límites del propio derecho. Ahora bien, el *deber ser*, no está desterrado de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que lo podemos encontrar en:

- El derecho penal: legítima defensa y estado de necesidad (Art. 32, Ley 599 del 2000).
- El derecho civil: cuando se le da la posibilidad al cazador o pescador de que por medio de la fuerza se haga dueño de un animal bravío (Art. 693 del CC).
- El derecho internacional: derecho a la guerra.
- El derecho laboral: derecho a la huelga.

Sobre este último cabe resaltar que se trata de un derecho consagrado en la Constitución en su artículo 38: “Se garantiza el derecho de la libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad” y en la ley laboral: “El Estado colombiano garantiza los derechos de asociación y huelga, en los términos prescritos por la Constitución y las leyes” (artículo 12 del *Código Sustantivo del Trabajo*). También es cierto que una vez agotada la etapa de arreglo directo, los trabajadores sindicalizados tienen la opción de optar por la

huelga, lo que significa una paralización de la actividad empresarial y pérdidas para la economía nacional. De otro lado, si bien los funcionarios y empleados judiciales no pueden optar por esta opción, existe para ellos la figura de “asamblea permanente”, con la cual paralizan la actividad judicial y quien sufre realmente con esta inactividad es el justiciable, a quien nunca le repondrán el tiempo perdido ni lo compensarán por los efectos económicos dañinos que esta figura conlleva.

Autocomposición

Es la solución del conflicto por las mismas partes sin que una se imponga sobre la otra. Esta forma de solución de conflictos debe ser estimulada por el Estado, ya que la congestión judicial cada día es más notoria y el titular de la jurisdicción se ve corto para dirimir de forma eficaz los conflictos de la colectividad.

De la autocomposición se derivan las siguientes soluciones específicas de dirimir conflictos:

Desistimiento

Alude a la facultad del demandante o del demandado de renunciar a la pretensión o a la excepción y de las partes de renunciar al recurso impetrado. Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos reconocido procesalmente y otorga la facultad al demandante de renunciar íntegra o parcialmente a las pretensiones aducidas en la demanda antes de que se dicte sentencia que ponga fin al proceso. Esta última debe ser aprobada por el juez, quien podrá terminar anormalmente la relación procesal si lo considera pertinente.

El desistimiento lo encontramos tipificado en el artículo 342 del CPC, el cual nos indica:

El demandante podrá desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso [...].

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

[...]

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones o si solo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará [subrayado fuera de texto]

respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él. En este caso, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto sobre litisconsorcio necesario en el artículo 51.²

En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia (consentimiento) de la parte demandada, cuando esta no se opuso a la demanda y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso.

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y solo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

[...]

En materia penal, encontramos esta figura en el artículo 38 del *Código de Procedimiento Penal*, que nos indica que la acción penal se extingue por “[...] muerte, desistimiento, amnistía, prescripción, oblación, conciliación, indemnización integral y en los demás casos contemplados por la ley”.

Para las querellas (la querella es desistible), encontramos los artículos 37 de la Ley 600 de 2000 y 76 de la Ley 906 de 2004, que preceptúan:

Artículo 37. *Desistimiento de la querella. El desistimiento podrá presentarse por escrito en cualquier estado de la actuación, antes de que se profiera sentencia de primera o única instancia, se hará extensivo a todos los copartícipes y no admitirá retractación. El funcionario judicial verificará que las manifestaciones del mismo se produzcan libremente.*

Artículo 76. *En cualquier momento y antes de concluir la audiencia preparatoria, el querellante podrá manifestar verbalmente o por escrito su deseo de no continuar con los procedimientos. Si al momento de presentarse la solicitud no se hubiere formulado la imputación, le corresponde a la Fiscalía verificar que ella sea voluntaria, libre e informada, antes de proceder a aceptarla y archivar las diligencias. Si se hubiere formulado la imputación le corresponderá al juez de conocimiento,*

2. El artículo 51 al que se refiere este estatuto, alude al concepto de litisconsortes necesarios: “**Litisconsortes necesarios.** Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos”. Por su parte, el artículo 50 de la misma normativa hace referencia a los litisconsortes facultativos en el sentido de que “[...] serán considerados en sus relaciones con la contraparte como litigantes separados. Los actos de caso uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso”.

luego de escuchar el parecer de la Fiscalía, determinar si acepta el desistimiento. En cualquier caso el desistimiento se hará extensivo a todos los autores o partícipes del delito investigado, y una vez aceptado no admitirá retractación.

Desistimiento tácito

Con la entrada en vigencia del *Código General del Proceso*, rige para estos casos el artículo 317, que determina lo siguiente:

1. *Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquier otra actuación promovida a instancia de parte, se requiere el cumplimiento de una carga procesal de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado. Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente la respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá condena en costas.*

El juez no podrá ordenar el requerimiento previsto en este numeral, para que la parte demandante inicie las diligencias de notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumir las medidas cautelares previas.

2. *Cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte u oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas o perjuicios a cargo de las partes.*

En lo que respecta a la reglas del desistimiento tácito, el mismo artículo 317 señala:

1. *Para el cómputo de los plazos previstos en este artículo no se contará el tiempo que el proceso hubiese estado suspendido por acuerdo de las partes.*
2. *Si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordene seguir adelante con la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años.*
3. *Cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, de cualquier naturaleza, interrumpirá los términos previstos en este artículo.*

4. *Decretado el desistimiento tácito quedara terminado el proceso o la actuación correspondiente y se ordenara el levantamiento de las medidas cautelares practicadas.*
5. *La providencia que decreta el desistimiento tácito se notificara por estado y será susceptible del recurso de apelación en el efecto suspensivo. La providencia que lo niegue será apelable en el efecto devolutivo.*

En cuanto a las consecuencias del desistimiento tácito, el artículo 317 determina:

1. *El decreto del desistimiento tácito no impedirá que se presente nuevamente la demanda transcurridos seis (6) meses contados desde la ejecutoria de la providencia que así lo haya dispuesto o desde la notificación del auto de obediencia de lo resuelto por el superior, pero serán ineficaces todos los efectos que sobre la interrupción de la prescripción extintiva o la inoperancia de la caducidad o cualquier otra consecuencia que haya producido la presentación y notificación de la demanda que dio origen al proceso o a la actuación cuya terminación se decreta.*
2. *Decretado el desistimiento tácito por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de las mismas pretensiones, se extinguirá el derecho pretendido. El juez ordenará la cancelación de los títulos del demandante si a ello hubiera lugar. Al decretarse el desistimiento tácito, deben desglosarse los documentos que sirvieron de base para la admisión de la demanda o mandamiento ejecutivo, con las constancias del caso, para así poder tener conocimiento de ello ante un eventual nuevo proceso.*

El desistimiento tácito se aplica para todos los sujetos procesales, salvo a los incapaces que carezcan de apoderado judicial.

De acuerdo con lo visto, el desistimiento tácito tendría, entonces, dos fines: 1. cerrar las actuaciones de oficio que no hayan sido ejecutadas dentro del término correspondiente de treinta días, y 2. terminar el proceso de forma anormal.

Dentro del proceso pueden darse varias actuaciones a instancia de parte (demandante y demandado), como son:

- Llamar en garantía.
- Denunciar el pleito (cuando entre a regir íntegramente el CGP, esta figura desaparece y para invocar lo que hoy se consagra se utiliza la figura de llamamiento en garantía).

- Iniciar un incidente.
- Recurrir.
- Pedir pruebas.
- Medidas cautelares.

En este sentido, el artículo 317 dispone que

Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.

De esta manera, conocido el hecho de que la parte solicitante de la actuación tiene el deber de cumplir con su carga procesal respectiva, si pasado el término de ley (treinta días) no se consuma esta obligación, el juez, de oficio, decretará el desistimiento tácito de la respectiva actuación e impondrá costas. Sin embargo, la norma misma en el inciso segundo carga lo que hemos denominado el “haz de los jueces”, truco legal que estos utilizaran a menudo:

Cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio se decretará la terminación por desistimiento tácito [...]

Al respecto, Rojas (2013) señala:

[...] el término para realizar la actividad requerida por el juez solo es susceptible de interrupción por los mismos medios que puede interrumpirse cualquier término que confiera el juez, [...] en todo caso, de expirar dicho término sin ser cumplida la orden, la renuencia del demandante se interpreta como el desistimiento tácito de la demanda [subrayado fuera de texto] lo que implica la terminación súbita del proceso, la cancelación de las medidas cautelares y la pérdida de todos los efectos derivados de la presentación de la demanda y de la notificación al demandado. Nótese que lo que se percibe como desistimiento no es la simple inactividad del demandante, sino la desobediencia a la orden precisa y perentoria impartida por el juez (p. 427).

De lo único que nos apartamos de lo dicho por Rojas es en lo relativo a la limitación que expresa, sobre “renuncia” del demandante, como si aquella solo operara para actos realizados por este. La “renuncia” se profesa, en efecto, para la parte que inicie la actuación, sea esta demandante o demandado y ello es tan cierto que el mismo artículo lo expresa de ese modo:

1. “[...] o de cualquier otra actuación promovida a instancia de parte” (numeral 1).
2. “[...] o de un acto de la parte que haya formulado aquella...” (numeral 1).
3. “[...] actuación de cualquier naturaleza...” (numeral 2).

Procesalmente, sabemos que las actuaciones procesales de cualquier naturaleza –como sería la de llamar en garantía– las puede efectuar tanto el demandante como el demandado. De ahí nuestra afirmación de que si la actuación que el juez ordenó –cualquiera que esta sea– permanece por más de un año en la secretaría del despacho, opera válidamente el desistimiento tácito del proceso.

La norma es sabia y en ejercicio de esa sabiduría considera aquellas actuaciones propias de los “rapaces del derecho”, quienes ágilmente solicitan una actuación que jamás la cumplen, para que de esta manera y amparados en lo que dictamina la norma, repose indefinidamente en la secretaría del despacho y demandar así el desistimiento tácito del proceso. De allí que el numeral 2, literal c del artículo 317 señale causales específicas de interrupción del término para decretar el desistimiento tácito: cualquier actuación –de oficio o a petición de parte– y de cualquier naturaleza. Entonces, si el demandado se está haciendo el de la “vista gorda” para cumplir la orden del juez, con un simple memorial en el que se le solicita al juez que dé por terminada esa etapa se entenderá interrumpido el término al que se refiere el artículo 317 del CGP.

Cabe reiterar que la inactividad del proceso por más de un año no solo es atribuible a la parte que no lleva a cabo su carga procesal, sino también a aquella que no interrumpió el término. De ello se deriva que el desistimiento tácito sea una sanción que persigue descongestionar los anaqueles judiciales colmados de procesos que obstaculizan la actividad judicial.

Allanamiento

Alude al hecho de que el demandado acepta la pretensión (se “allana” a ella) porque está de acuerdo con los hechos de la demanda.

Es una forma de autocomposición del conflicto, contemplada por el derecho procesal, tipificada en el artículo 93 del CPC:

En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda, reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad a lo pedido. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude o colusión, o lo pida un tercero que intervenga en el proceso como parte principal.

El allanamiento de uno de los varios demandados, no afectará a los otros, y el proceso continuará su curso con quienes no se allanaron. Cada uno de los litisconsortes se considera litigante separado, y por tanto, los actos que impliquen disposición del derecho litigioso no tienen que provenir de la totalidad de los sujetos que integran el litisconsorcio.

Para que el allanamiento tenga aptitud legal de terminar anormalmente la relación jurídica procesal, impone al demandado una doble aceptación: aceptación de la pretensión o las pretensiones y aceptación de todos los hechos de la demanda.

El allanamiento del demandado no genera per se para el juez obligación de dictar sentencia que acoja lo pedido, pues si este observa fraude debe rechazar la petición y llamar de oficio al tercero afectado por el allanamiento. El allanamiento solo debe ser utilizado para “prevenir más sanciones y gastos en el proceso” por parte del demandando y no para obtener ventaja de ello.

Los demandados que pueden utilizar este mecanismo son las personas del derecho privado, las sociedades industriales y comerciales, y la nación autorizada por el Gobierno.

A la misma vez, para que el allanamiento sea eficaz se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Capacidad dispositiva.
- Que el derecho sea susceptible de deposición de las partes.
- Que el demandado sea la nación, el departamento o el municipio y tengan autorización judicial.
- Que los hechos puedan ser probados por confesión.
- Si es por medio de apoderado, este debe tener expresa autorización para allanarse.

- Si existe litisconsorcio necesario, que se allanen todos los demandados.
- Que no produzca efectos de cosa juzgada frente a terceros.

Transacción

Es una forma de terminar un proceso anormalmente por medio de una convención en la que las partes precaven un litigio eventual o terminan uno existente. Siempre será extraprocesal y con efectos procesales.

Para el *Código Civil*, la transacción es un contrato en que las partes terminan anormalmente un proceso o precaven un proceso eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que se disputa (Art. 2469).

La estructura de la transacción es la convención, ya que es un acto jurídico bilateral cuya finalidad es la extinción de un proceso de manera anormal. Sin embargo, la transacción es propia del ámbito sustantivo y tiene la finalidad de precaver un litigio eventual.

Para que la transacción tenga validez, debe solicitarse por escrito por quienes la hayan celebrado, dirigirse al juez o tribunal que conozca el proceso, ajustarse a las prescripciones en materia sustantiva y versar sobre la totalidad de las cuestiones debatidas. Podrá presentarla también cualquiera de las partes, acompañando el documento de transacción.

El juez aceptará la transacción que se ajuste a lo dicho anteriormente y declarará la terminación del proceso. De esta manera, queda sin efecto la sentencia dictada que no estuviere en firme. Cuando la transacción solo recae en una parte del proceso o entre algunos de los agentes involucrados, el proceso continuará respecto de las personas o los aspectos no comprendidos en aquella, lo cual deberá el juez precisar en el auto que admite o apruebe la transacción.

Quiénes pueden transigir

“Solo puede transigir la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción” (Art. 2470 del CC). Debe ser un derecho que sea disponible, renunciable y susceptible a enajenarse.

Todo mandatario necesita de poder especial para transigir, donde se debe especificar los bienes, los derechos y acciones que se comprendan en la transacción (Art. 2471 del CC).

Cuando la transacción necesite licencia y aprobación judicial, el juez que conoce del proceso deberá resolver estas [...] (Art. 340 del CPC).

Los representantes de la nación, departamentos, municipios, no podrán transigir sin autorización del gobierno nacional, gobernador o alcalde según el caso (Art. 341 del CPC. Concordancia con el Art. 313 del CGP).

La transacción en materia administrativa

Los sujetos que pueden acudir a dicho mecanismo de resolución de conflictos son:

- Las personas de derecho privado.
- Las sociedades de economía mixta.
- Las empresas industriales.
- Las empresas comerciales del Estado.
- Las entidades públicas.

Todo ente público necesita previa autorización expresa y escrita del ministro, el jefe de departamento, el gobernador o el alcalde, según fuere el caso. Cabe añadir que para terminar un proceso existente o precaver un litigio eventual, la autorización requiere la autorización de juez o de lo contrario será objeto de nulidad por falta de competencia.

La transacción no surte efectos sino entre los contratantes, a lo que se agrega que si los interesados en el negocio por el cual se transige son varios (litisconsorcio necesario), la transacción consentida por uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros, salvo los efectos de novación en el caso de que sea obliguen solidariamente.

Nulidad de la transacción

El objeto de la transacción debe ser comerciable, por consiguiente cuando versa sobre los siguientes aspectos es nulo:

- El estado civil de las personas (Art. 2473 del CC).
- Alimentos futuros de las personas a quienes se deba por ley (Art. 424 del CC).
- Derechos ajenos o derechos que no existan.

- La transacción que se haga después de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.
- Títulos falsificados.
- Cuando el objeto sobre el cual se transige es errado.

Asimismo, cuando se transige con el poseedor aparente de un derecho no podrá alegarse esa transacción contra la persona dueña real del derecho.

En los siguientes casos no se genera nulidad:

- Si se cree transigir con una persona y se transige con otra, podrá rescindirse la transacción.
- Cuando se yerra en el cálculo de la transacción esta no se rescinde; sin embargo, no se pierde el derecho a rectificar.
- Cuando una de las partes no tenga disposición sobre alguno de los objetos sobre los que se transige, cualquiera de las otras puede rescindir.

La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito, sin perjuicio de la acción criminal correspondiente.

Improcedencia procesal de la transacción

La transacción no procede en los siguientes casos:

- Cuando no se tenga capacidad dispositiva sobre los objetos que se transan.
- Cuando la persona que transa sea incapaz y carezca de autorización judicial.
- Cuando en materia administrativa pública, el funcionario que transa no tenga competencia para ello.
- Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.
- Cuando el demandado sea la nación, un departamento o municipio.
- Cuando los hechos admitidos no son susceptibles de probarse por confesión (una de las partes confiesa un hecho que le es adverso y favorece a la contraparte).
- Cuando se haga por medio de apoderado y este carezca de la facultad expresa de confesar, salvo cuando se presentan la demanda, la contestación, las

excepciones, y en la audiencia de que trata el artículo 101 del CPC. (Art. 197 del CPC). En este punto es importante precisar que con la vigencia del *Código General del Proceso* el abogado está habilitado para confesar espontáneamente y “cualquier restricción sobre tales facultades se tendrá por no escrita” (Art. 77).

- Cuando afecte derechos de terceros.
- Cuando exista litisconsorcio necesario y no provenga de todos los demandados.

Heterocomposición

Es una forma de solucionar controversias con la intervención de un tercero imparcial –lo cual genera una solución permeada plenamente por la justicia– con potestad suficiente para obligar a las partes a aplicar la solución por él dada. Como terceros neutrales encontramos en el ordenamiento jurídico al juez o magistrado y de forma excepcional a personas que transitoriamente administran justicia: el conciliador –figura regulada en la Ley 640 de 2001–, el amigable componedor y el árbitro, figuras reguladas en la Ley 1563 de 2012.

El mediador (tercero que busca resolver las controversias de dos o más personas y del cual hablaremos más adelante) no tiene regulación expresa en Colombia; sin embargo, en sistemas jurídicos latinoamericanos como el argentino esta figura ha traído múltiples ventajas para el derecho empresarial.

Mecanismos alternativos de solución de conflictos

Convención

Para el desarrollo de este acápite debemos comenzar haciéndonos el siguiente cuestionamiento: ¿qué impide que por medio de una convención se solucione un problema?

En nuestro sentir, en parte alguna del ordenamiento jurídico de nuestro país encontramos una norma que prohíba que por medio de un acto jurídico bilateral se pueda zanjar un conflicto.

Muchos de los procesos ordinarios, sobre todo aquellos que resuelve la “jurisdicción arbitral” (una denominación errada utilizada por muchos doctrinantes, como más adelante trataremos), se desprenden de los conflictos que nacen de los contratos, que como bien se sabe son generadores de obligaciones y no estaría mal que por medio de otro contrato se dirimiera tal conflicto. Ya lo preceptúa uno de los tantos principios generales del derecho que se transmiten en la academia: “En derecho, las cosas se deshacen como se hacen”.

Y para confirmar el hecho de que es viable solucionar una controversia por medio de la convención, la Ley 57 de 1887 nos dice en su artículo 1625:

Toda obligación se puede extinguir por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”. Entonces vemos como por el mutuo consentimiento de las partes puede extinguirse la obligación, de la misma que también se puede solucionar las diferencias que nacen del vínculo contractual.

De igual manera, la legislación mercantil también contempla la posibilidad de, por medio de un contrato, cesar una obligación o modificarla para subsanar cualquier desacuerdo entre las partes (Art. 864 del C de CO).

Mediación

La mediación es un procedimiento por medio del cual se resuelve un conflicto entre dos o más personas. Es de anotar que no podemos considerar la mediación como una especie de litigio subsidiario ni mucho menos complementario de la justicia, sino como un mecanismo autónomo alternativo de solución.

Yarn (1993, citado por Lerer, 2011) la define como “[...] un proceso en el cual las partes en disputa acuerdan contratar una tercera parte, el mediador, que las ayuda a convenir una solución mutuamente aceptable para ellas” (p. 106).

Folberg y Taylor (1992, citados por Lerer, 2011), la detallan como

[...] un proceso mediante el cual los participantes, con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades (p. 107).

Y por último, Lerer (2011) nos dice que la mediación

[...] es un proceso, esto es, un conjunto de etapas o pasos que necesariamente deben seguirse, orientados hacia un objetivo específico que se sigue conforme a un conjunto de reglas acordadas. En ese proceso intervienen personas cuya interacción ha dado lugar a un conflicto: a esas personas no las llamamos partes, pues nos encontramos en un procedimiento no adversarial que recupera el poder de resolución y manejo de conflictos; por eso las vamos a denominar participantes. La mediación es un método alternativo de resolución de conflictos que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes para tomar decisiones que influyen en sus vidas; en la autocomposición de sus disputas (p. 107).

De acuerdo con Lerer (2011), la mediación puede ser de dos clases: facilitadora y evolutiva. La primera –como su nombre lo indica– pugna por facilitar la comunicación entre las partes y trasciende el plano emocional para concentrarse en plantear intereses y formas donde aquellas puedan subsistir sin afectarse mutuamente. Llama a buscar una forma de entendimiento tal que brinde a las partes beneficios mutuos y de esa forma llegan a un acuerdo. La segunda se enfoca en plantear los problemas a fin de que las partes tengan claro los conflictos que las afectan y cuáles de ellos podrían pasar al plano jurídico. Se trata de convencer

que si no se da un acuerdo de voluntades ello podría generar más desgaste para las partes que el problema en sí.

El mediador es una persona neutral que no imparte justicia, desempeña el papel de director de la negociación y cumple varias funciones, entre las que se cuentan:

1. Conciliar los sentimientos perturbados entre las partes.
2. Ser director imparcial del conflicto, dar oportunidades para que las partes discutan las controversias y lleguen a una solución.
3. Dejar claros los intereses de cada parte
4. Por medio de métodos adecuados, llevar a las partes a una solución.
5. Trasformar de manera positiva la información que las partes asumen como negativa.
6. Luchar por que no se agote la negociación hasta llegar a la terminación del conflicto.
7. Velar por que la equidad predomine y suscite una solución.

Son obligaciones del mediador (Lerer, 2011):

1. Ser imparcial.
2. Mostrar a las partes en qué fase del proceso se encuentran.
3. Escuchar a las partes con atención.
4. Estudiar todos los hechos del conflicto.
5. Darles a las partes en el momento adecuado, la oportunidad para que se expresen.
6. No prejuzgar.
7. Conservar el deber de confidencialidad profesional.
8. Mantener el orden en las sesiones.
9. Buscar la forma de dirimir el conflicto.
10. No contradecir a los abogados de las partes ni a ellas mismas.
11. No dar la solución sin tener claro todo el conflicto.

12. Exigir y dar respeto.

Etapas de la mediación

Varios autores han planteado las etapas de la mediación, pero en nuestro sentir las más claras son las expuestas por Singer (1994), quien divide la mediación en seis fases:

1. Contactos iniciales entre el mediador y las partes.
2. Ingreso del mediador en el conflicto y establecimiento de las reglas que guiaran el proceso
3. Obtención de la información relativa a la disputada, identificación de los temas a ser resueltos y elaboración de una agenda.
4. Formulación de opciones de solución
5. Evaluación de las opciones para arribar a un compromiso y su comparación con las alternativas de arreglo que tienen las partes
6. Conclusión de un acuerdo total o parcial sobre la sustancia del conflicto, junto con el establecimiento de un plan de implementación del acuerdo y el monitoreo de su cumplimiento.

La mediación, como forma alternativa de solución de conflictos, ha tenido plena acogida en países como Estados Unidos y algunos de Europa occidental. Para el caso de nuestro país, es menester utilizar estos mecanismos dados por el Estado, cuyos efectos son, sin duda, favorables tanto para las partes en conflicto como para el aparato judicial, ya que las primeras dirimen un conflicto de forma más eficaz y con menos recursos y la justicia se descongestiona.

Amigable composición

La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por el cual dos o más particulares, un particular, y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición (Art. 59, Ley 1563 de 2012).

Para exponer una controversia ante el amigable componedor –quien podrá ser singular o plural–, es necesaria una cláusula contractual o un contrato indepen-

diente en el que las partes expresen claramente que someterán sus desacuerdos a su decisión (Art. 59, Ley 1563 de 2012).

El amigable componedor obra como mandatario de las partes y en las decisiones que el acoja precisará el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un acto jurídico y determinará si existe un incumplimiento contractual y la responsabilidad inherente a dicho incumplimiento. La decisión del amigable componedor tiene los mismos efectos que el contrato de transacción y salvo acuerdo en contrario, el amigable componedor por regla general decide en equidad, pero esto no conlleva que haga uso de las reglas de derecho si lo considera pertinente y necesario.

La persona que representa al amigable componedor puede ser una persona jurídica o natural; si es natural, no necesita ser abogado (Art. 61 Ley 1563 de 2012). Las partes o un tercero pueden designar quién va ser el amigable componedor. Cuando dentro de la cláusula o contrato independiente de la amigable composición se guarde silencio acerca del encargado de designar al amigable componedor, se entenderá que esta función se ha delegado en un centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada escogido a prevención por la parte convocante.

El procedimiento de la amigable composición podrá ser fijado por las partes directamente, o por referencia a un reglamento de amigable composición de un centro de arbitraje, siempre que se respeten los derechos de las partes a la igualdad y a la contradicción de argumentos y pruebas. A falta de acuerdo entre las partes, se entenderán acordadas las reglas de procedimiento del centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por la parte convocante (Art. 61, Ley 1563 de 2012).

Si no existe un centro de arbitraje en el domicilio de la parte convocada y no hay acuerdo expreso al respecto, la parte convocante podrá escoger cualquier centro de arbitraje del país para que fije la designación y el procedimiento.

Conciliación

Es un mecanismo de solución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador (sentencia C-114 de 1999). Su procedencia está admitida respecto de todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que la ley determine.

El acta de conciliación donde consta el acuerdo, presta merito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada. Antes de continuar, debemos hacer una precisión respecto a las actas de conciliación: cuando se llega a un arreglo, lo proferido por un conciliador se denomina “acta de conciliación”, pero si el acuerdo no se presenta, lo expedido por el conciliador es una “constancia de no acuerdo”. Esta precisión la hacemos en aras de erradicar de la académica y de la práctica la llamada “acta de no conciliación”, ya que esta no existe.

La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial.

La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad (Art. 3, Ley 640 de 2001).

Los trámites de conciliación que se celebren ante funcionarios públicos facultados para conciliar, ante centros de conciliación de consultorios jurídicos de facultades de derecho y de las entidades públicas serán gratuitos (Art.4 Ley 640 de 2001).

El conciliador que actúe en derecho deberá ser abogado titulado, salvo cuando se trate de conciliadores de centros de conciliación de consultorios jurídicos de las facultades de derecho y de los personeros municipales y de los notarios que no sean abogados titulados (Art.5 Ley 640 de 2001).

El conciliador tiene las siguientes obligaciones, según la ley:

1. *Citar a las partes de conformidad con lo dispuesto en esta ley.*
2. *Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia.*
3. *Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación.*
4. *Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia.*
5. *Formular propuestas de arreglo.*
6. *Levantar el acta de la audiencia de conciliación.*
7. *Registrar el acta de la audiencia de conciliación de conformidad con lo previsto en esta ley.*

Es deber del conciliador velar por que no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles. (Art. 8 Ley 640 de 2001).

Luego de contestada la demanda principal y de la reconvenición si la hubiere, el juez citará a demandantes y demandados para que personalmente concurren, con o sin apoderado, a audiencia de conciliación, para luego proceder al saneamiento, decisión de las excepciones previas y fijación de litigio (Art. 101 del CPC, incorporado en el artículo 23 del Decreto 1818 de 1998).

Lo anterior, sin perjuicio de la citación que hará el juez, previa solicitud del demandante, o de las partes, para conciliar.

La audiencia de conciliación judicial se sujeta a las siguientes reglas:

Cuando no se propusieron excepciones previas, el juez señalará para la audiencia el décimo día siguiente al vencimiento del traslado de la demanda principal y de la reconvenición si la hubiere.

Si se proponen dichas excepciones se procederá de la siguiente manera:

- 1. Si se trata de excepciones que no requieran la práctica de pruebas distintas de la presentación de documentos, para la audiencia se señalará el décimo día siguiente al de la fecha del auto que la decida, si no pone fin al proceso.*
- 2. Si las excepciones propuestas requieren la práctica de otras pruebas, la audiencia se celebrará el décimo día siguiente al del vencimiento del término para practicarlas.*

(Art. 101 del CPC, incorporado en el artículo 23 del Decreto 1818 de 1998).

El auto que profiera el juez –donde señale la fecha y hora de la audiencia judicial– no tendrá recursos en su contra, pero si antes de la hora señalada para la audiencia alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez por medio de un auto el cual tampoco tendrá recursos, señalará el quinto día siguiente para celebrarla. Cabe advertir que solo puede haber un aplazamiento de la audiencia.

La inasistencia a la audiencia de conciliación se considera como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito, según fuera el sujeto procesal que no compareciera. Las partes –como sus apoderados– deben concurrir hasta la finalización de la audiencia y no pueden siquiera retirarse sin

autorización del juez. Si llegasen a cometer esta falta, se les impondrá multa por valor de cinco a diez salarios mínimos mensuales.

La audiencia dura tres horas (salvo que se termine el objeto de la misma) y su fin es que el juez, oficiosamente, interrogue de modo exhaustivo a las partes sobre el objeto del proceso, de la misma forma que las partes podrán formular el interrogatorio a su contraparte y se acudirá al careo si es necesario, para luego proceder a fijar el objeto del litigio.

Existe otra clase de conciliación, a saber, la conciliación extrajudicial, de suma importancia así no se haga dentro del proceso, ya que es un requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa.

La conciliación extrajudicial puede recaer sobre conflictos civiles, laborales, de familia, contencioso administrativos, comerciales, agrarios y policivos.

La conciliación extrajudicial será institucional cuando se lleve a cabo en los centros de conciliación; administrativa cuando se haga ante autoridades administrativas en cumplimiento de funciones conciliatorias, y en equidad cuando se efectúe ante conciliadores en equidad.

Luego de realizada la audiencia de conciliación –se haya o no conciliado– se podrá prescindir de la audiencia a la que hace referencia el artículo 101 del CPC (incorporado en el artículo 23 del Decreto 1818 de 1998).

La entrada en vigencia de algunos artículos de la Ley 1564 de 2012, dio lugar a cambios importantes tanto en la conciliación judicial como extrajudicial. La primera modificación la encontramos en el artículo 1 de la Ley 640 de 2001, que en su parágrafo anterior contemplaba:

Las partes deberán asistir a la audiencia de conciliación y podrán hacer junto con su apoderado. Con todo en aquellos eventos en los que el domicilio de alguna de las partes no esté en el Circuito Judicial del lugar donde se vaya a celebrar la audiencia o alguna de ellas se encuentre fuera del territorio nacional, la audiencia de conciliación podrá celebrarse por intermedio de apoderado debidamente facultado para conciliar, aun sin la asistencia de su representado.

El actual parágrafo difiere del anterior en el sentido de que el lugar del domicilio al que se refiere el parágrafo anterior ya no se limita al circuito judicial sino al municipio. Cambio razonable, pues el legislador habría empleado inapropiadamente un concepto que no tenía un significado acorde con la realidad, ya que como es bien sabido, circuito judicial alude al conjunto de municipios.

La segunda reforma apunta a la modificación que el artículo 621 de la Ley 1564 de 2012 hace del artículo 38 de la Ley 640 de 2001, así: donde antes se refería a *jurisdicción civil*, ahora corresponde a *especialidad jurisdiccional civil*.

Sin embargo, lo anterior no es lo único que se modifica, ya que con la entrada en vigencia del *Código General del Proceso*, en los asuntos contencioso administrativos se determina lo siguiente:

Audiencia de conciliación extrajudicial en los asuntos contencioso administrativos. Cuando se solicite conciliación extrajudicial, el peticionario deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resuelva sobre su intervención o no en el comité de conciliación de la entidad convocada, así como la audiencia correspondiente (Art. 613).

La misma norma, expresa que

No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública (parágrafo segundo, Art. 613).

Pero, como siempre, existe una excepción a la regla general. Esa salvedad la encontramos cuando se inicia un proceso ejecutivo contra un municipio, caso en el cual sí es requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial por mandato expreso del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012. Y recordemos que la ley especial prevalece sobre la norma general (Ley 153 de 1887). Por tal razón, no siempre en los procesos ejecutivos se podrá acudir directamente al aparato judicial.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-533 de 2013, indicó sobre este punto:

El análisis de constitucionalidad en el presente caso debe tener en cuenta que la norma en cuestión no implica un alto impacto sobre alguno de los contenidos nucleares del derecho de acceso a la justicia. De hecho, el reclamo del accionante no se funda en señalar que el requisito de la conciliación prejudicial prohíbe el ejercicio de acciones judiciales o la presentación de pruebas o imponga alguna otra medida legislativa que pueda tener tal grado de impacto en los ámbitos centrales de protección del derecho de acceso a la justicia. Para la acción presentada, la norma legal acusada impone una carga que se considera irrazonable, por cuanto obliga a los acreedores de los municipios a cumplir con el requisito procesal de adelantar

una conciliación prejudicial en los procesos ejecutivos contra municipios, a pesar de que se trata de derechos ciertos que deberían poder hacerse efectivos judicialmente, sin controversias ni intentos de conciliaciones adicionales. En tal medida, no está la sala ante una norma que, prima facie, comprometa gravemente aspectos nucleares de un derecho fundamental y, en consecuencia, implique adelantar un juicio riguroso y celoso de la protección de la Constitución.

La norma acusada (artículo 47 de la Ley 1551 de 2012) es razonable constitucionalmente en tanto propende por fines legítimos e imperiosos, a través de un medio que no está prohibido constitucionalmente y que es adecuado para alcanzar tales fines.

Teniendo en cuenta el texto de la norma acusada y las intervenciones en defensa de la misma, se puede establecer que tiene por finalidad promover la sostenibilidad fiscal de los municipios y el saneamiento de sus finanzas, asegurando así, el adecuado manejo de los recursos de ese nivel territorial y permitiendo a las administraciones planear de manera estratégica sus políticas para el manejo de las deudas reconocidas y ejecutables. Para la Sala, se trata de fines que son legítimos a la luz de la Carta Fundamental. De hecho se trata de propósitos imperiosos constitucionalmente. De acuerdo con el Gobierno, como se dijo, la disposición busca permitir a las administraciones municipales tomar decisiones de gestión y planeación financiera, sobre cómo conciliar los planes de pagos de las obligaciones que pueden ser objeto de cobro judicial ejecutivo. Los municipios son las entidades territoriales básicas de la administración pública. A través de ellos, se constituye el poder local de base y se garantiza la promoción y cumplimiento de los derechos fundamentales. Las herramientas normativas de la Ley 1551 de 2012, propenden por la construcción de un marco legal que ofrezca a los municipios la posibilidad de contar con los medios para poder actuar de forma moderna, eficiente y adecuada, dados los principios que gobiernan el actuar de la administración pública. El artículo 47 específicamente, busca ofrecer tales herramientas en la planeación del pago de las deudas por las que el Municipio puede ser ejecutable judicialmente.

En segundo lugar, el medio empleado en el presente caso [a saber, el hacer obligatoria la conciliación prejudicial en los procesos ejecutivos ante los municipios] no es una medida que se encuentre prohibida o excluida por lo el orden constitucional vigente. De hecho, la conciliación es una institución de derecho que es reconocida por la propia Constitución Política (art 116, CP) y que, incluso, advierte la posibilidad que tienen las personas particulares de ser investidas temporalmente con facultades para ejercer funciones de conciliadores. Como se indicó previamente, establecer la conciliación como requisito para el ejercicio de las acciones civiles, de familia o contencioso administrativas, ya ha sido considerado por la Corte Consti-

tucional como un medio no prohibido que legítimamente puede ser empleado por el legislador, siempre y cuando no conlleve una carga desproporcionada e irrazonable sobre los derechos fundamentales, teniendo en cuenta el diseño específico que se dé a la institución por parte de las normas.

En tercer lugar, la sala advierte que el medio empleado para alcanzar los fines propuestos es un camino adecuado. La herramienta legislativa seleccionada, permite a los municipios tomar acciones reales para adoptar medidas que le permitan efectuar una planeación estratégica con relación al manejo de las finanzas y, concretamente, a las acciones que se deben tomar con ocasión de las deudas que han contraído en razón de su actividad. De hecho, de acuerdo con las intervenciones, se trata de herramientas útiles, teniendo en cuenta el grado de afectación real de las finanzas de muchos municipios, actualmente.

El imponer a las personas que promuevan procesos ejecutivos contra los municipios la carga de intentar conciliar las deudas que pueden ser objeto de dichos procesos, antes de iniciar el trámite judicial, da a estas entidades territoriales una oportunidad para hacer planes de pagos que concilien el deber de cumplir y honrar tales compromisos como corresponde, por una parte, pero a la vez permite a los municipios evitar que en el cumplimiento de dichas obligaciones se comprometan gravemente las finanzas y los recursos, llegando a poner en riesgo las sostenibilidad fiscal y financiera de estas entidades y la opción de cumplir con los deberes constitucionales fundamentales superiores que les han sido encomendados. Así, tal es el caso de la protección del derecho a la salud, del derecho a la educación o a la adecuación y manejo del sistema de acceso al servicio de agua potable, en especial, de la población más necesitada y vulnerable.

En el presente caso, el diseño concreto de la herramienta legislativa consagrada en el artículo 47 acusado, contempla una serie de medidas complementarias que permiten concluir que la manera como específicamente ha sido consagrada la conciliación prejudicial, es especialmente conducente a la finalidad buscada. En efecto, el artículo en cuestión establece que se 'autoriza a las entidades públicas de todos los órdenes que sean acreedoras de los municipios a rebajar (i) los intereses pendientes o (ii) las sanciones a que haya lugar, y (iii) a condonar el capital o convenir que sea reinvertido en programas sociales del municipio que correspondan a las funciones de la entidad acreedora'. Adicionalmente, advierte la norma que 'si se trata de obligaciones tributarias o parafiscales, la entidad pública acreedora podrá reducir hasta el noventa por ciento (90 %) de los intereses y/o las sanciones a que haya lugar', pero 'siempre y cuando el municipio se comprometa a pagar el valor del capital correspondiente en un máximo de dos vigencias fiscales'; la norma advierte que este plazo puede 'ampliarse a tres vigencias fiscales si se trata de municipios de

4ª, 5ª y 6ª categoría.' Finalmente, se advierte que también se establecen límites a estas facultades, como por ejemplo, que no procede el cobro contra un municipio de deudas o saldos pendientes de convenios interadministrativos o de cofinanciación, "cuando se compruebe que estas se originaron por conductas de los funcionarios responsables, en contradicción a la Ley, que generaron detrimento al patrimonio público", precisando que si el detrimento ocurrió por "una incorrecta gestión municipal, como por deficiencias en el control debido por parte de las entidades del orden nacional o departamental", las entidades públicas deberán convenir una estrategia para lograr, a través de los procesos judiciales, fiscales y disciplinarios correspondientes, determinar las responsabilidades a que haya lugar en contra de los funcionarios que hayan causado el daño y recuperar el dinero público que no se haya aplicado adecuadamente al cumplimiento del fin al que estaba destinado, lo cual deberá consignarse en el acta de liquidación correspondiente.

En otras palabras, la conciliación prejudicial como requisito procesal en los procesos ejecutivos contra los municipios es una herramienta legislativa que permite a estas entidades territoriales desarrollar el criterio de economía y buen gobierno, que incluye expresamente los criterios de auto sostenibilidad económica y fiscal. Especialmente si se tiene en cuenta el diseño particular de la institución, que se acompaña de medidas normativas que le permiten a aquellas entidades acreedoras de los municipios, llegar a acuerdos de conciliación en los que se incluyan, además, descuentos considerables sobre los montos que deberán ser cancelados. Se trata, de conciliaciones y acuerdos de pago que no solo permiten a los municipios adoptar estrategias y planes para asumir razonablemente las deudas que pueden ser ejecutadas en su contra, sino que se permite alcanzar disminuciones importantes y considerables, que ayudan a alcanzar los objetivos propuestos de manera más efectiva.

Arbitraje

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice (Art. 1, Ley 1563 de 2012).

Los principios del arbitraje son:

Imparcialidad: los árbitros y secretarios deben saber que si tienen conflictos de interés deben expresarlos, ya que pueden ser recusados y están impedidos por las mismas causales que los jueces y magistrados (Art. 150 del CPC).

Idoneidad: los árbitros seleccionados por el centro de arbitraje deben ser competentes en grado sumo. Su escogencia se hará con base en su experiencia en el área.

Celeridad: radica en la facultad de los árbitros de dirigir el proceso de manera tal que en la actuación que se surta se logre la mayor eficacia posible. Es decir, los diferentes actos procesales deben ser útiles para la marcha del proceso y su grado de utilidad debe ser el mayor posible.

Igualdad: los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica. La interpretación más acorde con la Constitución es aquella que evita que la escogencia de un principio lleve al sacrificio absoluto de otro de la misma jerarquía (T- 123 de 7995) (Art. 13, CP).

Publicidad: en el proceso de arbitraje, los árbitros y el secretario están obligados a ventilar el proceso a la luz de las partes y de terceros, garantizando con ello no existirá arbitrariedad (las providencias se notificaran por estrados).

Contradicción: en todas las actuaciones judiciales y administrativas se garantiza siempre el derecho de defensa (Art. 29, CP).

Clases de arbitraje

Arbitraje *ad hoc*: cuando es conducido directamente por los árbitros.

Arbitraje institucional: cuando es administrado por un centro de arbitraje. A falta de acuerdo respecto a la naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional, de la misma forma que cuando intervenga el Estado, una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas.

Arbitraje social: es totalmente gratis.

Arbitraje virtual: nueva clase de arbitraje consagrado en el Decreto 1829 de 2013. Al respecto, la revista *Ámbito jurídico*,³ expuso:

El Gobierno reglamentó el arbitraje virtual, que permitirá resolver conflictos y expedir laudos por medios electrónicos. Además, creó la figura de los árbitros en línea, que realizarán audiencias a través de videoconferencia, teleconferencia o cualquier medio de comunicación simultánea.

3. http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti20130828-03gobierno_reglamenta_el_arbitraje_virtual/noti20130828-03gobierno_reglamenta_el_arbitraje_virtual.asp

El Decreto 1829 del 27 de agosto de 2013 señala que las personas jurídicas sin ánimo de lucro, las facultades de derecho y las entidades públicas, podrán solicitarle al Ministerio de Justicia la autorización para la creación de centros de arbitraje, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley.

Esta herramienta podrá aplicarse cuando una de las partes incluya en el contrato o acuerdo el pacto arbitral, especialmente en los contratos de adhesión. El litigio se someterá al arbitraje on line, cuando la otra parte lo acepte expresamente y decida acudir al respectivo centro de arbitraje a instaurar la demanda. Según el Ejecutivo, el inicio de estos procesos tendrá un costo mínimo.

La norma reglamenta disposiciones de las Leyes 23 de 1991, 446 de 1998, 640 del 2001 y 1563 del 2012, relacionadas con la creación de los centros de conciliación y arbitramento.

Además, deroga los Decretos 30 del 2002; 3626, 3756, 314 y 4089 del 2007 y las resoluciones 1342 del 2004 y 2987 del 2007.

De otro lado, fija un régimen de transición de seis meses, para que los centros que estén en funcionamiento modifiquen su reglamento y sus condiciones a lo dispuesto por la nueva norma.

Actualmente, el país cuenta con 126 centros de arbitraje activos que podrán implementar la solución de controversias on line: treinta y uno en Bogotá, diecisiete en Cali, once en Medellín, cuatro en Cartagena y tres en Pereira, Villavicencio y Bucaramanga.

Estos centros han atendido durante los últimos tres años 1.461 trámites de arbitraje, cuyas pretensiones alcanzan los 36 billones de pesos.

1. *¿Qué es arbitraje on line?*

Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que permitirá dirimir controversias originadas en la actividad comercial, con el apoyo de un sistema de información, aplicativo o plataforma. La idea es que el proceso se adelante de forma virtual.

2. *¿Qué casos deben ir a los árbitros?*

Cualquier tipo de contrato o acuerdo en el que se considere el incumplimiento de una de las partes. No tiene mínima ni máxima cuantía demandada por la parte.

3. *¿Qué perfil deben tener los árbitros?*

Según la Ley 1563 del 2012, el árbitro debe ser colombiano y ciudadano en ejercicio; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni estar inhabilitado para ejercer cargos públicos o haber sido sancionado con destitución.

En los arbitrajes en derecho, los árbitros deberán cumplir, como mínimo, los mismos requisitos exigidos para ser magistrado de tribunal superior de distrito judicial, sin perjuicio de las calidades adicionales exigidas por los reglamentos de los centros de arbitraje o por las partes en el pacto arbitral.

4. *¿Qué decisión se toma al final del arbitraje?*

El resultado del arbitraje es una decisión denominada laudo (equivalente a la sentencia emitida por el juez), que dirimirá el conflicto entre las partes.

5. *¿Cómo se puede acceder al arbitraje on line?*

En los contratos de adhesión, se debe incluir la opción de pacto arbitral. La parte a quien se concede dicha opción podrá rechazarla o aceptarla con la presentación de la reclamación ante el centro de arbitraje respectivo.

6. *¿Qué es un contrato de adhesión?*

Son los contratos elaborados unilateralmente por una de las partes y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente.

Cuantía de los arbitrajes

- **Menor cuantía:** hasta 400 smlmv (un árbitro).
- **Mayor cuantía:** después de 400 smlmv (tres o más árbitros).

Los arbitrajes nacen de un pacto arbitral, que puede consistir en un compromiso o cláusula compromisoria (Art. 3, Ley 1563 de 2012).

El pacto arbitral es un negocio jurídico de origen privado y, a su vez, un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes difieren a árbitros la solución de controversias relativas o asuntos de libre disposición. Asimismo, permite la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces ordinarios, mas no frente a la jurisdicción ordinaria, ya que el arbitraje está contenido en ella.

Características del pacto arbitral

- Debe constar en un documento. Al respecto, el artículo 251 del CPC establece que son documentos “[...] los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos, inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”. En general alude a todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo.
- Es bilateral, en cuanto dos o más personas tienen la facultad de renunciar expresamente a someter sus diferencias a la jurisdicción ordinaria.
- Exige el consentimiento de ambas partes.
- Si el proceso inicia a partir del primero de octubre de 2012 lo rige la Ley 1563 de 2012; en caso contrario se desarrolla según lo dispuesto por el Decreto 1818 de 1998.
- Los árbitros deben estar conformados por un número impar.
- Si no se da un acuerdo en relación con los árbitros, será el juez civil del circuito del domicilio del convocado quien decidirá al respecto (sentencia C-1038 de 2002, de la Corte Constitucional).

Cláusula compromisoria

Puede estar contenida en el contrato o en un documento separado inequívocamente referido a él. En este caso, debe identificar a las partes y precisar el contrato al que se refiere.

Compromiso

El compromiso surge cuando existe un conflicto (es decir, hay un proceso en curso) y las partes acuerdan resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso debe constar por escrito y contener los nombres de las partes, las controversias que se someten al arbitraje y el proceso en curso cuando a ello hubiere lugar (en este caso, las partes pueden aumentar o disminuir sus pretensiones).

Si el pacto arbitral no señala el término de duración del proceso, este será de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite. Este término podrá prorrogarse una o varias veces sin exceder los seis meses. Dentro del término de duración del proceso, deberá proferirse y notificarse la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

La designación de los árbitros corresponde conjuntamente a las partes o a un centro de arbitraje o a un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje siempre será por sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia.

Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse como tal en más de cinco tribunales, en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas (Art. 8, Ley 1563/2012).

El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, la cual deberá reunir requisitos exigidos por el artículo 75 del CPC. Debe estar acompañada del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes. Cuando no se tenga centro de arbitraje, se enviará a un centro ubicado en el domicilio de la parte demandada y si son varios los demandados, al de cualquiera de sus integrantes (Art. 12, Ley 1563 de 2012).

Cuando el centro arbitral no sea competente, este lo remitirá al que sí lo fuese. Cuando existan conflictos de competencia, estos serán resueltos por el Ministerio de Justicia y del Derecho (Art. 12, Ley 1563 de 2012).

Cuando se demande a una entidad pública, el centro de arbitraje deberá remitir la comunicación a la agencia nación de defensa jurídica del Estado, informado la presentación de la demanda. Este es un requisito esencial para la continuación del proceso arbitral.

Mediante la Ley 1743 de 2014 (artículo 16 y siguientes), se estableció una “contribución especial” correspondiente al 2 % del valor de los gastos en que incurran los centros de arbitraje y de los honorarios de los árbitros. La responsabilidad concerniente recae en el presidente del tribunal.

Artículo 16. Naturaleza. *La contribución especial arbitral es una contribución parafiscal a cargo de los centros de arbitraje y los árbitros, con destino a la nación, rama judicial. En los casos de tribunales arbitrales ad hoc la contribución especial arbitral es un aporte parafiscal a cargo de los árbitros.*

Artículo 19. Hecho generador. *La contribución especial arbitral para los centros de arbitraje se genera cuando les sean pagados los gastos fijados en cada proceso y para los árbitros cuando se profiera el laudo que ponga fin al proceso.*

Artículo 21. Tarifa. *La tarifa para arbitraje institucional será del dos por ciento (2 %) de la base gravable para los árbitros y del dos por ciento (2 %) para los Centros de Arbitraje. La tarifa para los tribunales ad hoc será del dos por ciento (2 %).*

Artículo 22. Liquidación y pago. *El centro de arbitraje deberá pagar la contribución dentro de los tres días siguientes en que hayan sido pagados los gastos de funcionamiento del tribunal respectivo, mediante consignación realizada a favor del Consejo superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces.*

El Presidente del tribunal arbitral descontará del pago del saldo final de los honorarios, el dos por ciento (2 %) del valor total pagado a cada árbitro, y la suma que resulte la consignará inmediatamente a la orden del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, con destino al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia.

Artículo 25. Derogatorias y vigencia. *Esta ley entrará a regir a partir de su promulgación y deroga los artículos 9 y 10 de la Ley 66 de 1993 y las demás disposiciones que le sean contrarias.*

La contribución especial arbitral establecida en los artículos 16 a 23 de la presente ley se aplicará a los procesos arbitrales nacionales e internacionales cuyas demandas se presenten con posterioridad a la vigencia de la misma.

Esta norma se promulgó el 26 de diciembre de 2014.

Trámite del procedimiento arbitral Ley 1563 de 2012

| Procedimiento | Comentarios |
|--|---|
| 1. Presentación de la demanda. | El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, la cual deberá reunir todos los requisitos exigidos por el <i>Código de Procedimiento Civil</i> , acompañada del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes. Surte efectos de interrupción de la prescripción y la caducidad (Art. 90 del CPC). |
| 2. Designación de árbitros (cinco días). | <p>“Designación de los árbitros. Las partes nombrarán conjuntamente los árbitros o delegarán tal labor en un centro de arbitraje o un tercero, total o parcialmente. La designación a cargo de los centros de arbitraje se realizará siempre mediante sorteo, dentro de la especialidad jurídica relativa a la respectiva controversia y asegurando una distribución equitativa entre los árbitros de la lista.</p> <p>Ningún árbitro o secretario podrá desempeñarse simultáneamente como tal, en más de cinco tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas” (Art. 8).</p> |

| Procedimiento | Comentarios |
|--|---|
| 3. Aceptación por parte de los árbitros del nombramiento; deber de información. | “ Deber de información. La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos últimos años. Igualmente, deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados. |
| 4. Pronunciamiento de las partes sobre el deber de información (cinco días). | Si dentro de los cinco días siguientes al recibo de la comunicación de aceptación, alguna de las partes manifestare por escrito dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro y su deseo de relevar al árbitro con fundamento en la información suministrada por este, se procederá a su remplazo en la forma prevista para tal efecto, siempre y cuando los demás árbitros consideren justificada las razones para su remplazo o el árbitro acepte expresamente ser relevado. Cuando se tratare de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje. Cuando se trate de secretario, decidirán los árbitros” (Art. 15). |
| 5. Audiencia de instalación; se resuelve sobre admisión, inadmisión o rechazo de la demanda. | “ Instalación del tribunal. Aceptada su designación por todos los árbitros y, en su caso, cumplidos los trámites de recusación y remplazó, el tribunal arbitral procederá a su instalación, en audiencia para la cual el centro de arbitraje fijará día y hora” (Art. 20). |
| 6. Previa notificación: traslado y contestación de la demanda (veinte días). | “ Traslado y contestación de la demanda. De la demanda se correrá traslado por el término de veinte días. Vencido este, se correrá traslado al demandante por el término de cinco días, dentro de los cuales podrá solicitar pruebas adicionales relacionadas con los hechos en que se funden las excepciones de mérito. No es admisible las excepciones previas, si la demanda de reconvencción” (Art. 21). |
| 7. Traslado de las excepciones de mérito (cinco días). | “ Audiencia de conciliación. Vencido el término de traslado de las excepciones de mérito propuestas contra la demanda inicial o la de reconvencción, o contestadas sin que se hubieren propuesto excepciones, o vencido sin contestación el término de traslado de la demanda, el tribunal señalará día y hora para celebrar la audiencia de conciliación, a la que deberán concurrir tanto las partes como sus apoderados” (Art. 24). |
| 8. Audiencia de conciliación: si hay conciliación entre las partes, finaliza el proceso; de lo contrario, se fijan honorarios y gastos del tribunal. | “En la audiencia de conciliación el tribunal arbitral instará a las partes a que resuelvan sus diferencias mediante conciliación, para lo cual podrá proponerles fórmulas, sin que ello implique prejuzgamiento. Si las partes llegaren a una conciliación, el tribunal la aprobará mediante auto que haga tránsito a cosa juzgada y que, en caso de contener una obligación expresa, clara y exigible, prestará mérito ejecutivo. Se deberá tramitar ante la justicia ordinaria, juez civil municipal o juez civil del circuito dependiendo la cuantía: mínima hasta 40 smmlv; menor hasta 150 smmlv; superior mayor cuantía” (Art. 24, inc. 2, en concordancia con los artículos 25 y 627, inc. 4 del Código General del Proceso). |

| Procedimiento | Comentarios |
|---|--|
| <p>9. Oportunidad para la consignación de honorarios y gastos (diez días):</p> <p><i>No hay pago:</i> se extinguen los efectos de la cláusula compromisoria para ese caso y finaliza el proceso.</p> <p><i>Solo una parte paga:</i> esta tiene cinco días para pagar lo que le corresponde a la otra.</p> <p><i>Ambas partes pagan:</i> continúa el tribunal.</p> | <p>“Fijación de honorarios y gastos. Fracasada en todo o en parte la conciliación, en la misma audiencia el tribunal fijará los honorarios y gastos mediante auto susceptible de recurso de reposición, que será resuelto inmediatamente. Para la fijación, tomará en cuenta la cuantía de las pretensiones de la demanda, determinada de conformidad con el <i>Código de Procedimiento Civil</i>. Si hubiere demanda de reconvencción, tomará como base la de la cuantía mayor” (Art 25).</p> |
| <p>10. Primera audiencia de trámite (a partir de su finalización comienzan a correr los términos del proceso).</p> | <p>“Una vez consignada la totalidad de los honorarios y gastos, el tribunal arbitral celebrará la primera audiencia de trámite con la asistencia de todos sus miembros, en la cual resolverá sobre su propia competencia para decidir de fondo la controversia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición. Si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvencción, se extinguirán los efectos del pacto arbitral para el caso concreto, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos. En este caso, para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje, el demandante tendrá un término de veinte días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente” (Art. 30).</p> |
| <p>11. Práctica de pruebas</p> | <p>“El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el <i>Código de Procedimiento Civil</i> y las normas que lo modifiquen o complementen. Las providencias que decreten pruebas no admitir recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles de reposición. Cuando la prueba haya de practicarse en el exterior, se aplicarán los tratados vigentes sobre la materia y, en subsidio, las normas del <i>Código de Procedimiento Civil</i>” (Art. 31).</p> |
| <p>12. Alegatos de conclusión</p> | <p>“Audiencias de alegatos y de laudo. Concluida la instrucción del proceso, el tribunal oirá en audiencia las alegaciones de las partes por un espacio máximo de una hora cada cual, sin que interese el número de sus integrantes. En el curso de la audiencia, las partes podrán entregar sus alegaciones por escrito. A continuación el tribunal señalará día y hora para audiencia de laudo, en la que se dará lectura a la parte resolutive de este (Art. 33).</p> |
| <p>13. Audiencia de laudo:</p> <p>-Cinco días para solicitar aclaración, corrección o adición al laudo: audiencia.</p> <p>-Se interpone recurso de anulación.</p> | <p>“El laudo se acordará por la mayoría de votos y será firmado por todos los árbitros, incluso por quien hubiere salvado el voto. La falta de firma de alguno de los árbitros no afecta la validez del laudo. El árbitro disidente expresará por escrito los motivos de su discrepancia, el mismo día en que se profiera el laudo. Lo anterior se aplica a quien pretenda aclarar el voto” (Art. 38).</p> |
| <p>14. Traslado del recurso a la contraparte (quince días) .</p> | <p>“Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince días sin necesidad de auto que lo ordene” (Art. 40).</p> |
| <p>15. Por secretaría del tribunal se remite el recurso ante la autoridad competente para resolver (cinco días).</p> | <p>“El secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso” (Art. 40).</p> |

| Procedimiento | Comentarios |
|--|---|
| 16. Trámite del recurso de anulación (treinta días para interponerlo). | <p>“La autoridad judicial competente rechazará de plano el recurso de anulación cuando su interposición fuere extemporánea, no se hubiere sustentando o las causales invocadas no correspondan a ninguna de las señaladas en esta ley.</p> <p>Admitido el recurso, el expediente pasará al despacho para sentencia, que deberá proferirse dentro de los tres meses siguientes. En ella se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar.</p> <p>La interposición y el trámite del recurso extraordinario de anulación no suspenden el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo cuando la entidad pública condenada solicite la suspensión” (Art 42).</p> |
| 17. Efectos de la sentencia de anulación. | <p>“Cuando prospere cualquiera de las causales señaladas en los numerales 1 a 7 del artículo 41, se declarará la nulidad del laudo. En los demás casos, este se corregirá o adicionará.</p> <p>Cuando se anule el laudo por las causales 1 o 2, el expediente se remitirá al juez que corresponda para que continúe el proceso a partir del decreto de pruebas. La prueba practicada dentro del proceso arbitral conservará su validez y tendrá eficacia, respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.</p> <p>Cuando se anule por las causales 3 a 7, el interesado podrá convocar un tribunal arbitral, en el que conservarán validez las pruebas debidamente practicadas, y en lo posible las actuaciones que no hubieren resultado afectadas por la anulación.</p> <p>La sentencia que anule el laudo total o parcialmente cumplido, ordenará las restituciones a que hubiere lugar.</p> <p>De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria o la contenciosa administrativa, según el caso.</p> <p>Si el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público” (Art. 43).</p> |

Fuente: Paz Russi, 2013.

Requisitos de la demanda arbitral

De acuerdo con los artículos 75 del CPC y 82 del CGP, estos requisitos son:

1. Designación del juez a quien se dirija.
2. Nombre, edad, y domicilio del demandante y demandado; a la falta domicilio se expresará la residencia, y si se ignora la del demandado se indicará esta circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de la demanda.
3. Nombre y domicilio. A falta de este, la residencia de los representantes o apoderados de las partes, si no pueden comparecer por sí mismos.
4. El nombre del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso.

5. La pretensión, expresada con precisión y claridad (varias pretensiones se formulan por separado).
6. Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y determinados.
7. Los fundamentos de derecho que se invoquen.
8. La cuantía, cuando sea necesaria para determinar competencia o trámite.
9. Indicación de la clase de proceso que corresponde a la demanda.
10. La petición de las pruebas que el demandante pretenda hacer valer.
11. La dirección de la oficina o habitación donde el demandante y su apoderado recibirán notificaciones personales y donde han de hacerse al demandado o a su representante mientras estos no indiquen otra.

Requisitos adicionales de ciertas demandas

Según el artículo 76 del CPC, algunas demandas deben cumplir requisitos adicionales, así:

- Cuando las demandas versan sobre bienes inmuebles, se deberá especificar ubicación, linderos y nomenclaturas; cuando versan sobre muebles hay que determinar su cantidad, su calidad y su peso.
- Cuando la demanda sea por una petición de herencia, solo bastará que se reclamen en general los bienes del causante, o la parte o cuota que se pretenda

Anexos de la demanda

1. Prueba de la representación legal del demandante y del demandado, si se trata de personas naturales que no pueden comparecer por sí mismas.
2. Prueba de la existencia de la persona jurídica que figure como demandantes o demandados, excepto los municipios y las entidades públicas de creación constitucional o legal.
3. Prueba de representación de las personas jurídicas que figuren como demandantes o demandados, excepto municipios, departamentos, intendencias y comisarías.
4. Prueba de la calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea.

5. Los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y se encuentren en poder del demandante.

El proceso arbitral se suspenderá a solicitud de ambas partes con la limitación temporal prevista en la Ley 1563 de 2012. Cuando, un árbitro sea recusado o se declare impedido, se suspenderá el proceso arbitral. Las partes o sus representantes no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que sumando exceda por 120 días.

Cuando en el proceso arbitral se pida indemnización de perjuicios, el perjuicio alegado debe ser cierto, determinable y cuantificable.

Los árbitros y secretarios están impedidos y son recusables por las mismas causales de los jueces. Veamos:

Causales de recusación

1. Cuando el juez, su cónyuge o compañero permanente y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tengan interés directo o indirecto en el proceso.
2. Cuando el juez o algún pariente hayan conocido del proceso en una instancia anterior.
3. Ser el juez cónyuge o pariente de alguna de las partes del proceso.
4. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados, guardador de cualquiera de las partes.
5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.
6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3, y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.
7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal contra el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, antes de iniciarse el proceso o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.
8. Haber formulado el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, denuncia penal contra una de las partes o su representante o

apoderado, o estar aquéllos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.

9. Existir enemistad grave por hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.
10. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.
11. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.
12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.
13. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredero o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.

Cuando sea rechazada la recusación, se le impondrá multa de cinco a diez salarios salarios mínimos mensuales vigentes e investigación disciplinaria, si hubiera lugar al que haya hecho la recusación (Art. 156 del CPC).

“El tribunal de arbitraje es competente para resolver su propia competencia y su decisión prevalece [subrayado fuera de texto] sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo. Sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación” (Art. 29, Ley 1563 de 2012).

Cuando del objeto del arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria o la contenciosa administrativa y esta no hubiera proferido sentencia de única o primera instancia o terminado por desistimiento, transacción o conciliación, el tribunal arbitral solicitará al respectivo despacho la remisión del expediente y este deberá darlo. Si dicho arbitraje no concluyera con laudo, el proceso judicial continuará ante el juez que lo venía conociendo, para lo cual el presidente del tribunal devolverá el expediente, las pruebas hechas y tramites arbitrales conservaran su eficacia (Art. 29, Ley 1563 de 2012).

Por petición de las partes, el tribunal arbitral podrá ordenar medidas cautelares, cuyas normas son las del CPC y las del *Código de Procedimiento Administrativo* y

de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito para que practique las medidas cautelares. En aquellos casos de arbitrajes donde haga parte el Estado, se podrá comisionar a un juez administrativo. El tribunal arbitral puede disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno más alto por la misma razón. (Art. 32 1563 de 2012).

Cuando el tribunal arbitral omita el levantamiento de las medidas cautelares, este caducará automáticamente trascurridos tres meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida definitivamente el recurso de anulación. En este caso, el registrador deberá cancelar ese registro.

Laudos arbitrales y recursos

El laudo se acordará por mayoría de votos y será firmado por todos los árbitros (la falta de firma de uno de ellos no afecta la validez del laudo). El árbitro que discrepa del laudo puede expresar por escrito su desacuerdo. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación, el laudo puede ser –de oficio o por petición de parte– modificado, aclarado, corregido o completado.

Contra los laudos arbitrales procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado ante el tribunal arbitral. Las causales para que este recurso proceda el son:

1. Inexistencia, invalidez absoluta o inoponibilidad del pacto arbitral.
2. Caducidad de la acción; falta de competencia.
3. No haber formado el tribunal conforme a la Ley 1563 de 2012.
4. Tener alguna de las partes indebida representación.
5. Falta de notificación.
6. Haberse negado –sin fundamento legal– el decreto de una prueba pedida oportunamente o dejado de practicar una decretada, siempre y cuando se hubiera interpuesto oportunamente el recurso de reposición y la prueba omitida pudiera tener incidencia en la decisión.
7. Cuando se modifique, aclare, corrija o complete el laudo fuera del término (cinco días).
8. Cuando el laudo contenga disposiciones contradictorias, errores aritméticos, errores por omisión o cambio de palabras.

9. Cuando se profiera un laudo cuyas decisiones no estén en manos de los árbitros.

Cuando se interponga el recurso de anulación y no esté sustentado en alguna de las causales anteriores, la autoridad competente la rechazará de plano (tribunal superior). Si se admite el recurso, el tribunal dispondrá de tres meses para proferir sentencia y liquidar las condenas y costas a que hubiera lugar.

Cuando se interponga y se dé trámite al recurso de anulación, no se suspenderá el cumplimiento de lo resuelto en el laudo, salvo si la entidad pública solicita la suspensión.

El efecto del recurso de anulación será el de nulidad solo si está basada en las causales 1 al 7 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. La sentencia que anule total o parcialmente el laudo, ordenará las restituciones a que hubiere lugar.

Cuando el recurso de anulación no prospere, se condenará en costas, salvo si este lo ha interpuesto el Ministerio Público.

Para los recursos extraordinarios de anulación de laudos arbitrales será competente la sala civil del tribunal superior del distrito judicial en donde funcione el arbitramento y para el recurso de revisión lo será la Corte Suprema de Justicia. Cuando en el arbitraje comparezca una entidad pública, la revisión corresponderá a la sección tercera del Consejo de Estado.

La Ley 1563 de 2012 (o Ley Hinestrosa) es el estatuto que Colombia necesitaba. Brinda una regulación clara y expresa en materia de arbitraje y evita acudir a decretos, códigos y leyes dispersas para resolver un conflicto arbitral. Sin embargo, cabe señalar que este cuerpo de normas tiene algunas que, sin duda, son controvertibles. Veamos:

La definición

En este sentido, el artículo primero expresa :

[...] es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice [...].

López Blanco (2013) ha señalado al respecto que el artículo en cuestión implica un “retroceso” para la legislación arbitral, dado que se someten (de nuevo) a la justicia arbitral solamente las controversias relativas a “asuntos de libre disposición” (p. 23) y se olvida que la Ley 1285 de 2009 trazó el camino para que las

cuestiones no transables –las que no son de libre disposición para las partes– se pudieran resolver mediante el arbitraje.

Pero detengámonos un momento para analizar el porqué de la afirmación de este doctrinante. El decreto 1818 de 1998, en su artículo 115 establecía lo siguiente:

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

Por su parte la Ley 1285 de 2009, modificada por la Ley 270 de 1996, señalaba en el párrafo tercero de su artículo sexto:

Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el Estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento [subrayado fuera de texto] a seguir, directamente o por referencia a la de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.

Vemos cómo se amplía con la ley estatutaria la definición de arbitraje a partir del concepto de lo disponible. Realmente, es poco realista creer que ya no tenemos que regirnos por una “colcha de retazos” –como lo es la legislación arbitral– y que la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2009 resolvió todos los problemas. Compartimos parcialmente la postura de López Blanco en cuanto a que los “asuntos de libre disposición” sean una limitante, pero ello no significa un retroceso puesto que a renglón seguido el mismo artículo primero abre otras posibilidades al disponer “o aquellos que la ley autorice”. Es claro que se debe analizar detalladamente si un asunto no transable puede ser resuelto por la justicia arbitral, pero no por ser de libre disposición, sino porque la misma ley así lo permite. Calificarlo de “retroceso” legislativo significaría una denegación anticipada de justicia.

López Blanco –al igual que nosotros– entiende que en el periodo transcurrido entre el 2009 y el 2012 no se han presentado asuntos no transigibles para ser resueltos por la justicia arbitral, pero no por ello se puede afirmar que en el futuro no se necesitaría de una ley que autorice que asuntos no transigibles sean resueltos por el arbitraje, dado que la congestión judicial cada día es mayor y siempre se necesitan “ventanas” abiertas para solucionar las controversias.

Antes de cerrar este análisis, cabe señalar que la Corte Constitucional examinó la modificación efectuada por el artículo sexto de la Ley 1285 de 2009 al numeral tercero del artículo trece de la Ley 270 de 1996, en el sentido de eliminar la calificación de arbitrable únicamente en relación con aquellos asuntos transigibles. En esta vía, la Corte Constitucional mediante sentencia C-014 de 2010 con ponencia del magistrado Mauricio González Cuervo, expresó: “Con base en los límites establecidos en este nuevo parámetro estatutario, el legislador ordinario está facultado para determinar que asuntos pueden ser competencia de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (masc), incluyendo el arbitramento”.

El pacto arbitral

En lo que toca a este aspecto, el artículo 3 de la Ley 1563 de 2012 estipula lo siguiente:

El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan seguir entre ellas.

El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.

En el pacto arbitral las partes indicaran la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.

Parágrafo: *Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte incoa la existencia del pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal del arbitral, se entiende válidamente probada la existencia del pacto arbitral (subrayado fuera de texto).*

Vemos un error claro en el parágrafo del artículo tercero que hace de la norma algo incoherente con la legislación arbitral. Estudiemos detalladamente el porqué de su problemática:

1. Para que exista pacto arbitral se necesita que este figure en un documento. Cabe aclarar que si bien el escrito es un documento, no todo documento es un escrito. Por ejemplo, las grabaciones magnetofónicas, las lápidas, las fotografías y todo lo consagrado en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil son documentos.

2. El pacto arbitral es un negocio jurídico solemne y su solemnidad radica en que debe constar por escrito, como lo explicó la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-163 de 1999.
3. El pacto arbitral se divide en cláusula compromisoria y compromiso. El artículo cuarto determina que la cláusula compromisoria puede “[...] constar en documento separado inequívocamente referido a él”.
4. El artículo sexto hace referencia al compromiso y expresa: “[...] podrá constar en cualquier documento [...]”. Es claro, entonces, que el pacto arbitral en cualquiera de sus dos modalidades necesita la solemnidad del documento.
5. Para que exista proceso arbitral se necesita presentar una demanda (Art. 12) acompañada del pacto arbitral. Si no cumple con este requisito, el director del centro de conciliación y arbitraje no le dará trámite.
6. No se puede partir del supuesto de que la otra parte no va a oponerse y que por ello no existe pacto arbitral.

López Blanco, en conferencia nacional sobre arbitraje, dictada en la Universidad Externado de Colombia, cataloga este párrafo de “delirio académico [...] que asalta la buena fe de los congresistas. Ese párrafo fue puesto a última hora y no fue consultado en la comisión redactora. Este error es tan grave, que nadie va acudir a él por inoperante”.

Por nuestra parte, “[...] en relación con el párrafo del artículo 3, consideramos que su contenido suscitará gran polémica, toda vez que el pacto arbitral requiere la solemnidad del escrito para su existencia y no admite confesión” (Paz, 2013, p. 14).

Por último, Martínez (2013), ha expresado:

El compromiso, como la cláusula compromisoria, es un contrato que está sujeto al documento que recoja la expresión de voluntad de las partes para someter un diferendo actual a la justicia arbitral, y lo que se ha manifestado con relación a aquella es integralmente predicable del compromiso arbitral (p. 123).

Vemos cómo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se dan la mano y tachan de ilógico ese párrafo que resulta en un verdadero problema cuando se quiera invocar el pacto arbitral por vía de confesión. En este caso serán los árbitros de los centros de arbitraje quienes decidirán sobre la validez de un tribunal arbitral con un pacto arbitral inexistente.

El trámite de las inhabilidades (con responsabilidad objetiva)

A las clásicas causales de impedimento y recusación se adiciona la del deber de información, consagrado en el artículo 15 del nuevo estatuto arbitral. Su dificultad surge de las siguientes preguntas: ¿qué pasa cuando no se cumple con el deber de información por parte de los árbitros que componen el tribunal? ¿Serán recusados y se acabará el proceso? Si el árbitro acepta de buena fe –presumiéndola, como es su deber por mandato de la Constitución–, pero en el curso del proceso se da cuenta de que está inhabilitado ¿qué pasaría? ¿Debe ser recusado o se le debe dar un tiempo para que se retire del proceso? La norma prescribe que debe declararse impedido; pero, ¿cuánto tiempo tiene para ello? ¿No sería mejor que las partes ratifiquen o saneen la incompatibilidad por el incumplimiento del deber de información y siga en curso el proceso que está por concluir?

Continuemos analizando la oscuridad y confusión de la norma. El artículo 15 dispone en su último párrafo lo siguiente:

[...] A lo largo del proceso [subrayado fuera de texto] los árbitros y los secretarios deberán revelar sin demora cualquier circunstancia sobrevenida, que pueda generar en las partes dudas sobre imparcialidad e independencia [...].

Ahora bien, como la norma no es clara en cuanto a los términos, ¿qué interpretación se le puede dar a la expresión “a lo largo del proceso”? ¿Qué pasara cuando antes de laudar un árbitro exprese que existe una casual de impedimento y abandone? ¿Los otros árbitros serán vistos con los mismos ojos para las partes?

Los medios electrónicos

En los procesos arbitrales podrán utilizarse medios electrónicos en todas las actuaciones, y en particular, para llevar a cabo todas las comunicaciones, tanto del tribunal con las partes como con terceros, para la notificación de las providencias, la presentación de memoriales y la realización de audiencias, así como para la guarda de la versión de las mismas y su posterior consulta.

La notificación transmitida por medios electrónicos se considerará recibida el día en que se envió, salvo que se trate de la notificación del auto admisorio de la demanda, caso en el cual se considerará hecha el día que se reciba en la dirección electrónica del destinatario (Art. 23, Ley 1563 de 2012).

Analicemos, en primer lugar, lo dispuesto por el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011:

El auto admisorio de la demanda y el mandamiento de pago contra las entidades públicas y las personas privadas que ejerzan funciones propias del Estado se deben notificar personalmente a sus representantes legales o a quienes estos hayan delegado la facultad de recibir notificaciones, o directamente a las personas naturales, según el caso, y al Ministerio Público, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales a que se refiere el artículo 197 de este Código.

De esta misma forma se deberá notificar el auto admisorio de la demanda a los particulares inscritos en el registro mercantil en la dirección electrónica por ellos dispuesta para recibir notificaciones judiciales.

El mensaje deberá identificar la notificación que se realiza y contener copia de la providencia a notificar.

Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El secretario hará constar este hecho en el expediente.

En este evento, las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la Secretaría a disposición del notificado, y el traslado o los términos que conceda el auto notificado solo comenzarán a correr tres días después de la notificación.

De acuerdo con lo anterior, preguntémos: en el caso de una entidad estatal, ¿esta norma prima sobre las normas de notificación para las empresas públicas? Es factible colegir de lo anterior que la notificación para las entidades estatales es, con mucho, más compleja que para las personas naturales o jurídicas que se rijan bajo el estatuto arbitral. Consecuencia de ello es la dificultad de aplicación normativa –ponderada para este caso– y será la jurisprudencia de los tribunales arbitrales la que ilumine el camino para descubrir la norma que se debe aplicar en estos casos de controversias con el Estado.

Iniciación del proceso arbitral

“El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda, [subrayado fuera del texto] que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañado del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes. En su defecto, a uno de lugar del domicilio de la demanda, y si este fuere plural en el de cualquiera de sus integrantes. El centro de arbitraje que no fuere competente, remitirá la demanda al que lo fuere. Los conflictos de competencia que se susciten entre centros de arbitraje serán resueltos por el Ministerio de Justicia y del Derecho...” (Art. 12- Ley 1563 de 2012).

Entonces, vemos cómo existe la incoherencia legislativa al imponer que un proceso arbitral inicie con la simple presentación de la demanda ante un Centro de Conciliación y Arbitraje, lo que además va en contra de toda la doctrina procesal, lo que López Blanco (2013) ha denominado “delirio académico” (p. 78).

Pero para dar repuesta al porqué de la denominación de “delirio académico”, debemos plantearnos esta pregunta: ¿cuándo inicia el proceso?

Antes de contestarla, debemos tener claro que el proceso es la materialización efectiva del derecho de acción. Al respecto de la pregunta, Hinestrosa (2008) y Paz (2013), expresan que, efectivamente, se concreta un proceso con la notificación del demandado, lo cual, en nuestro sentir, es lo correcto, dado que para que se dé inicio a un “proceso” se debe contar con mínimo dos sujetos procesales, a saber, el demandante y el demandado. Esto como forma idónea y general, ya que puede darse el caso de que el demandado no comparezca y se le deba nombrar curador *ad litem*, pero debe haberse trabado una relación jurídico procesal en la cual existan dos sujetos y una controversia.

El proceso inicia, entonces, cuando se notifica al demandado que existen unas pretensiones que se quieren hacer valer por medio del aparato judicial –de lo cual se desprende que tendrá el derecho a la defensa– para luego darles paso a las etapas procesales hasta llegar a la verdad procesal y dirimir la controversia. Al iniciar un proceso con la mera presentación de la demanda se estarían violando varios derechos fundamentales, como el del debido proceso, la igualdad y el derecho a la contradicción. Si es uno solo el sujeto que presenta la demanda y el juez procede a tomar medidas sobre una controversia que solo tiene una cara (la del demandante), ¿qué pasaría con el demandado? ¿Resultaría en un perdedor automático?

Por ello hay que tener claro que para solucionar una controversia jurídica a través de una persona que obliga –el juez o los árbitros– o una persona que no obliga –el conciliador– se deben tener las dos posturas: pretensiones y excepciones. La controversia concluirá con una sentencia o acta, según sea el caso.

Nunca se debe olvidar que el demandado es el sujeto pasivo del proceso y por ende, una vez notificado el auto admisorio de la demanda, debe contestar con sus excepciones y el demandante expresar sus pretensiones; los dos sujetos deben tener las mismas oportunidades para ejercer de manera efectiva el derecho de contradicción. Y todo esto solo se da –reiteramos– cuando se le notifica al demandado la intención de iniciar un proceso en su contra, y una vez esto se surta se le dará inicio al proceso.

La notificación es el elemento esencial de la relación jurídico procesal y puede darse de varias maneras:

- Notificación personal: puede darse por emplazamiento cuando la parte interesada en una notificación de este tipo manifieste que ignora la habitación y el lugar de trabajo de quien debe ser notificado; o cuando la parte interesada en una notificación personal manifieste que quien debe ser notificado se encuentra ausente y no se conoce su paradero.
- Notificación por aviso:

Cuando no se puede hacer la notificación personal al demandado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, o la del auto que ordena citar a un tercero, o la de cualquier otra providencia que se deba realizar personalmente, se hará por medio de aviso que deberá expresar su fecha y la de la providencia que se notifica (Art. 320 del CPC).
- Notificación por conducta concluyente: aquella que se da cuando “[...] una parte o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma, o verbalmente durante una audiencia o diligencia” (Art. 330 del CPC).
- Notificación por medios electrónicos.

Función jurisdiccional de los centros de arbitraje

El proceso arbitral comenzará con la presentación de la demanda [subrayado fuera de texto], que deberá reunir todos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil, acompañado del pacto arbitral y dirigida al centro de arbitraje acordado por las partes. En su defecto, a uno de lugar del domicilio de la demanda, y si este fuere plural en el de cualquiera de sus integrantes. El centro de arbitraje que no fuere competente, remitirá la demanda al que lo fuere [subrayado fuera de texto]. Los conflictos de competencia que se susciten entre centros de arbitraje serán resueltos por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Si no hubiere centro de arbitraje en el domicilio acordado o en el del domicilio del demandado, la solicitud de convocatoria se presentará en el centro de arbitraje más cercano.

Tratándose de proceso en los que es demandada una entidad pública, el centro de arbitraje correspondiente deberá remitir comunicación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, informado de la presentación de la demanda.

La remisión de la comunicación a que se refiere este inciso, es requisito indispensable para la continuación del proceso arbitral (Art. 12- Ley 1563 de 2012).

Vemos cómo –de manera incomprensible– esta norma otorga funciones jurisdiccionales al centro de arbitraje, dado que le impone la carga de decidir si es competente para comenzar un proceso arbitral y en caso contrario, lo obliga a enviar la demanda al centro de arbitraje que considere competente.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el asunto y ha expuesto:

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

En esas circunstancias, podría considerarse que la previsión de una fase pre arbitral de naturaleza judicial y adelantada por los centros de arbitraje no es en sí misma inconstitucional, pues no desconoce el principio de voluntariedad del arbitraje, ni su carácter temporal y excepcional. En efecto, esa fase pre arbitral existe exclusivamente porque las partes, por medio de un pacto arbitral (sea cláusula compromisorio, o sea compromiso) decidieron voluntariamente acudir a la justicia arbitral. Esa fase pre arbitral opera entonces exclusivamente por la voluntad de las partes de acudir a ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos, y únicamente para el litigio específico, con lo cual se respetan los principios de habilitación y temporalidad. Finalmente, es obvio que esta fase pre arbitral solo puede operar para aquellos eventos en que el arbitraje es normativamente posible, con lo cual se respeta también el carácter excepcional de esta institución.

Esta Corporación señaló que las funciones desarrolladas por los centros de arbitramento eran administrativas [subrayado fuera de texto]. Las normas acusadas regulan las atribuciones de los centros de arbitraje en la llamada “etapa prearbitral”. A dichos centros, que no son organismos estatales, corresponde realizar varias labores destinadas a facilitar la conformación del tribunal de arbitramento. El demandante y uno de los intervinientes concluyen entonces que esas funciones son de naturaleza judicial y violan la Constitución, pues el artículo 116 superior solo permite que los particulares administren justicia como árbitros o conciliadores, lo

cual significa que la ley no puede conferir atribuciones judiciales a los centros de arbitraje ni a sus directores [subrayado fuera de texto].

La llamada fase prearbitral, a cargo de los centros de arbitramento, tiene un sentido orgánico y configura un sistema, que tiene su eje básico en las atribuciones judiciales previstas para el centro. Ahora bien, la Corte ha concluido que esas atribuciones judiciales pueden ser contrarias al principio de habilitación, por lo que esta fase pre arbitral aparece prima facie de una constitucionalidad dudosa. En tales circunstancias, es claro que, en virtud de la regla de unidad normativa, prevista por el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991, es necesario que la Corte estudie integralmente la regulación de esa fase prearbitral. En efecto, esta Corporación ya había señalado que la unidad normativa es procedente cuando ella es indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano, y que eso sucede no solo cuando es necesario que la Corte extienda el estudio a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo, sino además cuando la regulación global de la cual forma parte la norma demandada aparezca prima facie de una dudosa constitucionalidad [subrayado fuera de texto].

[...] Esta Corporación aclara que esa doctrina no impide ni la existencia de centros de arbitraje, ni que la ley pueda conferirle a esas instituciones funciones conciliadores o labores de apoyo al trabajo de los tribunales de arbitramento. Pero lo que no puede hacer el Legislador es conferirle atribuciones judiciales propias de los árbitros [subrayado fuera de texto], como lo hacen las disposiciones acusadas. Tampoco, pueden las partes habilitar para administrar justicia, a personas que no tengan la calidad de árbitros (sentencia C-1038 de 2002).

Se observa cómo esta norma no guarda coherencia alguna con el ordenamiento jurídico nacional, que ya había especificado que los centros de arbitraje no tienen funciones jurisdiccionales. No está de más mencionar que esta norma ya fue demandada recientemente por inconstitucionalidad por quien esto escribe:

Para la Corte la expresión demandada, según la cual el centro de arbitraje que no fuere competente debe remitir la demanda al que lo fuere, debe ser entendida en armonía con el resto del propio artículo 12, así como con los artículos 14, 20 y 23 de la Ley 1563 de 2012. De esta forma, la competencia se determina conforme a las reglas establecidas en el artículo 12: las partes son las que acuerdan ante cuál centro de arbitraje presentarán la demanda arbitral, de no haberse acordado ningún centro la demanda debe presentarse en un centro de arbitraje del domicilio de la parte demandada, y si esta fuera plural se podrá presentar en el domicilio de cualquiera de los demandados; si no existiere centro de arbitraje en ninguno de

estos lugares se deberá presentar en el centro más cercano. Al respectivo centro de arbitraje le corresponde citar a los árbitros designados para que se pronuncien sobre la aceptación o rechazo de la designación; requerir la designación de árbitros por las partes cuando no se haya efectuado, y cuando las partes lo hayan delegado, designar mediante sorteo a los árbitros. Así mismo, el centro de arbitraje es el que fija fecha y hora para que se realice la audiencia de instalación del tribunal de arbitramento y quien debe poner a disposición de sus usuarios los recursos tecnológicos confiables y seguros para el desarrollo del proceso arbitral.

De la enunciación de estas funciones, de naturaleza administrativa, la Corporación concluye que no cualquiera de los centros de arbitraje existentes puede realizarlas respecto de cualquier proceso de arbitramento, sino solo aquel centro que, de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 12, sea el competente para llevarlas a cabo. De ahí que la determinación de si un centro de arbitraje es o no competente no tiene naturaleza jurisdiccional. Así lo estableció en la sentencia C-1038 de 2002 al señalar que no tiene la potencialidad de restringir el acceso a la administración de justicia, en la medida que no decide sobre la competencia para conocer de las pretensiones de la demanda por parte de tribunal de arbitramento alguno; no determina impulso o estancamiento del proceso arbitral, puesto que no habilita o limita la competencia de los árbitros que integrarán el tribunal, cuya competencia es decidida por ellos mismos. Además, el centro de arbitraje competente es determinado por las partes y de forma supletoria por el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012.

Por consiguiente, es claro que la expresión utilizada por el legislador en el artículo 12 no hace referencia a una función de naturaleza jurisdiccional, sino a la competencia para realizar las labores de tipo administrativo que en virtud de la Ley 1563 de 2012 son encomendadas a los centros de arbitraje. En consecuencia, la expresión “El centro de arbitraje que no fuere competente, remitirá la demanda al que lo fuere”, contenida en el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012, fue declarada exequible (sentencia C-765 de 2013).

Presunción legal de mala fe

El artículo octavo de la Ley 1563 de 2012 enuncia:

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

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

La primera parte de este artículo conserva lo que estipulaba la legislación anterior (Decreto 1818 de 1998), ya que las partes y de común acuerdo tienen la facultad para nombrar árbitros o delegar esta función en el centro de arbitraje o en un tercero. El problema radica en el segundo inciso, que limita a los árbitros para que intervengan en procesos arbitrales en los cuales una de las partes sea una entidad estatal o una persona que ejerza funciones administrativas y estén inmersos en procesos arbitrales como sujetos con las mismas calidades. Esta norma carga con el estigma de “presunción de mala fe”, en cuanto el legislador busca (y lo impone de manera contundente) que los centros de arbitraje excluyan del sorteo a los árbitros que tengan sobre sí más de cinco procesos. Se presume de esta manera que los centros de arbitraje no son objetivos y sus sorteos se realizan bajo una sombra de amores y odios.

Es patente que esta norma no se adecua a la Constitución y no respeta el principio de la buena fe, el cual se debe tener como una presunción legal. Es tan controvertible que se puede considerar una limitante para litigar en el arbitraje dado que vulnera la voluntad de las partes, pues si una entidad estatal cualquiera desea unos árbitros concretos y estos actúan en cinco procesos contra otras entidades estatales, la primera se vería obligada a escoger otras personas que quizás no tengan el mismo conocimiento y experiencia.

Nuestro fundamento para exponer que esta norma tiene una presunción de mala fe es el comunicado de prensa de la Corte Constitucional donde indica lo siguiente:

[...] Examinados los antecedentes legislativos del inciso segundo del artículo 8º de la Ley 1563 de 2012, la Corte constató que el Congreso de la República, en uso de su facultad de configuración, se inclinó por conferirle especial protección al interés público y, con tal objetivo, junto con otros mecanismos, estableció una medida que procura evitar el acaparamiento de los arbitrajes [subrayado fuera de texto] en que se debata lo público por grupos exclusivos y lo hizo merced al señalamiento de un límite de tribunales de arbitramento en que pueden actuar árbitros y secretarios en forma simultánea. El legislador estimó que cinco es el límite de tribunales de arbitramento en los que de modo simultáneo puede desempeñarse un árbitro o secretario, cuando intervenga como parte una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas en los conflictos relativos a estas. Para la Corporación,

es un mecanismo que tiene un efecto democratizador, en la medida que amplía la base de personas con la posibilidad de acceder al desempeño de las funciones de árbitros o de secretarios de tribunales de arbitramento. Además, permite no solo la descongestión del aparato de la justicia, sino también la participación activa de los particulares en la definición de sus conflictos, en armonía con el régimen democrático y participativo instaurado en los artículos 1º y 2º de la Constitución Política. De esta manera, poner límite al monopolio del arbitraje que compromete a entidades públicas en calidad de partes o a quien ejerce funciones administrativas, en lugar de desconocer la igualdad, la propicia ya que un mayor número de profesionales tiene posibilidad real de aspirar a desempeñarse como árbitros o secretarios. La igualdad que pretende la demandante es de distinto alcance, porque se muestra contraria a la existencia de cualquier límite, planteamiento que se funda en una percepción individual y exclusivamente centrada en los derechos y soslaya las razones de interés público que el legislador tuvo en cuenta. Ese criterio disuelve la distinción entre lo público y lo privado que, de vieja data ha llevado a diferenciar las reglas y la jurisdicción relativas al trámite judicial de los asuntos del Estado de las reglas y la jurisdicción atinentes a los asuntos de particulares. Tampoco, el legislador desconoció el derecho al trabajo y a escoger profesión u oficio, toda vez que no se trata de una prohibición absoluta de ejercicio de la abogacía que se puede desplegar en otros campos del amplio espectro de la profesión. En consecuencia, no prosperó el cargo de inconstitucionalidad formulado contra el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 1563 de 2012 (sentencia C-305 de 2013).

La Corte Constitucional arguye que es “una medida que procura evitar el acaparamiento de los arbitrajes”. Cabría preguntarse, entonces: ¿los centros de arbitraje están tan corrompidos que les entregan los arbitramentos contra al Estado a los mismos árbitros? ¿No se supone que los sorteos son públicos y en ellos están todos los árbitros de la lista del centro? ¿Cómo va a presentarse “acaparamiento” donde todo es público y por sorteo azar? Esta norma –ya declarada constitucional– es clara muestra de que se está legislando para pocos, pero gracias a ella se limitó la libertad de todos los árbitros presentes y futuros para tener procesos en defensa del Estado o contra él. A propósito, se desconoce el centro de arbitraje que le daba todos los procesos contra el Estado al mismo árbitro.

Por último, queremos resaltar que el nuevo estatuto precisa en el artículo 118 las derogatorias respectivas y determina en el 119 su entrada en vigencia. Dentro de los artículos derogados se encuentran los artículos 111 a 231 del Decreto 1818 de 1998, lo cual origina que sea la Ley 1563 la que regule íntegramente el trámite arbitral. Lo anterior hace que quede sin fundamento el proceso arbitral obligatorio laboral consagrado en los artículos 452 y subsiguientes del *Código Sustantivo del Trabajo*, lo cual va en detrimento de la clase trabajadora que tendrá que asumir

altos costos para resolver sus controversias bajo la justicia arbitral; y el empleador, de no consignar los honorarios y tramitar el proceso ante la justicia ordinaria, deberá soportar el fuero circunstancial por dos o tres años.

Para terminar este apartado, recordemos las palabras de Robledo del Castillo (2013):

Debemos apostarles al arbitramento y al ejercicio de funciones jurisdiccionales mediante mecanismos distintos a los tradicionales no constituye un salto al vacío, como algunos han llegado a pensar, sino un salto con garrocha hacia un futuro prometedor, la meta en el arbitraje, no es distinta que la de generar confianza en la utilización de este método alternativo de soluciones de conflictos, para de esta forma conseguir también, la masificación del uso de una centenaria institución que, día a día, hace gala de sus incalculables bondades. También somos conscientes de que ninguna obra humana es perfecta, que toda ley es una aproximación, en mayor o en menor grado a lo pretendido, por ello es bueno que la doctrina y la jurisprudencia arbitral y judicial se ocupen de poner en su justo sitio el verdadero alcance de las disposiciones aunque forman parte del Código General del Proceso como del Estatuto Arbitral, para lo cual siempre recomendamos acudir a la exposiciones de motivos y a los informes de ponencia elaborados para cada debate en el Congreso de la República, para no caer en la vanidosa tentación de aventurar irresponsables opiniones sobre el alcance de una norma o institución, o sobre lo que hizo o quiso hacer el legislador, cuando para ello hubiese bastado acudir a la historia fidedigna del establecimiento de la norma como criterio hermenéutico válido y aconsejable (p. 334).

Derecho de petición

Aunque es básicamente un derecho constitucional fundamental, es también a nuestro juicio un MASC eficaz. Dice la norma constitucional: “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución” (Art. 23). En función de lo anterior, ¿qué mejor forma de solucionar una controversia que solicitando por medio de un escrito respuesta al problema?

La Corte Constitucional, mediante sentencia T-98 de 1994, estableció lo siguiente:

[...] El derecho de petición puede formularse de palabra, la exigencia de formalismos o ritualidades destinados a ser observados por las personas que se acercan a las autoridades con el objeto de obtener reconocimiento, garantía o protección o efectividad de sus derechos, debe tener asidero legal y razonable.

Vemos, entonces, cómo esta garantía fundamental trasciende al plano material como un verdadero mecanismo alternativo de solución de conflictos entre particulares y entre estos y el Estado.

El fin de los MASC, es solucionar conflictos sin tener que acudir un aparato jurisdiccional congestionado. Es el mejor mecanismo para arreglar una controversia por medio de un derecho de petición elaborado por el sujeto pasivo del conflicto.

Jurisdicción

Noción

Según Rojas (2013), la jurisdicción es

[...] una función a cargo del Estado la cual consiste en la adopción de decisiones mediante las cuales debe proveer la solución definitiva, regularmente prevista por el ordenamiento en forma general y abstracta, para cada cuestión o situación problemática concreta de contenido jurídico que surja en la colectividad. Casi siempre la actividad se contrae a ser individualizada para cuestión concreta de una norma general, impersonal y abstracta.

Esta actividad corresponde al Estado, ya que jurisdicción es inherente al concepto de Estado como responsable de la preservación del orden social, y por ello la jurisdicción es considerada como una de sus funciones básicas (p. 44).

El Estado, en cuanto a ser el titular de la jurisdicción, no solo tiene la potestad, sino principalmente el deber de buscar, proveer e imponer la solución jurídica que exige cada cuestión problemática que surja en medio de una sociedad. Las soluciones que encuentre el Estado son imperativas para los ciudadanos, y estos deben respetarlas y acatarlas. Esas soluciones adoptadas mediante decisiones jurisdiccionales tienen ordinariamente carácter definitivo, dado que por lo regular a partir de su emisión se impone su acatamiento, sin que haya lugar a pensar en la futura alteración de su contenido (p. 45).

La jurisdicción tiene como finalidad impartir solución definitiva a las situaciones problemáticas que nacen en el seno de una sociedad, donde se utilizan las herramientas otorgadas por el legislador para dirimir de forma efectiva la problemática. La existencia de la jurisdicción solo se justifica cuando el Estado recupera la armonía que la sociedad necesita mediante la imposición del imperio de la ley (Art. 230, CN).

Características de la jurisdicción

Titularidad

Debemos tener claridad que “la jurisdicción de un Estado excluye a cualquiera otra” (Rojas, 2013, p. 48). Ninguna sociedad puede ser sometida a más de una jurisdicción; por ello, es el Estado colombiano el que debe administrar justicia. Sin embargo, excepcionalmente y de manera transitoria, puede delegar esta función en particulares y autoridades administrativas. Igualmente y según Rojas (2013),

[...] el ámbito del derecho internacional establece de maneras teórica la existencia de dos jurisdicciones, pero en la realidad práctica una de ellas tiene que desplazar por fuerza a la otra. La eficacia del fallo jurisdiccional de un Estado en el territorio de otro depende de que este lo haga suyo mediante la emisión de una decisión jurisdiccional propia (p. 49).

Lo anteriormente dicho lo podemos ver reflejado en el trámite del *exequátur* (Corte Constitucional, sentencia T-719 de 1996), donde las sentencias dictadas por los jueces o tribunales pueden ser ejecutadas en Colombia siempre y cuando se ajusten a las formalidades del ordenamiento jurídico. Este trámite consiste en darles efecto jurídico a providencias dictadas por otra jurisdicción.

Las personas que tengan interés en que determinada providencia dictada fuera de Colombia sea válida, “[...] deberán acudir a la Corte Suprema de Justicia, salvo que conforme con los tratados internacionales corresponda a otro juez” (Art. 695 del CPC).

Para el exequátur se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

- 1. En la demanda deberán pedirse las pruebas que se consideren pertinentes.*
- 2. La corte rechazará la demanda si faltare alguno de los requisitos exigidos en los numerales 1 a 4 del artículo precedente; si advierte deficiencia en la prueba de la existencia o de la representación del demandante o de la persona que en aquella se cita, dará aplicación a lo dispuesto en el inciso final de artículo 85.*
- 3. En el auto admisorio de la demanda se dará traslado a la parte afectada con la sentencia o el laudo y al procurador delegado en lo civil, por cinco días a cada uno, para lo cual se acompañarán las respectivas copias.*
- 4. Dentro del término del traslado, la parte citada y el procurador podrán pedir las pruebas que estimen convenientes.*

5. *Vencido el traslado, se decretarán las pruebas pedidas y se señalará el término de veinte días para practicarlas, pero para aquellas que deban producirse en el exterior, se aplicarán los incisos segundo y tercero del artículo 405. La Corte podrá decretar pruebas de oficio, conforme con las reglas generales*
6. *Vencido el traslado de la demanda o el término probatorio en su caso, se dará traslado común a las partes por cinco días para que presenten sus alegaciones, transcurrido el cual se dictará sentencia.*
7. *Si la Corte concede el exequátur y la sentencia o el laudo extranjero requiere ejecución, conocerá de ésta al juez competente conforme a las reglas generales*

(Art. 695 del CPC).

En la esfera eclesíastica, sus autoridades tienen la capacidad de modificar las relaciones jurídicas (la nulidad del matrimonio católico, por ejemplo, genera el cese de efectos civiles). La Iglesia impone su solución en determinados asuntos y las personas que quieran someterse a esta corporación son quienes le otorgan esta misión.

Prevalece en nuestro ordenamiento jurídico una institución conocida como “justicia arbitral”, que consiste en el ejercicio de la jurisdicción por parte de organismos ajenos al aparato estatal sobre situaciones problemáticas específicas que, por disposición de los sujetos cuyos intereses se ven involucrados mediante pacto arbitral o compromiso, escapan de la esfera de las personas que materializan el Estado, pero con autorización de este y, obviamente, sujeto a sus mandatos. Ello no implica que esta sea una jurisdicción diferente; solo es una modalidad diferente a la ordinaria que está dentro de la misma jurisdicción.

Singularidad

Para todos los conflictos que surjan dentro de la sociedad, el titular de la jurisdicción (el Estado) debe buscar una solución basada en derecho y esta es una de sus funciones fundamentales, aunque no la única. Lo que se debe tener claro es que no pueden existir varias jurisdicciones en cabeza de un mismo Estado.

Imparcialidad

La jurisdicción no es parte en las relaciones jurídicas que se debaten ante ella, no puede estar comprometida en las situaciones problemáticas. Las entidades del Estado, de las que este se vale para cumplir sus fines, son sujetos de derecho perfectamente individualizados que actúan y se obligan separadamente, y por ende al verse involucrados en una situación problemática descienden de su condición de

“ente” oficial a la de simple miembro de una sociedad para sujetarse a la solución del Estado, como titular de jurisdicción, haya de proveer. Las soluciones que el Estado encuentre están llamadas a perpetuarse, esas soluciones adoptadas en función de la jurisdicción deben ser cumplidas y realizadas, sin dar lugar a alteraciones por el advenimiento de nuevas circunstancias o el imperio de doctrinas que modifiquen el esquema social de valores (Rojas, 2103, pp. 54-55).

Permanencia

El Estado no puede dejar en ningún momento de administrar justicia; los problemas de carácter social deben ser resueltos con eficacia sin que haya barreras para acudir al aparato judicial. Esa permanencia lo hace responsable al generar perjuicios por la demora en dar solución definitiva a los conflictos de la sociedad (Art. 90, CN).

Basados, precisamente, en la permanencia de la jurisdicción, sostenemos nuestra posición de la no existencia de la “jurisdicción arbitral”. El arbitraje es, en esencia, un mecanismo alternativo de solución de conflictos –como hemos venido expresando a lo largo de la obra– que faculta a determinados sujetos denominados árbitros para que administren justicia de forma transitoria. Una vez laudada o se vence el término de competencia, desaparecen como administradores de justicia y retornan a su condición de personas naturales. En consecuencia, la tal “justicia arbitral” no existe, ya que no puede existir justicia sin permanencia.

Sobre esta cuestión, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

El Arbitraje realmente más que ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos es un proceso, puesto que los particulares, al administrar justicia como árbitros, deben materializar, dentro de la lógica propia del arbitraje y atendiendo a sus especificidades, los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y de acceso a la administración de justicia, respetando el marco trazado por el legislador. Por ello, el arbitramento se concibe como un proceso que garantiza los derechos de las partes enfrentadas, mediante un conjunto de etapas y oportunidades para discutir argumentos, valorar pruebas, controvertir la posición de la otra parte e incluso controlar las decisiones de los árbitros.

Sus características básicas han sido ampliamente examinadas en la doctrina constitucional, en los términos que se sintetizan a continuación:

(i) Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, las partes invisten a los particulares de la función de administrar justicia.

(ii) **Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación.** El artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares.

En otras palabras, el sustento de la justicia arbitral es el reconocimiento constitucional expreso de la decisión libre y voluntaria de las partes contratantes de no acudir al sistema estatal de administración de justicia sino al arbitraje para la decisión de sus disputas, la habilitación voluntaria de los árbitros es, por lo tanto, un requisito constitucional imperativo que determina la procedencia de este mecanismo de resolución de controversias.

También ha señalado que la justificación constitucional de esta figura estriba no solo en su contribución a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia, sino en que proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente.

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

(iii) **Es un mecanismo de carácter temporal,** porque su existencia se da solamente para la resolución del caso específico sometido a consideración de los árbitros. En palabras de la Corte, no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores.

(iv) Es **excepcional**, pues existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas.

(v) Es **una institución de orden procesal**, lo cual significa que el arbitramento “garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aún, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros.

En este orden de ideas, son immanentes a la figura del arbitramento, las siguientes características: (i) la voluntariedad; (ii) la temporalidad; (iii) la excepcionalidad; (iv) fungir como un mecanismo alternativo de solución de controversias; y ser (v) una institución de orden procesal (sentencia C-330 de 2012).

El arbitraje es una opción no ajena ni separada de la jurisdicción ordinaria sino una ayuda que este le brinda a aquella para descongestionarla (la exposición de motivos de la Ley 270 de 1996 señala la función de los mecanismos alternativos de solución de conflictos). Distintas providencias han identificado algunas controversias reservadas a la jurisdicción permanente del Estado. La sentencia C-242 de 1997, por ejemplo, señaló que no pueden someterse a decisión arbitral los asuntos relacionados con el estado civil de las personas, y la sentencia C-294 de 1995 instituyó como ejemplos de asuntos no sujetos a transacción las obligaciones amparadas por leyes “en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres” (artículo 16 del *Código Civil*); las cuestiones relacionadas con los derechos de los incapaces y los conflictos relacionados con derechos sobre los cuales la ley prohíbe a sus titulares disponer. También han sido incluidos en esta categoría el conjunto de derechos mínimos de los trabajadores y el control de legalidad de los actos administrativos.

Elementos

Elemento subjetivo

Como titular de la jurisdicción el Estado es su sujeto activo y por esa misma razón constituye los elementos subjetivos de ella.

El Estado ejerce la jurisdicción, valiéndose de sus agentes, y la autoridad llamada a realizar el acto de jurisdicción recibe la denominación de juez. Para que la jurisdicción pueda ser ejercitada tiene que existir por lo menos un destinatario, un sujeto afectado con una cuestión problemática que reclame la actuación de un derecho objetivo (Rojas, 2013 p. 56).

Elemento objetivo

Se concentra en el objeto material, el cual toma cuerpo como la cuestión problemática que la actividad jurisdiccional deberá solucionar con base en el ordenamiento jurídico, sin que medie valorismo filosófico jurídico alguno.

Elemento teleológico

La función jurisdiccional se justifica solo cuando cumple la finalidad de garantizar la vigencia práctica y la continuidad del orden jurídico, finalidad que solo se consigue con la provisión e imposición de soluciones jurídicas a las cuestiones problemáticas que emergen en la sociedad. Es posible asegurar que por medio de la función jurisdicción se le da la estabilidad de las relaciones jurídicas entre los ciudadanos, en la medida necesaria para garantizar la vigencia material del orden jurídico (Rojas, 2013, p. 56).

Elemento coercitivo

La solución que imparte e impone la jurisdicción, es susceptible de materializarle, aun con la utilización de la fuerza. No poder ejercer fuerza el grado de utilidad de dichas soluciones sería mínimo, motivo que podemos justificar en que no siempre existe buena voluntad para acatar las soluciones brindadas por el juez el cual es el agente del Estado (Rojas, 2013, p. 57).

El juez

Ya sabiendo que el Estado es titular de la jurisdicción y que se ejercita por medio de sus agentes, debemos entrar hablar sobre el ejercicio de la jurisdicción que se hace por medio del órgano del aparato judicial. Cualquiera que sea el órgano que brinde la solución, el juicio es emitido por un juez, el cual tiene la responsabilidad de ejercer la actividad.

El juez termina siendo el depositario de la jurisdicción, la investidura que posee este funcionario y que le otorga la fortaleza suficiente para imponer la solución al conflicto es la justificación para que se denomine depositario (Rojas, 2013, p. 57).

Es importante aclarar que la persona no es la depositaria de jurisdicción, sino el ente llamado juez como autoridad pública. El individuo es la persona que transitoriamente lo representa, razón por la cual jurisdicción no se pierde ni se suspende, salvo mandato expreso del Estado. El juez, sin importar qué persona lo materialice, siempre será el agente encargado de llevar a cabo la actividad jurisdiccional.

Hay dos clases de jueces: el juez unipersonal, a manera de proceso ordinario, y el juez colegiado, a manera de tribunal. La jurisdicción nace cuando el ordenamiento jurídico-político le otorga el poder para administrar justicia a un juez y él acepta. Cuando el Estado crea un juez, este adquiere la función jurisdiccional y en el momento en que se suprime se pierde la función jurisdiccional.

Poderes del juez

1. Poder de decidir: resuelve la controversia como autoridad pública que es, facultad otorgada por el Estado.
2. Poder de coerción: obliga a las partes del proceso a cumplir la decisión por él tomada, así sea poder medio de la fuerza (medida cautelar). De la misma forma, en una audiencia tiene la facultad para utilizar la policía como medio de coerción para que no se vulnere el valor del respeto.
3. Facultad investigativa: es la potestad de recopilar la información necesaria para dirimir la problemática.
4. Poder de ejecución: conectado con el poder coercitivo, pero centrado en hacer respetar la providencia por él fallada, de manera que las partes no interpreten ni modifiquen lo resuelto.

El juez debe ser totalmente imparcial en sus decisiones, ser claro y objetivo, fallar en derecho sin dejar de lado los criterios auxiliares como el de equidad y mantener todo sesgo criterio personal fuera del proceso a fin de darle una solución clara y expresa a la controversia.

En cuanto a la responsabilidad propiamente dicha, el juez y el Estado no son igual de responsables. El Estado tiene una responsabilidad de carácter patrimonial (Art. 90, CN), mientras la responsabilidad del juez es más individual y es castigado cuando ejerce una conducta dañina, lo cual no implica que el Estado luego de responder patrimonialmente respecto de los lesionados no pueda repetir contra el juez. Un principio general de la responsabilidad estipula que “todo daño atribuible a la conducta activa u omisiva de un sujeto deber ser indemnizado a quien lo sufrió” (Peirano, 1979, p. 79).

El árbitro

Los árbitros son personas naturales que de manera transitoria gozan de la facultad de administrar justicia (Art. 116, CN). Tienen deberes y facultades expresas, las cuales son:

- Ser el director del proceso.
- Motivar conforme a derecho toda actuación, si es el caso.
- Apreciar debidamente las pruebas (sana crítica).
- Laudar con efectividad (dentro del término).

El árbitro tiene la calidad de juez civil del circuito, por tal razón cuando el arbitramento es en derecho y se le interpone el recurso extraordinario de anulación o revisión, lo conocen el tribunal superior del distrito y la Corte Suprema de Justicia, respectivamente. De igual forma, cuando del proceso arbitral forma parte el Estado, el recurso de anulación es conocido por la sección tercera del Consejo de Estado.

El presidente del tribunal arbitral

Como sucede en todos los órganos colegiados, en el arbitraje alguien debe dirigir la actuación, y esa persona es el presidente del tribunal. Es nombrado por los restantes árbitros, lo mismo que ocurre con el secretario, quien debe manifestar por escrito su aceptación dentro de los cinco días siguientes, y será posesionado una vez agotado el trámite de información (o de reemplazo, en su caso), según el inciso 4 del artículo 20 de la nueva ley arbitral. El presidente ejerce importantes funciones (en nuestro medio aun después de haber terminado el proceso), entre las que se destacan:

- *Dirigir las audiencias.*
- *Asumir la administración del arbitraje.*
- *Ordenar los pagos de los honorarios del tribunal y del secretario, así como los de administración y funcionamiento del tribunal (Art. 28).*
- *Llevar cuenta detallada de los ingresos y egresos del proceso y rendirla.*
- *Tomar el juramento de rigor al secretario, y a los auxiliares de la justicia, en los casos determinados por la ley, así como a los testigos y a las partes en el acto en que rindan declaración.*
- *Exigir a los árbitros la devolución de la totalidad de los honorarios recibidos, y recibirlos de estos, cuando perdieran el derecho a ellos en los casos de renuencia, remoción por inasistencia, prosperidad de la recusación, y por falta al deber de información. (Art. 48).*

- Recibir de las partes los honorarios y abrir una cuenta especial para su manejo, en una entidad sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera (Art. 27).
- Efectuar la protocolización del laudo.

Por el cumplimiento de estas funciones el presidente no recibe remuneración adicional, en razón a que la designación se hace más como reconocimiento muchas veces a la permanencia en el ejercicio profesional o arbitral, o por otras calidades.” (Becerra, 2013, p. 317).

Responsabilidad del director del proceso

El director del proceso comprende tanto al juez, como al magistrado y al árbitro. Se tiende a creer que los cobija un estatuto de responsabilidad diferente cuando realmente es el mismo, ya que al juez y al árbitro se le aplican el artículo 74 de la ley estatutaria de la justicia (Ley 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2009).

Veamos a continuación, el recorrido de nuestro ordenamiento jurídico en materia de responsabilidad.

El decreto 2279 de 1989 disponía en su artículo 45 lo siguiente: “Los árbitros responderán civil, penal y disciplinariamente en los términos que la ley establece para los jueces civiles del circuito, a quienes asimilan para determinar la competencia y el procedimiento”.

Por su parte, la jurisprudencia de antaño de la Corte Constitucional indicaba al respecto:

La firmeza del pago de la primera parte de los honorarios, corresponde al derecho a la remuneración que tiene los árbitros, pero ella no es óbice para que los mismos puedan ser condenados judicialmente a resarcir los perjuicios que su conducta culposa o dolosa –y por error grave– inflija a la partes (sentencia C-451 de 1995).

Como puede colegirse, existía por entonces un manto de inmunidad patrimonial que protegía al funcionario judicial y al particular que transitoriamente administraba justicia. Muchas eran las razones para que se condenara al Estado por la prestación del servicio público de administrar justicia, como la jurisprudencia del Consejo de Estado lo hacía notar: violación al principio de la cosa juzgada, irrupción en la autonomía e independencia judicial y carga generalizada (Consejo de Estado, sentencia del 31 de julio de 1976).

Pero aquel manto de inmunidad fue desvaneciéndose con la entrada en vigencia de la Ley 74 de 1968 que aprobó el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el cual se materializó con la Constitución del 1991 (Art. 90) y su bloque de constitucionalidad (Art. 93).

El Consejo de Estado fue modificando su jurisprudencia con base al artículo 90 superior y sobre la responsabilidad del director del proceso, arguye:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este. (Art. 90 Superior) [...]. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo (Consejo de Estado, sentencia del 10 de noviembre de 1998).

Vemos cómo la responsabilidad del juez y del árbitro se deriva de la Constitución y la ley, que han establecido una garantía de indemnización a cargo del titular de la jurisdicción (el Estado) cuando las partes de un proceso judicial o arbitral son víctimas de un error jurisdiccional, el cual debe entenderse como el fenómeno que se presenta cuando un sujeto investido de jurisdicción profiere una providencia contraria a la ley o vulnera derechos fundamentales (vía de hecho).

Los árbitros y los jueces son responsables ante el Estado cuando en sus providencias se presenta:

1. Un defecto sustantivo: apoyar su fallo en una norma jurídica inaplicable.
2. Un defecto orgánico: cuando actúan carentes de competencia.
3. Un defecto procedimental: cuando se tramita el proceso sin seguir el procedimiento del ordenamiento jurídico.
4. Un defecto fáctico: cuando se deja de valorar una prueba para la resolución de la *litis*.

Los anteriores presupuestos deben ser evidentes y, claro está, presentarse el daño, el cual debe ser cierto, determinable y cuantificable.

Mediante el proceso de reparación directa, se pueden hacer valer las pretensiones indemnizatorias contra el Estado y una vez condenado este por la actividad del

juez o del árbitro, se debe dar paso al inciso segundo del artículo 90 superior (acción de repetición).

La jurisdicción en Colombia

Antes de comenzar con nuestro estudio, debemos hacer referencia a lo dicho por Couture (1981): “La jurisdicción es la función pública de administrar justicia, y justifica que es una función pública, ya que otorga, a quien ejercen, una serie de poderes y de facultades, para resolver conflictos” (p. 40).

El capítulo de la rama judicial, tiene como disposición general lo prescrito en el artículo 228 de la Constitución:

La administración de justicia es función pública, las decisiones son independientes, las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalece el derecho sustancial, también se debe tener en cuenta que los términos procesales se observan con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Inexistencia de clasificación de jurisdicción

Por ser única, la jurisdicción no es susceptible de clasificación alguna, las clasificaciones que suelen hacerse de la jurisdicción atendiendo a las diferentes áreas del derecho sustancial, tampoco son apropiadas, por cuanto en realidad hacen relación a los principales criterios de asignación de competencia (Devis Echandía, 1984, p. 84).

Principios de la administración de justicia

Los brinda la Ley 270 de 1996:

- Administración de justicia.
- Acceso a la justicia, en el sentido de que el Estado debe garantizar a todos los asociados el acceso a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza⁴ y el servicio de defensoría de pueblo. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público

4. La posibilidad de que las personas jurídicas accedan al amparo de pobreza es excepcional, debiéndose valorar la verdadera situación financiera de cada situación particular y los medios probatorios allegados para tal fin.

-
- Derecho de defensa: en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa. Esta defensa puede ser ejercida por estudiantes de derecho de universidades reconocidas por el Estado, en concordancia con lo dispuesto por la Ley 583 de 2000, que establece que los estudiantes adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho serán abogados de las personas de escasos recursos.
 - Celeridad y oralidad (modificado por la Ley 1285 de 2009, Art.1): la administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se someten a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios (inmediatos) y de estricto cumplimiento para los funcionarios judiciales. Las actuaciones que se realicen deben ser orales, con excepción a lo que la ley establezca.
 - Autonomía e independencia de la rama judicial en sus decisiones constitucionales y legales de administrar justicia.
 - Gratuidad (modificado por la Ley 1285 de 2009, Art.2): la administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias de derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijen en cada proceso. No podrá cobrarse arancel judicial en los procedimientos de carácter penal, laboral, contencioso laboral, de familia, de menores, ni en los procesos de controles constitucionales o derivados del ejercicio de la tutela y demás acciones constitucionales. Tampoco podrá cobrarse arancel cuando la persona tenga el amparo de pobreza. Dicho arancel judicial es un ingreso público a favor de la rama judicial. Sobre el nuevo arancel judicial (Ley 1653 de 2012) hablaremos al final de esta obra.
 - Mecanismos alternativos (modificado por la Ley 1285 de 2009, Art.3): la ley podrá establecer mecanismos alternativos al procedimiento ordinario para solucionar los conflictos que se presenten entre los ciudadanos y señalará los casos en que se pueda cobrar por este servicio. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros, debidamente habilitados por las partes para proferir fallos en derecho equidad.
 - Respeto de los derechos: es deber de todos los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguardia de los derechos de quienes intervienen en el proceso.

El artículo 229 de la C.N nos dice que toda persona tiene derecho para acceder a la administración de justicia, bien sea a través de abogado o directamente

cuando así lo señale la ley. Con esta norma se quiere permitir que el ciudadano dentro del ámbito de un Estado democrático y participativo, tener la oportunidad cuando lo considere oportuno y necesario acudir a la administración de justicia, en cualquiera de sus expresiones o manifestaciones (sentencia T-572 de octubre 26 de 1992 de la Corte Constitucional).

Este acceso a la administración de justicia debe estar enmarcado en límites específicos:

- El debido proceso (Art. 29, CN) (legalidad, buena fe y la favorabilidad).
- Decisiones públicas y permanentes (Art 228, CN).
- Prevalencia del derecho sustancial.
- Observancia de los términos procesales con diligencia.
- Principio de eficacia, publicidad, permanencia y claridad.

Se debe entender que “acceder” igualitariamente ante los jueces implica, “no solo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse, por parte de los jueces y tribunales ante decisiones similares (sentencia T-583 de julio 26 de 2006 de la Corte Constitucional).

La Constitución Política establece cuatro jurisdicciones:

Jurisdicción ordinaria

El máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria es la Corte Suprema de Justicia, la cual se compone de un número impar de magistrados que determina la ley y está dividida en salas.

Son sus funciones:

- Actuar como tribunal de casación.
- Juzgar al presidente de la República o a quien haga sus veces y altos funcionarios (senadores y representantes).
- Juzgar al fiscal general, al vicefiscal, al procurador general, al defensor del pueblo, al controlador, a los embajadores y a los generales y almirantes de la fuerza pública.
- Llevar a cabo el proceso del exequátur.

- Atender el recurso de revisión.
- Atender el recurso de queja.
- Llevar a cabo los procesos contra agentes diplomáticos.
- Conocer de los conflictos de competencia.
- Recibir peticiones de cambio de radicación.
- Presentar proyectos de ley en materia relacionadas con sus funciones (Art. 156, CN).

La jurisdicción ordinaria recoge las ramas civil (comercial y arbitral), penal, laboral, de familia y agraria

Jurisdicción contencioso administrativa

El máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa es el Consejo de Estado, el cual tendrá un número impar de magistrados que determina la ley. Este se divide en salas y secciones.

Son atribuciones del Consejo de Estado:

- Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo.
- Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.
- Actuar como cuerpo consultivo del Gobierno.
- Preparar actos de modificación a la Constitución y proyectos de ley.
- Conocer de los casos de pérdida de investidura de los congresistas.
- Conocer de la acción de nulidad electoral.

Jurisdicción constitucional

La jurisdicción constitucional tendrá como máximo tribunal la Corte Constitucional, la cual tendrá un número impar de miembros que determine la ley. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Esta Corte desempeña las siguientes funciones:

- Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución.
- Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos.
- Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes.
- Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley.
- Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno.
- Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales y de los proyectos de leyes estatutarias.
- Decidir sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales.
- Revisar si los fallos judiciales se ajustan a los derechos fundamentales.

Esta jurisdicción conlleva una serie de problemas que se están traduciendo en injusticias para los ciudadanos de a pie. ¿Es viable pretender que los jueces y magistrados colmen sus despachos de tutelas y las resuelvan en diez días de forma desatinada, solo por no crear jueces con una real y efectiva jurisdicción constitucional? Al final de esta obra retomaremos esta pregunta.

Jurisdicción especial

Esta jurisdicción comprende a los indígenas, quienes pueden ejercer acciones jurisdiccionales en el territorio donde viven conforme con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República.

Sobre la jurisdicción especial indígena, la Corte Constitucional ha precisado:

Dos factores son importantes a la hora de establecer cuándo adquieren competencia las autoridades indígenas para definir un asunto que afecta el bienestar de la comunidad: uno es el factor personal, es decir la circunstancia de que la persona que va a ser juzgada pertenezca a la comunidad a la comunidad indígena respectiva, pues es precisamente tal pertenencia la que concede la identidad cultural que genera el fuero especial; el otro factor es el territorial, vale decir, el hecho de que la situación que se va a juzgar haya tenido lugar dentro de la comunidad indíge-

na. En consecuencia, ha concluido la Corte que para que opere la jurisdicción indígena es imprescindible que la conducta sometida a su conocimiento pueda ser reconducida a un ámbito cultural, en razón de la calidad de los sujetos activos y pasivos, del territorio en donde tuvo ocurrencia, y de la existencia en el mismo de una autoridad tradicional con vocación para ejercer la jurisdicción de acuerdo con las normas y procedimientos de la comunidad. [...].

Desde la Sentencia T-349 de 1962, la Corte viene señalando que solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural de los pueblos indígenas y por ello, sus facultades constitucionales debían ser interpretadas según el principio de maximización de la autonomía y de minimización de las restricciones. No obstante, entendió que eran admisibles ciertas limitaciones necesarias para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Concretamente, refiriéndose a la jurisdicción especial reconocida a las autoridades de dichos pueblos por el artículo 246 superior dijo lo siguiente: “El artículo 246 de la Constitución, establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos: las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional”.

Respecto al análisis de la norma la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos: “El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional” (sentencia T-1294 de 2005).

Dentro de la misma jurisdicción especial se encuentran los jueces de paz creados por el Estado para resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios (Art. 247, CN).

Los jueces de paz buscan el tratamiento integral y pacífico de los conflictos comunitarios y particulares que voluntariamente se someten a su conocimiento. Estos jueces están regulados por Ley 497 de 1999, que entre otros aspectos regula lo concerniente a su competencia:

Los jueces de paz conocerán de los conflictos que las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento, que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento y que no

sean sujetos a solemnidades de acuerdo con la ley, en cuantía no superior a los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. No obstante, los jueces de paz no tendrán competencia para conocer de las acciones constitucionales y contencioso-administrativas, así como de las acciones civiles que versen sobre la capacidad y el estado civil de las personas, salvo el reconocimiento voluntario de hijos extra matrimoniales (Art. 9).

Este cargo es de alta dignidad y se crea en aras de colaborar con la justicia: “Los jueces de paz y de reconsideración no tendrán remuneración alguna” (Art. 19). El juez de paz podrá celebrar audiencia de conciliación y llegar a un acuerdo con las partes en conflicto. Para resolver la disputa, suscribirá un acta de conciliación en la cual conste el acuerdo, pero si aquella audiencia fracasa, en el término de cinco días fallara en equidad.

El acta de conciliación y la sentencia tendrán los mismos efectos que las sentencias proferidas por los jueces ordinarios (parágrafo 1, Art. 29).

Por último, esta jurisdicción cubre la jurisdicción penal militar que incluye a los integrantes de la fuerza y pública. Está regulada por la Ley 1407 de 2010.

La competencia

El Estado, en cumplimiento de sus funciones, ha instaurado un número determinado de jueces para que cada uno –según su especialidad– resuelva una problemática específica y dé punto final a la controversia. Todos los jueces son depositarios de jurisdicción, pero están, igualmente, limitados por varios factores que más adelante estudiaremos. A lo anterior se denomina competencia.

La Corte Suprema de Justicia hace diferencias claras entre jurisdicción y competencia: “La jurisdicción es la facultad de administrar justicia y la competencia es la facultad de los jueces de administrar justicia en ciertos asuntos” (sentencia de la sala civil, del 4 de octubre de 1986). Por su parte, para Couture (1981) “[...] la competencia es una medida de la jurisdicción” (p. 43).

Criterios para asignar competencia

Según su especialidad. A cada juez, según su capacidad, preparación y experiencia, se le debe dar la misión de cumplir un objetivo. El *deber ser* es que cada juez conozca exclusivamente de asuntos pertenecientes a una rama del derecho, razón por la cual debe tener una especialización que brinde garantías al ciudadano de que su problema va ser solucionado de la manera más eficiente.

Según el lugar donde se origine el pleito. Nuestro país abarca un extenso territorio y este debe fragmentarse –jurisdiccionalmente hablando– para asignar a cada juez una determinada sección, con la función de conocer y solucionar los pleitos que surjan en ella.

Según el lugar donde están localizados los bienes objeto de la *litis*. Este territorio, en el proceso, es el domicilio de las personas.

Según el objeto de la pretensión. Cuando se va asignar una competencia, se deben tener en cuenta dos aspectos:

La naturaleza del asunto: aquello sobre lo que versa la pretensión aducida en el proceso.

La significación económica: alude a la cuantía, esto es, la estimación económica que hace el demandante del valor de su derecho (Art. 20 del CGP; Ley 1564 de 2012). Se divide en procesos de mínima cuantía (cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes); menor cuantía (mayores a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes y menores a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes) y mayor cuantía (mayores a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes).

Según la calidad de los sujetos de la pretensión. A los jueces con categoría especial se les otorga competencia para conocer y resolver aquellos pleitos en que alguna de las partes, a saber, agentes diplomáticos o funcionarios que ocupan cargos de elevada categoría en el cuerpo burocrático del Estado, posee cierta “ventaja”.

Función asignada al juez respecto al pleito

Por lo general, la actividad jurisdiccional que debe realizarse en relación con pleito (por ejemplo, a una autoridad le corresponde la investigación y a otra dictar sentencia), se distribuye entre varios jueces. Para ello esta se divide en varias etapas y a cada una se le asigna una autoridad: juez de primera instancia, juez de segunda instancia, tribunal de casación, tribunal de revisión.

Desplazamiento de la competencia

La competencia puede resultar desplazada de un juez a otro, en consideración a las características particulares del caso en concreto.

Este desplazamiento se justifica en cuanto puede haber dos o más pretensiones cuya competencia, en principio, corresponde a jueces distintos; sin embargo, estos guardan entre sí relaciones estrechas que hacen más económica y eficaz su investigación y decisión en el mismo proceso (economía procesal). Por razón de la conexión, un mismo tribunal y en el mismo proceso ha de juzgar las causas entre sí, a no ser que lo impida un precepto legal (Rojas, 2004).

Otro factor que genera el desplazamiento de la competencia obedece a las circunstancias particulares en que está inmerso el funcionario judicial y una de las partes, lo cual puede afectar su imparcialidad y por ello conviene separarlo del conocimiento del asunto. Para llevar a cabo este procedimiento, se puede desig-

nar un funcionario adjunto para que remplace al titular en ese caso concreto o desplazar la competencia hacia otro juez.

Delegación de competencia (despachos comisorios)

En ocasiones, los jueces tienen grandes dificultades para ejecutar las actuaciones respectivas en los procesos a su cargo, razón por la cual se ven obligados a solicitar ayuda a otra autoridad. Para ello emplean la figura conocida como comisión, que consiste en un exhorto (documento que un juez pasa a otro con una petición), dirigido a la autoridad que pueda prestar la ayuda y en el que solicita la práctica de las diligencias requeridas.

La única razón que justifica la delegación de competencia es la carencia de esta en el lugar donde deben ser practicadas las actuaciones que ameritan la comisión. Si el juez es competente no hay razón alguna para acudir a la figura de la delegación.

Fueros que otorgan la competencia

Fuero personal

Se determina en consideración a la persona y en particular al demandado, por ser la parte más débil.

Para el caso, se toma en primer lugar el domicilio, que consiste en “[...] la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella” (Art.76 del CC). “La mera residencia hará las veces de domicilio civil respecto de las personas que no tuvieran domicilio civil en otra parte” (Art.84 del CC).

Fuero hereditario

En los procesos de sucesiones, debe ser tramitado ante el juez competente del último domicilio del causante y si este tenía varios domicilios, en aquel donde tenía la sede principal de negocios.

Fuero contractual

En virtud de este fuero se puede demandar ante el juez competente que se haya estipulado dentro de un contrato. Este fuero tiene justificación en el artículo 85 del CC: “Se podrá en un contrato establecer, de común acuerdo, un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato”.

Sin embargo, el artículo 23, inciso del CPC señala: “De los procesos a que diera lugar un contrato serán competentes, a elección del demandante, el juez de lugar de su cumplimiento y el del domicilio del demandado. Para efectos judiciales la estipulación de domicilio se tendrá por no escrita”.

La norma procesal tiene como función evitar inconvenientes a las partes derivados de la distancia o la obtención de un beneficio oculto, por ser esa la sede de competencia pactada.

Conflictos de competencia

Estos surgen cuando los funcionarios a quienes se les ha deferido el conocimiento de un asunto, pertenecen al mismo órgano jurisdiccional.

Los conflictos de competencia que se susciten entre los tribunales superiores, entre un tribunal y un juzgado de otro distrito o entre dos juzgados de distintos distritos judiciales, serán resueltos por la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia. Los conflictos que ocurran entre juzgados de igual o diferente categoría, de distintos circuitos, pero dentro de un mismo distrito, serán resueltos por la sala civil del respectivo tribunal; aquellos que se presenten entre juzgados municipales de un mismo circuito, por el juez de este; y los que no estén atribuidos a la Corte Suprema de Justicia ni a los jueces de circuito, por los tribunales superiores de distrito judicial (Art.28 del CPC).

Le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, por mandato expreso de la Constitución, definir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

Principios del derecho procesal

Nociones

¿Qué es un principio? De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española* es una “[...] norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”

Jurídicamente, el concepto de principio identifica las pautas de comportamientos que garantizan la convivencia armónica entre los asociados, sobre la base de la aplicación práctica del sistema normativo legítimamente adoptado por la colectividad (Rojas, 2013, p. 255).

Los principios procesales son aquellos enunciados normativos de particulares extremos de lo fundamental del ordenamiento procesal, que lo personifican y cumplen diversas funciones, como la de preservar de incoherencia a los códigos y la de ser medios inestimables para desentrañar el sentido de los pases oscuros o dudosos de los preceptos instrumentales (Blanco Gómez, 2013, Sistema dispositivo y prueba de oficio, p. 30).

En el derecho procesal, los principios generales son ideas que guían las actividades en el debate procesal con el fin de realizar su propósito esencial: la materialización efectiva del derecho sustancial legítimamente establecido por el ordenamiento jurídico.

Características

Universalidad

Estos principios son comunes a todos los grupos o colectividades humanos. No muestran variación de una comunidad a otra ni su contenido esencial sufre alteración. Los principios de una actividad específica son los mismos en cualquier

lugar que esta se realice, sin consideración a las peculiaridades de la comunidad que la ejecuta.

Perpetuidad

“Debemos tener claro que ninguna sociedad podrá prescindir de los principios, ya que por ejemplo no se podría olvidar el principio de la honestidad para poder convivir en una sociedad” (Rojas, 2013, p. 257).

Causa real

Los principios constituyen fuente de inspiración para quienes tienen a su cargo la confección de las normas, y de iluminación para quienes tienen que interpretarlas y aplicarlas.

Se debe tener siempre presente que el legislador, para redactar las normas jurídicas debe tener claro y presente los principios procesales, al igual que el intérprete también los debe tener a la hora de entender la norma (Rojas, 2013, p. 258).

Principios generales del derecho procesal

De la motivación de las providencias judiciales

Se refiere a la necesidad de que los funcionarios judiciales fundamenten y expliquen sus decisiones, a menos que se trate de simples autos destinados a impulsar el proceso.

Lealtad procesal

Para que el trámite del proceso pueda avanzar con rapidez y comodidad razonables, sin necesidad de adoptar en cada acto precauciones excesivas, engorrosas encaminadas a conjurar el fraude, es preciso que cada participante en el debate pueda confiar en la sinceridad y probidad de los otros. Para ello hay que exigir que cada uno de los participantes en el debate procesal obre con probidad, con sinceridad, con respeto de los demás que comparten el mismo escenario, lo que implica el deber de poner de manifiesto en forma oportuna todo lo que tenga importancia para el proceso, así como de abstenerse de ocultar elementos que puedan incidir en la tramitación o en la decisión del pleito en que está implicado, de guardar planteamientos para sorprender con ellas al adversario o al juzgador en la postrimería (período último de la duración de algo) del debate o ejecutar actos con propósitos contrarios del proceso.

En aplicación del principio de lealtad procesal, las legislaciones suelen prohibir y sancionar las actuaciones fraudulentas de los litigantes (Rojas, 2013, pp. 263-264).

Ejemplo de este principio está consignado en el artículo 37, inciso 3, del CPC, que se ocupa de los deberes del juez civil destinados a impedir actos contrarios a la dignidad de la justicia, la lealtad, la probidad y la buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

Economía procesal

Se debe procurar que las situaciones problemáticas sean solucionadas con celeridad; es decir, que los procesos judiciales cursen de manera rápida y se produzca pronto la solución que aniquile la injusticia o la incertidumbre, restablezca el orden turbado y devuelva la armonía y la tranquilidad sociales.

Los procesos no deben durar más tiempo del necesario para oír los planteamientos de los interesados, establecer la situación de hecho y permitir la contradicción en términos racionales, teniendo en cuenta que una sentencia tardía se traduce a una verdadera justicia ineficiente o injusticia en el peor de los casos.

Cuando los procesos son demasiado onerosos no traen consecuencias favorables, pues los recursos públicos siempre serán escasos y los justiciables jamás serán proclives a realizar gastos distintos de los necesarios, lo que surge que el costo exagerado del proceso judicial desestimula su empleo. Por consiguiente, en la actuación procesal está proscrito el derroche de recursos. Las legislaciones establecen mecanismos francamente encaminados a facilitar el ahorro de tiempo y de recursos en el tratamiento jurisdiccional de las diferentes cuestiones problemáticas (Rojas, 2013, pp. 264-265).

La ley procesal señala y reglamenta las formas de dilucidar múltiples cuestiones en un único proceso para ser resueltas en una sola instancia. Veamos:

Acumulación de procesos

Podrán acumularse dos o más procesos especiales de igual procedimiento o dos más ordinarios, a petición de quien sea parte en cualquiera de ellos, siempre que se encuentren en la misma instancia:

1. Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.

2. Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquellas tengan el carácter de previas.
3. Cuando existan varios procesos de ejecución en los cuales se persiga exclusivamente la misma cosa hipotecada o dada en prenda.
4. Cuando en los procesos de que trate el numeral anterior, todos los acreedores hayan concurrido convengan en que se acumulen a un ejecutivo quirografario que contra el mismo deudor se adelante por otros acreedores.

Acumulación de pretensiones

El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos;

1. *Que el juez sea competente para conocer de todas, sin tener en cuenta la cuantía.*
2. *Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que propagan como principales y subsidiarias (que no se pida el pago del contrato y su terminación).*
3. *Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.*

En la demanda sobre prestaciones periódicas podrá pedirse que se condene al demandado a las que se llegare a causar entre la presentación de aquella y el cumplimiento de la sentencia definitiva.

También podrán formularse en una demanda pretensiones de uno o varios demandantes o contra uno o varios demandados, aunque sea diferente el interés de unos y otros, en cualquiera de estos casos:

1. *Cuando provenga de la misma causa.*
2. *Cuando versen sobre el mismo objeto.*
3. *Cuando se hallen entre sí en relación de dependencia.*
4. *Cuando deban servirse de unas mismas pruebas.*

En las demandas ejecutivas podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan, total o parcialmente, los mismos bienes del demandado (Art. 88 del CPC).

Denuncia de pleito

Quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho a denunciar el pleito que promueva o que se le promueva, deberá ejercitarlo en la demanda o dentro del término para contestarla, según fuera el caso.

Al escrito de denuncia acompañara la prueba siquiera sumaria del derecho a formularla y la relativa a la existencia y representación que fueren necesarias.

El denunciado en un pleito tiene a su vez facultad para denunciarlo en la misma forma que el demandante o demandado (Art. 56 del CPC).

Con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, esta figura no estará más en el ordenamiento procesal, solo estará:

Llamamiento en garantía

Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujeta a los trámites y procedimientos de la denuncia de pleito (Arts. 55-56 del CC).

Hay una marcada diferencia entre denuncia de pleito y llamamiento en garantía, que radica en que la primera es para pleitos de derechos reales y la segunda para controversias de derechos personales.

Hoy en día, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso, se conoce la denuncia de pleito como “llamamiento en garantía” y consiste en lo siguiente:

Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación (Art. 64, Código General del Proceso).

Llamamiento ex officio

Se suspende el proceso, el juez llama a la persona que se le va causar el perjuicio y le solicita que se pronuncie.

Contradicción

El debate procesal es esencialmente contradictorio y nada de lo que pueda incidir en la solución que debe adoptarse en relación con la cuestión problemática discutida puede quedarse sin controversia.

Lo que no haya sido sometido a contradicción en el proceso es como si no existiera y por ende no puede ser tenido en cuenta para emitir la decisión que solucione el problema planteado.

Todos los individuos deben contar con la oportunidad de pronunciarse y, de ser el caso, de formular cuestionamientos en relación con esos elementos. Dicha oportunidad debe ser lo suficientemente amplia como para garantizar que el justiciable pueda examinar los elementos del juicio y los planteamientos, todo ello en aras de formular un pronunciamiento serio. Si la oportunidad es muy breve, seguramente la contradicción terminará siendo nugatoria.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-371 de 2011, señala sobre este principio:

La Corte ha admitido que algunas garantías procesales –entre ellas el derecho de defensa y contradicción– no son absolutas y pueden ser limitadas por el legislador, siempre que no se vea afectado su núcleo esencial, la limitación responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad y no se desconozcan otros derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la igualdad. En todo caso, ha señalado que la función, tanto del legislador como del juez constitucional, es tratar de lograr que todos los principios y derechos que eventualmente puedan entrar en tensión a la hora de regular los términos judiciales sean garantizados en la mayor medida posible.

Igualdad

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (Art. 13 CN).

Para que se dé una igualdad material y no formal, debe haber una verdadera consonancia entre las disposiciones legales, afinidad inexistente en la mayoría de los casos debido a la economía y en ocasiones a la cultura.

Nuestra legislación brinda el recurso de amparo de pobreza –consagrado en artículo 167 del CPC– el cual busca beneficiar a

[...] quien no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y de las personas que por ley se les deba alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso adquirido a título oneroso.

Igualmente, se dispone de los consultorios jurídicos con los cuales se trata de eliminar esas diferencias o al menos atemperarlas.

El amparo de pobreza podrá ser solicitado por el presunto demandante antes de la presentación de la demanda o por cualquier de las partes durante el curso del proceso. Dicha solicitud se hace bajo juramento, el cual es considerado presentado por la presentación de la solicitud. En la providencia que conceda el amparo, el juez designará el apoderado que representa en el proceso al amparado, salvo que este ya haya hecho una designación.

También, en aras de la igualdad judicial

[...] la administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijen de conformidad con la ley.

No podrá cobrarse arancel en los procedimientos de carácter penal, laboral, contencioso laboral, de familia, de menores, ni en los juicios de control constitucional o derivados del ejercicio de la tutela y demás acciones constitucionales. Tampoco podrá cobrarse aranceles a las personas de escasos recursos cuando se decrete el amparo de pobreza o en aquellos procesos o actuaciones judiciales que determinen la ley (Art. 6, Ley 1285 de 2009).

Imparcialidad

Este principio es fundamental en cualquier proceso. Se aplica para apartar las subjetividades e intereses ocultos y atraer la verdad procesal en aras de una jurisdicción de tutela efectiva.

El juez, depositario de la jurisdicción, es materializado por una persona y no es de extrañar que puedan concurrir en algún momento lazos de parentesco

o amistad que hagan que la balanza se incline para un lado. Por tal razón, el legislador ordena que cuando ocurran hechos como amistad íntima o enemistad manifiesta (que, entre otras, deben llevar una denuncia penal consigo), el juez se declare impedido.

Eficacia

En el proceso solo se deben ejecutar los actos que inequívocamente estén destinados a dar fin al proceso. La realización de actos procesales que no estén racionalmente encaminados a la producción del resultado que el proceso persigue, debe estar proscrita de los ordenamientos jurídicos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que el juez se abstendrá de exigir y cumplir formalidades innecesarias, basado en el principio de que se debe dar siempre prevalencia al derecho sustancial sobre el derecho procesal (Art. 228 de la CN y sentencia T-052 del 2009).

Cosa juzgada

Antes de referirnos al concepto de cosa juzgada, examinemos lo relativo a la ejecución de la providencia.

Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes pasados tres días después de notificadas. Igualmente lo son cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los que fueren precedentes y cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelve los interpuestos. No obstante, cabe aclarar que cuando se solicite para la providencia aclaración o complementación, su firmeza solo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva.

El hecho de interponer un recurso de anulación de laudo arbitral no hace que la providencia se suspenda o se impida su ejecución. Sin embargo, el interesado podrá ofrecer caución para responder por los perjuicios que la suspensión cause a la parte contraria, cuyo monto y naturaleza serán fijados por quien sea competente para conocer del recurso de anulación (tribunal superior del distrito judicial donde se dio el arbitramento).

La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre y cuando el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se fundamente en la misma causa que el anterior e involucre a las mismas partes.

De acuerdo con el artículo 333 del CPC, las siguientes sentencias no constituyen cosa juzgada:

- Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria (desaparición forzada).
- Las que decidan situaciones susceptibles de modificación en proceso posterior, por autorización expresa de la ley.
- Las que declaren probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento.
- Las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio.

La cosa juzgada la podemos definir como la fuerza que el derecho atribuye a los resultados procesales. Puede ser material o formal. La primera implica la absoluta inmutabilidad de la sentencia en firme no dentro de un proceso determinado, sino ante cualquier otro proceso. La segunda hace referencia a la imposibilidad de revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado, dentro del mismo proceso y por los mismos hechos y fundamentos que motivaron tal decisión.

Principio de impugnación

A partir del hecho de que las decisiones judiciales son proferidas por seres humanos, debemos entender que en ocasiones pueden ser erradas. De la misma forma, puede suceder que utilizando la hermenéutica el juez o magistrado no interprete los hechos y aplique la norma de forma no idónea, lo que genera una decisión injusta por estar fundada en una vía de hecho. El derecho procesal sería, entonces, una herramienta que pone en manos de los individuos mecanismos apropiados para cuestionar esas decisiones judiciales e impugnarlas por medio de recursos.

Impugnar una decisión no es otra cosa que exteriorizar inconformidad respecto de su contenido, con el propósito de provocar su modificación o revocación por considerado contrario al espíritu del orden jurídico y lesivo para el interés propio. Para justificar una impugnación no es suficiente la lesión que sufre el interés propio gracias a la decisión cuestionada; es necesario además advertir su disonancia con los preceptos jurídicos cuya aplicación es imperiosa en la situación concreta, con la realidad (Rojas, 2013, p. 195).

La impugnación se materializa por medio de recursos (los ordinarios y los extraordinarios), los cuales son mecanismos que el ciudadano dispone para expresar su disidencia frente a una sentencia judicial y lograr su modificación o revocación por el mismo ente o por otro, respectivamente.

Principio de interés para intervenir en los procesos

Solo pueden intervenir en el proceso las personas que tengan un interés serio, actual y jurídico, bien sea como demandantes o demandados. Los llamados “terceros” solo pueden intervenir para controvertir las peticiones del demandante o del mandado, cuando muestren un interés serio y actual frente a las resultas del proceso y se reconozca su derecho a ser oídos como intervinientes.

Las sentencias no crean derechos; los declaran

Los derechos subjetivos tienen su origen en el derecho positivo, en la ley. Mediante el procedimiento se obtienen la tutela, su ejecución y su garantía, para permitir, en ocasiones, su ejercicio, mas no para crearlos. Por ello, el juez al decidir, se limita a declarar los derechos que conforme a las normas positivas tienen las partes sin otorgar ninguno que ellas no consagren dentro de la demanda o tutela.

Principio de la verdad procesal

La verdad procesal surge dentro del proceso y se basa en los elementos probatorios y de convicción oportunamente alegados y allegados o decretados oficiosamente por el juez.

Es de suma importancia tener en cuenta que en el derecho procesal no importa la existencia del derecho sino su demostración en el proceso; no poder demostrarlo equivale, por tanto, a no tenerlo. Por lo anterior, vale resaltar una frase de los abuelos: “los papelitos hablarán”.

Principio de oralidad y escritura

En el debate procesal es de capital importancia establecer comunicación entre sus protagonistas. La experiencia demuestra que es una necesidad prescindir de la escritura o de la oralidad; ambos métodos de expresión ofrecen ventajas, de manera que no vale la pena utilizar solo uno. La oralidad procesal lleva a cabo las audiencias verbalmente y la escritura las conduce.

La oralidad ofrece mayor rapidez en la comunicación, pues la emisión y la recepción de cada mensaje suceden simultáneamente. Esa celeridad implica una mejor preparación de los practicantes en el debate, en especial del funcionario judicial y de los representantes de las partes.

Es importante destacar que el uso de la expresión oral permite aprovechar la espontaneidad del individuo que en muchos actos procesales, en particular en la etapa investigativa, es muy valiosa. Ciertamente, en actos como las declaraciones

testimoniales o de las partes y en la explicación de los peritos –entre otros– esa “espontaneidad” hace que se efectúe una mejor investigación.

Cabe recordar que la escritura nos da la ventaja de guardar, examinar y reproducir la memoria de las actuaciones procesales y ofrece mayor claridad y precisión en las actuaciones.

Sin embargo, es todavía relativo que se pueda utilizar una u otra, ya que en la práctica se formula la demanda de forma escrita, pero en la recepción de un testimonio se utiliza por lo general, la expresión oral y ambas tienen que ser ágiles (Rojas, 2103).

Principio de publicidad y reserva

Estas dos reglas hacen referencia al grado de divulgación que debe tener el debate procesal. El proceso es público si cualquiera tiene acceso a él y puede conocer lo que allí ocurra, pero si existe alguna restricción para conocer su desarrollo el proceso es reservado.

El proceso público tiene el propósito de mostrar su transparencia y ofrecerle tranquilidad a la colectividad en cuanto no hay nada oculto en el debate. Este principio hace que se confiera mayor credibilidad a las decisiones judiciales.

“La reversa de un proceso persigue evitar obstáculos injustificados en el curso del proceso y proteger derechos individuales de especial importancia, como la intimidad” (Rojas, 2013, p. 273.)

Preclusión o eventualidad

Con este principio, nos encontramos que acabada o precluida una etapa procesal, no es posible realizar actos de esa etapa ya culminada. Dentro del proceso es importante garantizar un orden estricto, el cual garantiza un debido proceso, donde las partes tienen cada una por igual los mismos términos para pronunciarse.

Mediación e inmediatez

De forma general, la mediación la hace el juez de segunda instancia, quien a pesar de no haber estado en la etapa probatoria, de igual forma fallará la controversia. Sin embargo, la inmediatez implica lo opuesto; o sea, la actividad del juez de primera instancia, quien, efectivamente, está en todas las etapas probatorias y con base en ello falla:

La mediación implica que la averiguación sobre los hechos que ocurrieron, y que es la situación problemática, sea conocida por un sujeto distinto al juzgador. El juez debe mantenerse lejos de la actividad probatoria para evitar que se contamine de prejuicios y sentimientos que puede surgir del contacto con los implicados y con los sujetos que aportan elementos al juicio.

La mediación es característica de los procesos de múltiple instancia, pues en ellos la sentencia llamada a emperrar es la última instancia que en todo caso es emitida por una autoridad distinta de la encargada de la investigación

La inmediación, hace referencia, a que sea el juez el cual realice la actividad investigativa, donde debe tener un contacto inmediato, directo y permanente con las personas que hacen parte del proceso. Con la inmediación se persigue que el funcionario se sienta más comprometido con la indagación de los hechos que interesan al proceso, habida cuenta de que la decisión de fondo es responsabilidad suya, pues es de quien debe haber más esfuerzo para encontrar la verdad.

La inmediación es bastante útil a la economía procesal, por un lado el acercamiento del juez con los implicados del proceso, permite reducir el caso de discusión.

La inmediación solo es predicable en los procesos de única instancia, en los cuales el fallo puede ser dictado por el mismo funcionario el cual realiza las investigaciones. Pero esto no quiere decir que en un proceso de una instancia no se pueda realizar la mediación, ya que puede ser de única instancia, pero el proceso puede ser desconcentrado y lento (Rojas, 2013, p. 275).

Principio de concentración y desconcentración

La concentración hace que el proceso se desarrolle de forma continua, de tal manera que desde el momento en que empieza el debate hasta cuando se profiere sentencia, el juez está ocupado en él.

La desconcentración ocurre cuando a titularidad del juez existen más de dos procesos, lo que hace que se dé un trámite múltiple de poca concentración (en un proceso oye a las partes, en otros practica pruebas y en otros profiere sentencia).

Única y múltiple instancias

Un proceso de única instancia conduce a que las decisiones judiciales no tengan control de otro ente judicial; por ende, son de cumplimiento inmediato. Ello no implica que la decisión no pueda ser impugnada, como ocurre en los procesos arbitrales que son de única instancia, pero si el laudo no se ajusta a derecho, puede ser revisado con base en los recursos extraordinarios de anulación y revisión.

Contrariamente, en la múltiple instancia las decisiones judiciales sí tienen un control jerárquico inmediato. Para muchos, la múltiple instancia garantiza una justicia de mejor calidad, ya que “dos cabezas piensan más que una”. Sin embargo, para este autor la múltiple instancia conlleva un proceso más duradero que da como resultado una sentencia más demorada, lo cual significa una justicia lenta que, en últimas, se traducirá en injusticia. Al igual, tampoco existirán los principios de inmediación y concentración y eso no trae consecuencias buenas ni para el aparato judicial –que cada día se congestionaría más– ni para los abogados y menos las partes.

El debido proceso

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el

[...] conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías –derechos y obligaciones– de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”. En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas” (sentencia C-980 de 2010).

En la práctica, el debido proceso es el nombre genérico que enmarca los siguientes principios:

1. Del derecho a la defensa.

2. De cosa juzgada.
3. De presunción de inocencia.
4. De la prueba.
5. De contradicción.
6. De impugnación.
7. De favorabilidad
8. De la *non refurmatios peius* (el superior jerárquico no puede hacer más grave la sentencia cuando el apelante es único).
9. Del juez natural.
10. De aplicación de la ley preexistente.
11. De analogía.
12. Del *non bis idem* (no doble incriminación por los mismos hechos).

Los anteriores principios se deben aplicar a todas las materias de derecho, como bien reza el artículo 29 superior:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Para dar un tratamiento integral al “debido proceso”, analizaremos uno de los principios que, a nuestro sentir, debe estudiarse más a fondo para tener una idea

clara sobre el alcance del derecho constitucional al debido proceso. Este principio es el axioma de la prueba.

Comencemos por preguntarnos: ¿qué es una prueba? La prueba es aquel instrumento válido jurídicamente (con base en la ley), con el cual se demuestran los hechos que sirven para obtener el derecho pretendido. En nuestro ordenamiento jurídico, sirven como prueba la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los informes, los indicios y cualquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez (Art.175 del CPC y Art. 165 del CGP).

Cabe destacar, sin embargo, que en nuestro ordenamiento más que los medios –que no son taxativos– es la necesidad de la prueba lo fundamental, dado que toda providencia judicial bien sea un auto de trámite, interlocutorio o una sentencia, debe tener como soporte la prueba legal y oportuna allegada al proceso. Ahora bien, sobre la carga dinámica de la prueba –que no es algo novedoso en el Código General del Proceso– la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

[...] Se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas [...] ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación de servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad. Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio. Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión (Consejo de Estado, sección tercera, febrero 10 del 2000).

Asimismo, la doctrina procesal se ha pronunciado al respecto y de acuerdo con el pensamiento de Couture (1981):

La carga de la prueba quiere decir en primer término, en su sentido estrictamente procesal, conducta impuesta a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos denunciados por ellos. La ley distribuye por anticipado entre uno y otro litigante la fatiga probatoria. [...] La carga de la prueba no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito (p. 154).

Cerraremos este tema dejando expresamente expuesto que nunca podrá existir un verdadero derecho sin una verdadera prueba. Ya lo dice el axioma general del derecho: “dame la prueba que yo te daré el derecho”.

Legitimación en la causa

La acción y la contradicción que le permiten a los sujetos acceder a la jurisdicción, no es suficiente para pensar que pueden entrometerse en cualquier proceso. Cuando el Estado, como titular de la jurisdicción, quiere garantizar la ordenada y eficaz realización de un proceso, conviene restringir racionalmente la intervención de los sujetos en la actividad que haya de realizarse en relación con una cuestión concreta en orden a la provisión de la solución jurídica (Rojas, 2013, p. 111).

El interés para obrar no es suficiente para que los sujetos sean partícipes en una actividad jurisdiccional, ya que el ordenamiento prescribe que solo lo son aquellos que por derecho les corresponde, excluyendo así a los no autorizados por el Estado. Esa autorización jurídica que el ordenamiento confiere para intervenir en la actividad jurisdiccional se llama legitimación en la causa: “No todo interés para obrar, goza de legitimación en la causa, pero todo el que está legitimado en la causa debe tener interés para obrar” (Rojas, 2013, p. 112).

Asimismo,

[...] la legitimación en la causa es la potestad que nace del derecho sustancial y que les atribuye a ciertas personas la facultad para formular o contradecir respecto de determinado derecho subjetivo sustancial sobre el cual versa la pretensión que es el objeto del proceso, exista o no, potestad la accede al proferimiento de la sentencia de fondo. Esa legitimación en la causa no pertenece a todos los individuos sino a personas establecidas, las cuales como ya se dijo están facultadas por el derecho sustancial para exponer o controvertir determinados derechos materiales sobre los cuales versa la pretensión. Por no corresponder a todas las personas no concierne sino a quien están autorizados por el derecho sustancial para contender de una u otra manera los derechos dentro del proceso, por lo tanto el demandante debe

ser la persona legitimada por la ley sustancial para que por medio la sentencia de mérito se defina si tiene o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda. El demandante, también debe ser la persona que la ley sustancial autorice para estar legitimado para discutir u oponerse a las pretensiones de la demanda (Paz, 2007, p. 289).

La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 14 de agosto de 1995, determinó lo siguiente:

La legitimación en la causa, es una cuestión del derecho sustancial y no del derecho procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo de este. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivado para decidirla adversamente, pues ello es lo que se aviene cuando quien reclama un derecho no es titular, o cuando lo aduce ante quien no es el llamado a contradecirlo, pronunciamiento ese que, por ende, no solo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada para que ponga punto final al debate, distinto de un fallo inhibitorio carente de sentido lógico por cuanto tras apartarse de la validez del proceso siendo este formalmente puro, conduce a la inconveniente práctica de quien no es titular del derecho insista en reclamarlo o para que siéndolo en la realidad aduzca frente a quien no es llamado a responder.

La legitimación ad causam, consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación por pasiva). Cuando la Corte, habla de acción hace referencia a la pretensión, la cual se hace valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda. Y frente a las personas respecto de las cuales ese derecho puede ser reclamado.

Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es la persona obligada, el fallo no ha de ser adverso a la pretensión de aquél como acontece cuando reivindica quien no es el dueño, o cuando este demanda a quien no es poseedor.

La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es titular o frente a quien no es llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada, a fin de determinar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para quien no es titular insista en reclamarlo indefinidamente o para quien siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada,

haciéndose en esa forma negatoria la función jurisdicción cuya característica más destacada es la de ser definitiva.

Especies de legitimación en la causa

La legitimación puede ser activa (la del demandante) o pasiva (la del demandado), como lo recalca la Corte Suprema de Justicia. De igual manera, la legitimación puede ser principal o secundaria. La principal, se predica cuando los sujetos de la pretensión —que están legitimados— se conducen sin limitaciones; y la secundaria, cuando los sujetos de la pretensión cuentan con autorización para intervenir, pero están sometidos a ciertas limitaciones, como sucede con los coadyuvantes.

[...] la legitimación de la causa puede ser permanente o transitoria. Será permanente cuando el interés del individuo versa sobre la pretensión principal del pleito y transitoria cuando surge con ocasión de una situación problemática accidental que se asume en el pleito (Rojas, 2013, p. 115).

Derecho de acción

Vemos el derecho de acción:

[...] cuando el individuo se ve precisado a exigirle al Estado la realización de la actividad encaminada a conseguir la solución jurídica que la cuestión problemática necesita. Todas las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general o particular, y obtener pronta solución (Rojas, 2013, p. 71).

Pero no es lo mismo *derecho de petición* que *derecho de acción*, ya que el primero permite acceder a la autoridades públicas para exigir la realización de los fines del Estado, cualquiera que sea la función cuyo ejercicio se invoque; y el segundo solo da la posibilidad de hacer cumplir una de las funciones oficiales del Estado (Rojas, 2013).

El autor citado lo define de esta forma:

La acción es el derecho subjetivo abstracto, en cabeza de todo individuo, de exigir al Estado la realización de la jurisdicción mediante la provisión de una solución jurídica a cada situación o cuestión problemática concreta en que advierta afectados los valores esenciales de la colectividad o estime comprometidos sus particularidades intereses reales o supuestamente amparados por el derecho (pp. 75-76).

El derecho de acción, a diferencia de la jurisdicción, radica en cabeza de todos los ciudadanos en ejercicio que estén habilitados para ejercer sus derechos. Cabe entender, entonces, que el sujeto activo del derecho de acción es la persona denominada demandante y el sujeto pasivo la mencionada como demandado.

Ejercer el derecho de acción no entraña que la persona que haga uso de su derecho legítimo obtenga las pretensiones a su favor; solo indica que aquella persona facultada para poner en funcionamiento el aparato judicial podrá acceder a la justicia.

La causa del derecho de acción es la necesidad que tienen las partes involucradas en una controversia jurídica de acudir al aparato judicial y exigir una solución jurídica. Lo importante no es si un determinado sujeto requiere o no ejercitar el derecho de acción, sino que se le garantice la prerrogativa de hacer uso de él en caso de necesitarlo.

El derecho de acción es preexistente a cualquiera situación problemática el derecho de acción existe en cabeza del individuo aunque este jamás se vea en la necesidad de usarlo. [...] Tiene por objeto garantizar que el Estado proveerá las soluciones que las cuestiones problemáticas reclaman. No importa si la solución resulta favorable o adversa al interés del actor, sino que se trate de la solución jurídica que el Estado ofrece en el ejercicio de la función jurisdiccional (Rojas, 2013, pp. 73, 75).

La acción en sentido amplio

El vocablo acción suele utilizarse en el derecho sustantivo para hacer referencia al proceso. Ejemplo claro es la “acción reivindicatoria” consagrada en la Ley 57 de 1887. De igual forma, en el *Código Civil* la acción es utilizada para designar la solución que el sujeto persigue; como por ejemplo, la acción de resolución del contrato por incumplimiento. Lo anterior está encaminado a determinar la acción como el ejercicio que debe hacer el sujeto (o los sujetos de derecho) para poner en movimiento la función jurisdiccional que le dará solución al conflicto.

La pretensión

Podemos definir la pretensión como lo que pretende el demandante; es decir, lo que solicita en el libelo demandatorio. El derecho de acción implica –como ya analizamos– acudir a la jurisdicción para plantear una cuestión o situación problemática, y el planteamiento específico inherente a ese derecho de acción es la pretensión. En últimas, es el objeto del proceso.

No es concebible el ejercicio del derecho de acción sin la formulación de una pretensión, pues lo único que justifica el empleo de la primera es la necesidad de formular una pretensión concreta para estimular un pronunciamiento del Estado acerca de ella (Rojas, 2013, pp. 83-84).

Según la rama de derecho correspondiente, la pretensión puede ser penal, civil, contencioso administrativa y laboral, entre otras.

A la misma vez, puede haber pretensiones propias, impropias, declarativas, constitutivas, liquidatorias, de condena, ejecutivas, cautelares y bajo juramento estimatorio. Examinemos cada una por separado.

Pretensiones propias

El individuo que formula la pretensión debe plantear una hipótesis sobre el resultado de la actuación jurisdiccional que deberá realizarse bajo el supuesto de que de resultar corroborada aquella, habrá lugar a adoptar la solución imputrada (Rojas, 2013, p. 90).

Pretensiones impropias

Cuando el individuo recurre a la jurisdicción a exigir una investigación a una conducta criminal donde no tiene previsto un resultado de la investigación y, aunque ocasionalmente pueda anhelar una determinada solución jurídica es intrascendente que lo manifieste. Cuando se da esta pretensión el Estado debe estar atento a aplicar la solución respectiva con miras a garantizar, en relación con ese tipo de actos, el imperio del orden público (Rojas, 2013, p. 90).

Pretensiones declarativas

Tienen por objeto solicitar una sentencia en la que se declare o se niegue la existencia de determinada relación jurídica, respecto de la cual existe una incertidumbre. Ejemplo: la existencia de un contrato (Rojas, 2013, p. 91).

Pretensiones constitutivas

Buscan la declaración de determinada relación jurídica y tienen por objeto obtener la constitución, modificación o extinción de una relación de derecho por sentencia judicial. Las pretensiones constitutivas persiguen una decisión jurisdiccional que produzca una “mutación” en una situación jurídica cierta mediante la creación, modificación o extinción de una relación jurídica sustancial (Rojas, 2013, p. 92).

Pretensiones liquidatorias

Surgen a partir de la ocurrencia de derechos de varios titulares sobre uno o varios bienes o sobre una universalidad de bienes. El objeto de esta pretensión es ponerle fin a la comunidad mediante la asignación de una parte de los bienes o de los derechos objeto de la indivisión a cada uno de los titulares en común con exclusión de los demás (Rojas, 2013, p. 93).

Pretensiones de condena

Donde se quiere obtener una sentencia por la cual se obligue al demandado al cumplimiento de determinada prestación a favor del demandante. Estas clases de pretensiones persiguen la declaración a cargo de la parte demandada la existencia de una determinada obligación, en otros términos, que se le condena al cumplimiento de una prestación de dar, de hacer o de no hacer. Ejemplo: que se condene el pago de la indemnización proveniente de una responsabilidad civil contractual o extracontractual (Rojas, 2013, p. 93).

Pretensiones ejecutivas

Son las que tienen por objeto que se imponga en la sentencia el cumplimiento de una obligación para así dar efectividad a la prestación que ya fue declarada en un fallo judicial. Esta pretensión consiste en saber que la conducta ya está determinada y de lo que se trata es de lograr su realización física, de ser necesario con el empleo de la fuerza (Rojas, 2013, p. 93).

Nos apartamos de esta definición toda vez que la pretensión ejecutiva no es la única fuente, pues se afina en la existencia de un derecho cierto e indiscutible, pero insatisfecho. No necesariamente es una providencia judicial, pues estaríamos dejando de lado el título ejecutivo y los títulos valores.

Pretensiones cautelares

Tienen un carácter eminentemente subsidiario por cuanto tienden a asegurar el resultado de una determinación basada en alguna de las otras pretensiones. La pretensión cautelar no tiene razón de ser por sí misma, pero conjuntamente con otra pretensión, cumple una importante finalidad garantista: da a las resoluciones judiciales el respeto que merecen al permitir que se pueda cumplir, puesto que de no existir este tipo de pretensiones, serian negatorios los efectos de muchas de las sentencias proferidas (Rojas, 2013, p. 93).

Pretensión bajo juramento estimatorio

Esta surge de la modificación al artículo 211 del *Código de Procedimiento Civil*, hoy derogado por el artículo 206 del *Código General del Proceso*, que ordena:

Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50 %) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10 %) de la diferencia.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

Parágrafo. *También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

La Ley 1743, promulgada el veintiséis de diciembre de dos mil catorce, en su artículo 13 modifica el destino de la sanción, en el sentido de que este ya no estará dirigido a la parte, sino al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces. Incluye lo indicado por la

Corte Constitucional mediante sentencia C-279 de 2013, al declarar exequible condicionado el parágrafo del artículo 206 del *Código General del Proceso*, e indica que “la aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Aquí no se trata de solicitar una condena o una declaración, sino estimar razonadamente y bajo juramento su pretensión económica, que es lo que realmente se busca en los procesos a que hace referencia la norma comentada.

López Blanco (2013) nos indica al respecto:

Lo primero que advierto es que el art. 211 del CPC., ha quedado derogado expresamente por el art. 626 del CGP y la norma que debe ser acatada es el art. 206 del nuevo ordenamiento, que introduce, si bien conservando su espíritu central, es decir, obligar a concretar sobre razonables bases las sumas por las cuales se quieren las condenas, notables reformas a lo antes estatuido.

Por eso es que antes de entrar a puntualizar los alcances de las modificaciones, recuerdo lo que al respecto comenté acerca del objeto perseguido por la Ley 1395 de 2010 al modificar el art. 211 del CPC., razones igualmente aplicables al art. 206, pues mantiene la misma finalidad: la norma busca disciplinar a los abogados, quienes con frecuencia en sus demandas no vacilan en solicitar de manera precipitada y muchas veces irresponsable, especialmente cuando de indemnización de perjuicios se trata, sumas exageradas, sin base real alguna, que aspiran a demostrar dentro del proceso, pero sin que previamente, como es su deber, traten sobre estudios serios frente al concreto caso, de ubicarlas al menos aproximadamente, en su real dimensión económica, de ahí que en veces, no pocas, de manera aventurada lanzan cifras estrambóticas a sabiendas que están permitidos fallos minima petita; que en otras ocasiones se limitan a dar una suma básica o “lo que se pruebe”, fórmula con la cual eludían los efectos de aplicación de la regla de la congruencia.

A esa práctica le viene a poner fin esta disposición, porque ahora es deber perentorio en las pretensiones de la demanda por algunos rubros citados, señalar razonablemente el monto al cual considera que asciende el perjuicio materia reclamado, lo que conlleva la necesidad de estudiar responsablemente y de manera previa a la elaboración de la demanda, las bases económicas del daño sufrido, de manera tal que si la estimación resulta abiertamente exagerada, que para la norma lo viene a constituir un exceso de más del 50 %, se impone la multa equivalente al diez por ciento de la diferencia.

Debemos cuidarnos de interpretar que se trata de dar la suma exacta y al centavo de los perjuicios; en absoluto, por eso la ley prevé ese margen del 50 %, que es más que razonable para permitir que dentro del proceso pueda probarse una suma determinada por medio del juramento.

[...] En primer término, es menester precisar cada uno de los rubros por los que se hace el juramento, lo que proviene del agregado de la frase “discriminando cada uno de sus conceptos” contenida en el inciso primero del art. 206 e inexistente en el mismo inciso primero del art. 211 que en lo demás se mantiene igual.

Significa lo anterior que es menester, para realizar un adecuado juramento estimatorio, especificar lo que se pretende por daño emergente, por lucro cesante, por frutos, por mejoras, en fin por el concepto al que se aspira una indemnización y ya no está permitido señalar en forma general que se estiman los “perjuicios materiales” en equis suma.

Y es de advertir que aplicando esta disposición únicamente se pueden estimar perjuicios provenientes del “reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras” y no otra clase de pretensiones, como, por ejemplo, pagos de cláusulas penales, multas o sumas adeudadas que no provengan de los conceptos expresados.

[...] Como segundo aspecto se precisa, redacción inexistente en el derogado art. 211 que “Solo se considera la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se atribuya a la estimación”.

Es decir, la objeción pasó de ser un no lo acepto a secas, a una negativa respecto de la cual se indiquen los fundamentos para presentarla.

Debe ser erradicada la idea atinente a que no objetar implica aceptación de responsabilidad. En absoluto, únicamente conlleva como consecuencia, que en caso de que fuere menester imponer una condena, la misma se hará por el valor jurado cuando no existió objeción, pero para nada se imposibilita la labor defensiva de la parte respecto de la cual se hace la estimación para demostrar que no existe obligación alguna a su cargo.

No es menester allegar o solicitar pruebas para fundamentar el juramento estimatorio porque eso sería exigir prueba de la prueba, como tampoco lo es para efectos de la objeción del mismo. Recuérdese que de lo que se trata es de dejar sentado por este medio de prueba las cantidades por las que se puede concretar una condena, es decir, el medio de prueba de esas sumas es precisamente el juramento no objetado.

Debido a la anterior característica es que se adiciona en la nueva disposición que para el evento de que exista una objeción que se ajuste a los parámetros antes referidos, “el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes”, con lo cual queda en evidencia que al hacer el juramento estimatorio no es obligación acompañar pruebas del mismo y tampoco pedir las.

Empero, realizada la misma, se le otorga a quien hizo la estimación, o sea a quien pide la condena respectiva, un plazo de cinco días para que solicite o aporte las pruebas que sustentan el juramento, debido a que si existe objeción la carga de la prueba sigue radicada en cabeza de quien hizo la estimación, porque si no se dio la misma, la cantidad estimada será ley del proceso, de haber lugar a la condena, salvo que el juez advierta fraude, colusión o maniobras indebidas.

[...] En esta regulación se presenta un aspecto censurable de la norma porque se privó a la otra parte del derecho de solicitar pruebas sobre el punto, pues debemos recordar que la objeción debe especificar “razonadamente la inexactitud”, pero no es menester aportar o solicitar pruebas con la objeción.

Considero que el juez en su papel de director del proceso puede otorgar un plazo similar a la parte que objetó, para que aporte o solicite pruebas en orden a establecer probatoriamente las bases de su objeción, única forma de restablecer el equilibrio violado y hacer efectivo el principio de la igualdad.

[...] El contenido de la parte inicial del inciso quinto del art. 206 en principio suscita dudas al señalar que “El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte lo objete”.

Si se considera que sigue rigiendo la regla de la congruencia de la sentencia con las pretensiones, es obvio que el juez no podrá condenar por suma superior a la jurada y que los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda también deben ser pedidos, pues no está facultado el juez para reconocerlos de oficio.

En cuanto a la frase “o cuando la parte contraria la objete”, la razón de ser de la misma estriba en señalar un motivo para dar mayor seriedad a la objeción porque esa circunstancia amerita, por vía excepcional, que el juez pueda condenar por “suma superior a la indicada en el juramento estimatorio”, en el supuesto, en verdad de rara ocurrencia, de que lo que se llegue a probar exceda del valor jurado, es decir que la objeción excluye la aplicación de la regla de la congruencia, con

lo que se creó un mecanismo adicional para obligar al objetante a ser serio en la formulación de la censura”.

Con relación a esta norma expuse al profesor Ramiro Bejarano, miembro de la comisión, algunas inquietudes que me suscitaba el inciso y manifestó: “respondo mi apreciación. Sobre esa norma yo insistí muchísimo en que se consagrará lo de ‘o cuando la parte contraria lo objete’ y recuerdo que Jairo Parra dijo que eso violaba la congruencia, pero después de mucho discutir todos estuvieron de acuerdo con imponerle al objetante el riesgo de que le prueben más perjuicios de los estimados, lo cual yo veo bien probables. Por tal razón, yo no calificaría la parte inicial del inciso quinto de impreciso e innecesario, porque ninguna de las dos cosas se da. El artículo sí es preciso, en cuanto dice que el juez tiene límite para fallar, en cuanto le está prohibido reconocer suma superior, pero establece dos excepciones: 1. Cuando se trata de los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda, lo que tiene toda lógica del mundo; 2. Cuando el demandado objete la estimación, evento en el cual el juez sí puede condenar por suma superior, lo cual, como dije, tiene sentido, en cuanto ahora quien objete corre un riesgo real y es el que con su objeción destruye el límite del juez para pronunciarse sobre una suma superior. En la norma anterior, lo peor que le podía pasar al objetante, era que lo condenaran en costas, pero no se generaba consecuencia adicional en relación con el monto eventualmente probado de los perjuicios”.

De especial utilidad es la parte final del inciso al destacar que “Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento,” con lo cual queda por ley, desterrada las fórmulas de estilo que se habían utilizado tales como dar una cifra mínima y agregar “de allí en adelante lo que se pruebe”.

Una de las mayores polémicas desatadas con la reforma que introdujo la Ley 1395 de 2010 al art. 211, fue la atinente a si el juramento estimatorio, dado que la redacción no distinguía, igualmente debía efectuarse respecto de los perjuicios extrapatrimoniales, habiéndose interpretado que debido a que su tasación era del privativo resorte del juez, no era menester este medio de prueba respecto de aquellos, de ahí la importancia de la norma que precisa con fuerza de ley que “El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales”. De manera que respecto de los mismos es obvio que deben ser pedidos si se aspira a una condena por dicho rubro, pero su tasación es del privativo fuero del juez.

Se prohíbe el juramento estimatorio para el evento de que “quien reclame la indemnización, compensación, los frutos o mejoras, sea un incapaz,” lo cual pone de

presente que en esta hipótesis, el que los pide señalará la suma por la cual quiere la condena sin jurar y debe probar la misma, lo que tiene como consecuencia que no estará sujeto a la posibilidad de la multa por desfase en la estimación.

[...] Finalmente, se consagra como novedad total frente al punto el párrafo único, en el que se prevé sanción pecuniaria para quien hizo juramento y se negaron las pretensiones “por falta de demostración de los perjuicios” es decir que no basta que se desechen las mismas, sino que el motivo específico sea el de no haber probado el monto, caso en el que “la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.” suma esta que viene a engrosar las que al ganancioso le puedan corresponder por concepto de costas del proceso (pp. 46, 56).

Miguel Enrique Rojas Gómez (2013), nos comenta:

La formulación del juramento estimatorio resulta obligatoria siempre que se reclame indemnización, compensación, frutos o mejoras, ya sea en la demanda (art. 82.7), en la contestación de la demanda (art. 96.3) o en cualquiera otra oportunidad de las establecidas en la ley para hacer tales reclamaciones. De ahí que la falta de juramento estimatorio cuando sea necesario, justifique la inadmisión de la demanda (art. 90.6) o el requerimiento al demandado para que lo haga (art. 97 inc. 2°).

Así como el juramento estimatorio tiene que hacerse en forma razonada, con discriminación de cada uno de sus conceptos, quien lo objete también tiene la carga de precisar la inexactitud que él atribuye, pues de no hacerlo así, no debe ser considerada.

Si la objeción se presenta en forma debida, la parte que hizo el juramento estimatorio goza de una oportunidad adicional para aportar o solicitar las pruebas supletorias para cuantificar el derecho reclamado, caso en el cual debe reconocerse el monto demostrado aun cuando supere el de la estimación inicial. Pero si el monto estimado es excesivo y supera en más de un cincuenta por ciento el demostrado, la parte que hizo el juramento incurre en una sanción a favor de su adversario.

El artículo exhibe el mérito de cerrar las válvulas de escape que los litigantes suelen usar para esquivar la exigencia del juramento estimatorio. En esa dirección no solo prohíbe reconocer suma superior a la estimada, sino que además hace plenamente ineficaz el uso de expresiones encaminadas a evadir el deber de señalar una suma precisa.

Adicionalmente el precepto releva del juramento estimatorio las reclamaciones en favor de incapaces y las relacionadas con daños extrapatrimoniales (pp. 94-95).

Análisis claro y preciso sobre esta figura, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 1395 de 2010 y mejorada mediante la Ley 1564 de 2012. Solo resta comentar que, en nuestro sentir, no estamos de acuerdo con López Blanco (2012) cuando indica que cuando se objete el juramento estimatorio, el juez puede darle un plazo o concederle una oportunidad para aportar pruebas al objetante. Veamos lo que afirma:

Considero que el juez en su papel de director del proceso puede otorgar un plazo similar a la parte que objetó, para que aporte o solicite pruebas en orden a establecer probatoriamente las bases de su objeción, única forma de restablecer el equilibrio violado y hacer efectivo el principio de la igualdad (p. 389).

El artículo 29 de la Constitución es claro al indicar que será nula de pleno derecho la prueba aportada ilegalmente al proceso, esto es, por fuera de los términos establecidos en cada trámite procesal. No es posible que el juez, so pretexto de aplicar el principio de igualdad, el cual, en nuestro sentir, no existe en materia procesal,⁵ decrete o autorice a la parte que objetó para que aporte pruebas. ¿Cuál sería su sustento?, nos preguntamos. No. Con esta actividad el juez estaría violando el debido proceso, pues se debe tramitar con la ley preexistente y en este caso, el juez debería decretar pruebas de oficio para determinar si realmente se excedió el demandante en la estimación del perjuicio, ya que es al juez a quien corresponde en la sentencia determinar si hubo o no exceso y no debe conceder ni otorgar prerrogativas que la norma procesal no consagra.

Recordemos que la objeción debe ser precisa e indicar dónde existe el exceso. Por ello, el demandado debe en su contestación, solicitar las pruebas que sirvan de sustento a dicha objeción, pues –se repite– esta se resolverá en la sentencia (Paz Russi, 2013).

Excepciones

Las excepciones consisten en la alegación del reo. Mediante ellas introduce al debate hechos o circunstancias relacionadas con la cuestión problemática en discusión, aptos para alterar la eficacia jurídica de los aducidos como soporte de la pretensión, pero extraños en el momento para el objeto de estudio del pleito. La excepción sirve para desvirtuar la pretensión y busca detener sus efectos jurídicos.

5. La parte actora debe poner en movimiento el órgano jurisdiccional, y la parte pasiva si a bien lo tiene, asiste o no al trámite y el acreedor corre el riesgo de que su derecho sea negado. Otra cosa es la igualdad sustantiva que se indica en el artículo 13 de la Carta, la cual tampoco es absoluta, pues se da entre pares.

Existen excepciones cuyo propósito es aniquilar la pretensión del adversario, de tal suerte que jamás pueda ser despachada favorablemente, ni en el pleito actual ni en uno futuro. Pero también existen otras que buscan posponer dicho pronunciamiento, evitando así que en el pleito actual se produzca alguna decisión.

Excepciones propias e impropias

Las excepciones que solo pueden ser reconocidas a iniciativa del interesado, son excepciones propias. Las reconocidas por el juez de manera oficiosa, son las impropias.

Las excepciones impropias son más comunes en materias de interés público, como el derecho penal, en tanto las excepciones propias son frecuentes en los asuntos que comprometen exclusivamente el interés individual.

El proceso

La demanda, bien se sabe, es el medio o instrumento que los sujetos de derecho –las personas jurídicas, patrimonios autónomos y el *nacituris*– utilizan para ejercer su derecho de acción, materializado a través del proceso.

No es posible que la demanda sirva únicamente para ejercer el derecho de acción sin contener la correspondiente pretensión. Según todas las codificaciones procesales, la demanda necesariamente debe contener las pretensiones, ya que si ellas no serían una demanda.

La demanda indica la iniciación de una actuación procesal y no el comienzo del proceso. Para López Blanco (2007) “moviliza el aparato jurisdicción del Estado que de otra manera, en materia civil no puede actuar de oficio, salvo precisas excepciones” (p. 345).

Requisitos de la demanda (Art. 75 del CPC)

1. Designación del juez a quien se dirija.
2. Nombre, edad, y domicilio del demandante y demandado; a falta de domicilio se expresará la residencia, y si se ignora la del demandado se indicará esta circunstancia bajo juramento, que se entenderá prestado por la presentación de la demanda.

3. Nombre y domicilio o falta de este, la residencia de los representantes o apoderados de las partes si no pueden comparecer o no comparecen por sí mismas.
4. El nombre del apoderado judicial del demandante, si fuere el caso.
5. La pretensión, expresada con precisión y claridad. Varias pretensiones se formulan por separado (Art. 82 del CPC).
6. Los hechos que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y determinados.
7. Los fundamentos de derecho que se invoquen.
8. La cuantía, cuando sea necesaria para determinar competencia o trámite.
9. Indicación de la clase de proceso que corresponde a la demanda.
10. La petición de las pruebas que el demandante pretenda hacer valer.
11. La dirección de la oficina o habitación donde el demandante y su apoderado recibirán notificaciones personales y donde han de hacerse al demandado o a su representante, mientras estos no indiquen otro.

Requisitos adicionales de ciertas demandas (Art. 76 del CPC)

- Cuando las demandas versan sobre bienes inmuebles, se deberán especificar la ubicación, los linderos y la nomenclatura.
- Cuando las demandas versan sobre muebles se deben determinar su cantidad, su calidad y su peso.
- Cuando la demanda sea por una petición de herencia solo bastará que se reclamen en general los bienes del causante o la parte o cuota que se pretenda.

Anexos de la demanda

1. Poder para iniciar el proceso, cuando se actúe por medio de apoderado.
2. Prueba de la representación legal del demandante y del demandado, si se trata de personas naturales que no pueden comparecer por sí mismas.
3. Prueba de la existencia de las personas jurídicas que figuren como demandantes o demandados, excepto los municipios y las entidades públicas de creación constitucional o legal.

4. Prueba de representación de las personas jurídicas que figuren como demandantes o demandados, excepto municipios, departamentos, intendencias y comisarias.
5. Prueba de calidad de heredero, cónyuge, curador de bienes, administrador de comunidad o albacea con que actúe el demandante o se cite al demandado.
6. Los documentos y pruebas anticipadas que se pretendan hacer valer y que se encuentren en poder del demandante.

Garantías procesales

El Estado, como titular de jurisdicción, y sujeto pasivo del derecho de acción, tiene la carga de ser el “arquitecto” del proceso, por ende, es el creador de un régimen procesal, acorde con la Constitución.

Pero ese Estado no es un ente “todopoderoso” que tiene la facultad de crear a su arbitrio modalidades, formalidades que no reconozcan las libertades y derechos civiles de cada ciudadano. Por ello, el derecho internacional humanitario le brinda a cada Estado unas garantías mínimas para que en esa construcción del régimen procesal no se den desatinos que atenten contra la condición humana.

Las garantías mínimas de todos los procesos deben estar por encima de ideologías gubernativas transitorias. Estas garantías son:

El proceso

Se entiende desde la perspectiva de “escenario” donde se resuelve la cuestión problemática. El Estado tiene la obligación de adecuar un instrumento para poner en movimiento el aparato jurisdiccional, el cual debe ser serio y estar al acceso de todos los asociados. Por “escenario” se alude al lugar donde se va a llevar a cabo el debate y se presenten contradicciones, allanamientos, transacciones, etc.; pero, sobre todo, el espacio donde prevalecerá y será su última providencia, la materialización efectiva de justicia.

Como garantía mínima, el proceso es, en últimas, “[...] la herramienta que el individuo puede exigirle al Estado para reclamar la realización de sus derechos cuando considere que han sido desconocidos o vulnerados” (Rojas, 2013, p. 149).

Acceso a la jurisdicción

Esta garantía, hace referencia a

[...] disponer todo lo necesario para facilitar que los justiciables consigan ser escuchados, sino también propiciar las condiciones que favorezcan y hagan cómodo acudir al sistema de justicia. Proveer suficientes oficinas judiciales de atención al justiciable y distribuirlas geográficamente de modo que estén localizadas en el centro de los círculos poblaciones, suministrar adecuada y oportunamente las demandas de justicia de los asociados, prohibir a las autoridades judiciales la exigencia de requisitos que no sean estrictamente necesarios o que el justiciable no pueda cumplir con facilidad, son ejemplos de las medidas que debe adoptar el Estado para favorecer el acceso a la justicia (Rojas, 2013, p. 151).

En los sistemas internacionales aplicables en Colombia (Art. 93 de la CN), el acceso a la jurisdicción se denomina como “ser oído por el tribunal”, no solo respecto a la acusación que se formule en su contra, sino también de la definición de sus derechos y obligaciones. (Art. 10, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.) Por otro lado, tanto internacionalmente como a nivel nacional, ese acceso de justicia

[...] alude no solo al derecho de acción, sino además al de contradicción. El individuo requiere contar con el acceso a la jurisdicción no solo cuando necesita plantear ante ella una pretensión, sino también cuando ha sido formulada una pretensión en su contra, pues en ambos casos tiene la necesidad de defender los derechos propios que puedan verse comprometidos con la eventual decisión del juez (Rojas, 2013, p. 151).

Al final de esta obra trataremos la realidad del acceso a la justicia en Colombia –con sus denegaciones de justicia anticipada brindadas por sus altos tribunales– y el arancel judicial, creado para que obre como parafiscal a favor de la rama judicial, lo cual se está traduciendo en denegación de justicia por su alto porcentaje.

Debido proceso

Esta garantía apoya los doce principios consagrados en el artículo 29 de la Constitución, los cuales deben ser respetados por las autoridades judiciales y administrativas.

En cuanto garantía mínima centrada en la parte probatoria y desde la óptica del derecho internacional, cabe anotar lo siguiente en relación con el debido proceso:

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene su fundamento en la Resolución XXXI, denominada *Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre*, emanada de la novena Conferencia Internacional Americana, llevada a cabo en Bogotá en 1948. Esta Corte fue instalada, oficialmente, en San José,

Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979 y su estatuto aprobado por la asamblea general de la OEA celebrada en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, mediante la Resolución 448. Colombia está sometida a la jurisdicción internacional gracias a la Ley 16 de 1972, en la cual se aprobó el Pacto de San José de Costa Rica.

Sin embargo, es de destacar que el sistema del derecho internacional no posee los métodos coercitivos suficientes para obtener de manera exitosa la producción de una prueba, y eso hace mucho más difícil tener claro qué pasaría con las pruebas ilegalmente obtenidas dentro de un proceso, ya que en el sistema internacional los vacíos son inmensos.

Uno de los mayores problemas en la valoración de la prueba para determinar la legalidad de su obtención, radica en que el sistema de valoración se basa en la justicia y la equidad y los jueces de las cortes y tribunales internacionales no se detienen para valorar detenidamente si la prueba aportada al proceso está afectada de ilegalidad. Por tal razón, no se les otorga un trato diferente a las pruebas obtenidas bajo la violación de normas del *ius cogens*.

En nuestro ordenamiento, lo más claro respecto de las pruebas ilícitas está consagrado en el artículo 29 de la Constitución: “[...] Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En concordancia, el artículo 178 del CPC establece: “Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces”.

En relación con el derecho penal, el mandato constitucional se materializa en el artículo 360 de la Ley 906 de 2004, el cual prescribe que el juez debe excluir la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluidas las que se han practicado.

Nuestra jurisprudencia también es clara al respecto. En sentencia del 28 de abril de 2008, la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, ha señalado lo siguiente:

[...] No sobra precisar, en todo caso, al margen de lo dicho, que un primer momento de control de la prueba ilícita, quizás el más idóneo, se encuentra en el mandato contenido en el artículo 178 del C.P.C, conforme al cual, el juez debe rechazar in limine las pruebas legalmente prohibidas [...] no toda prohibición probatoria apareja de manera ineludible la ilicitud de la prueba, pues así sucederá en cuanto la verdad esta enderezada a tutelar garantías fundamentales. Se dice que es más idóneo de los mecanismos de repulsión de la prueba ilícita por que imposibilita la contaminación psicológica del juzgador, al impedir, desde el pórtico, el ingreso del elemento de convicción. Se tiene que hacer la diferencia entre la prueba

ilícita y la ilegal, pues en primer lugar, la primera presupone la vulneración de normas constitucionales, o de ese linaje, que consagren derechos fundamentales; mientras que la segunda, aparea la trasgresión de preceptos legales o de igual o inferior jerarquía; así mismo, que el defecto que estigmatiza una prueba ilícita es insubsanable, a la vez que no pueden aplicarse respecto de ellas los diversos mecanismos de convalidación que pueda prever el ordenamiento, mientras que los defectos que acuse la prueba ilegal pueden ser, por el contrario, subsanados e inclusive, puede acontecer que a pesar de la irregularidad el elemento persuasivo no sufra menoscabo. Por último, la exclusión de la prueba derivada de aquella que es anómala solamente acaece en los casos de prueba ilícita, pero no en los de ilegalidad de la misma.

De vuelta al ámbito internacional, lo más avanzado que existe en ese sistema es lo relacionado con la evidencia ilegal, como aquella que nace o se obtiene de un acto contra el sistema jurídico en sí mismo o por fuera de las comunicaciones aceptables de acuerdo con la lógica de los sistemas. Cuando en el proceso internacional se evidencia una evidencia ilegal, ello acarrea la sanción de su inadmisión.

Algunos tribunales, como el penal internacional de Ruanda, tienen la exclusión de la prueba como mecanismo para evitar que sea valorada la evidencia ilegal. Al menos este tribunal es un más exegético y considera ilegal cualquier evidencia que levante dudas sustanciales sobre su confiabilidad.

A continuación, haremos una sinopsis sobre las reglas de exclusión en diferentes tribunales internacionales.⁶

Tribunal europeo de derechos humanos

No existe regla de exclusión explícita; sin embargo, la jurisprudencia ha regulado los casos en los cuales la obtención de una prueba que viole un derecho consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEHD), debe excluirse del acervo probatorio.

Tribunal penal internacional para la antigua Yugoslavia

En el artículo 95 del estatuto, se observa la posibilidad que los jueces tienen para una amplia interpretación de la regla, limitada por criterios de admisibilidad de otros tribunales.

6. Tomado de *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, 2013.

Tribunal penal internacional para Ruanda

Las reglas de procedimiento están consagradas en el artículo 95 y expresan que no se admitirá la evidencia obtenida por medios que hagan dudar acerca de su fiabilidad o que pongan en peligro la integridad del proceso.

Tribunal para el genocidio camboyano

Se expresa que cualquier evidencia es admisible, salvo que se disponga lo contrario en el mismo reglamento. En todos los casos, deben tenerse en cuenta las leyes domésticas de Camboya.

Tribunal especial para El Líbano

Para aplicar la regla de exclusión debe remitirse a los principios generales del derecho como garantía de un juicio justo, como es la de excluir la prueba que vulnere el debido proceso o no tener en cuenta la que sobrepasa considerablemente los beneficios derivados de la información aportada por la evidencia.

Importante de resaltar que la Corte Penal Internacional tiene competencia para decidir sobre la legalidad de las pruebas, afirmación confirmada por el Estatuto de Roma:

[...] La Corte Penal Internacional podrá decidir sobre la pertinencia o admisibilidad de cualquier prueba, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su valor probatorio y cualquier prejuicio que puede suponer para un juicio o para la justa evaluación del testimonio de un testigo, de conformidad con las reglas de procedimientos y pruebas (Art. 69, Num. 4).

Se observa en el artículo transcrito que no se establecen criterios taxativos para la admisión probatoria. Ello conduce a una vaguedad que no define –ni siquiera de manera sustancial– los criterios de exclusión y deja un margen muy amplio para la interpretación de cada magistrado, lo cual genera en una autolegitimación del criterio probatorio que conduce a autoritarismos y decadencia de la justicia.

Cabe destacar que cada tribunal internacional tiene su regla de exclusión para las evidencias ilegales, como se mostró anteriormente. Sin embargo, guardan una similitud consistente en la poca claridad de cada regla. El fundamento para la exclusión probatoria en el sistema internacional es la justicia, pero, ¿qué es justicia?

Esas fallas sistemáticas en el sistema internacional generan que el derecho probatorio no sea materializado efectivamente; por ello, es menester que se restrinja el campo hermenéutico para las reglas de exclusión de cada tribunal internacional.

De vuelta al tema general del debido proceso y para concluir, se debe puntualizar que cada proceso debe respetar la dignidad humana de los sujetos de derecho (juez, empleados, etc.) y tener un plazo razonable de duración: “Toda persona detenida o presa [...] tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 9.3 y 12.2). Y es de lógica que tenga que haber un plazo razonable de duración, porque de nada sirve un proceso prolongado indefinidamente que no brinde la solución al litigio, ya que una solución tardía puede ser vana o superflua.

Respecto a la duración en los procesos civiles, comerciales, agrarios y de familia, la duración es de un año en única o primera instancia. En segunda instancia serán de seis (6) meses, los dos términos prorrogables, por una sola vez, por seis (6) meses. Cuando se venzan estos términos impuestos a los jueces y magistrados, perderán competencia, por ende cualquier actuación será nula de pleno derecho (Art. 121 del CGP).

Tutela judicial efectiva

Esta garantía brindada por nuestro ordenamiento jurídico, hace referencia a la obligación del Estado para

[...] garantizar la protección efectiva de los derechos del individuo por medio de la autoridad judicial. Para la persona no es suficiente que se provea una solución respecto de la cuestión problemática que compromete sus intereses; se requiere además disponer todo lo necesario para que aquella se materialice y de esa manera se restablezca efectivamente el orden turbado en cada caso. Más allá del reconocimiento de un derecho por declaración judicial, la verdadera tutela judicial exige la realización de actividades idóneas para asegurar la satisfacción real del derecho declarado. Por lo tanto, a la hora de diseñar el proceso es preciso arbitrar medidas aptas para garantizar la efectividad de la decisión que al final del debate haya de adoptarse, aunque para ello sea necesario limitar el ejercicio de ciertos derechos durante el litigio judicial. A ellas, comúnmente denominas medidas cautelares (Rojas, 2013, p. 177).

La no incriminación

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (Art. 33 de la CN).

Esta garantía mínima, como derecho fundamental aplicable a todo proceso judicial y administrativo, hace referencia al derecho de silencio que tienen todos

los asociados para no inculparse a sí mismos, ya que no es legítimo exigirle a ningún sujeto que declare sobre conductas reprochables que tengan como finalidad desvirtuar su presunción de inocencia. (Art. 83 CN)

Sobre esta garantía fundamental, de todos los procesos, la jurisprudencia ha indicado:

[...] Sobre el ámbito de aplicación de la garantía de no autoincriminación, la jurisprudencia de la Corte, inicialmente, había señalado que su contenido “solo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía”, pero con posterioridad puntualizó que tal principio, en los términos textuales de la regla Constitucional, reviste una amplitud mayor, pues ésta no restringe la vigencia del mismo a determinados asuntos, por lo que cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas, ya que se orienta a proteger a las personas frente a la actividad sancionatoria del Estado. En esa medida siendo el derecho disciplinario una expresión del ius puniendi del Estado, la garantía del artículo 33 de la Constitución tiene plena aplicación en todos los procesos, judiciales o administrativos, orientados a establecer la responsabilidad disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas. [...] En cuanto al contenido de la garantía, cabría señalar que, de acuerdo con la norma constitucional, las personas no pueden ser obligadas a declarar contra sí mismas o contra sus allegados, aproximación ésta que ubica el asunto, en principio, en el ámbito del proceso, de la indagación, de la averiguación, para excluir la posibilidad de que la persona sea compelida, por cualquier medio a declarar contra sí misma o contra sus allegados. [...] Si bien la garantía de la no inculcación implica un derecho al silencio y a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas, pues dicha garantía se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral, consagrándose en ese contexto un derecho a guardar silencio, del cual, a su vez, se deriva la consecuencia de que tal situación, esto es la negativa a declarar, en cuanto que se encuentra constitucionalmente amparada, no pueda tener repercusiones negativas en el ámbito del proceso, en cuanto no puede tomarse como indicio de responsabilidad. [...] En estricto sentido, una vez la persona haya sido condenada con base en elementos de convicción distintos al de la confesión, ya no se estaría en el ámbito de la garantía constitucional, puesto que sería evidente que ya la autoincriminación carecería de relevancia jurídica, y que la persona ya no sería susceptible de ser obligada a declarar en un proceso que habría concluido con la condena (sentencia C-258 de 2011 de la Corte Constitucional).

En materia penal, el artículo 368 numeral primero de la Ley 600 de 2000, fue declarado inexecutable por las razones que a continuación se describen:

[...] Con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso. Ante la evidencia de que contra la persona se inicia un proceso penal que eventualmente puede culminar en una sentencia en su contra, aquélla cuenta con la garantía constitucional que presume su inocencia. Es el Estado el que corre con la carga de la prueba y, en consecuencia, es de su resorte impulsar la actividad procesal orientada a establecer la verdad de los hechos y a desvirtuar, si las pruebas que aporte y que se controvierten a lo largo del proceso se lo permiten, la presunción que favorece al procesado. De allí resulta que éste, quien no está en la posición jurídica activa, se halla exento de la carga de la prueba. No debe demostrar su inocencia. Le es lícito, entonces, hacer o dejar de hacer; decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor. Y en esa actitud, que es justamente la que el debido proceso protege, le es permitido callar. Más aún, la Constitución le asegura que no puede ser obligado a hablar si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados. Las expresiones demandadas no vulneran la Constitución, pues no obligan a la persona a rendir indagatoria, ni la presionan para que deje de prestarla. Simplemente buscan, por pedagogía procesal, hacer que el llamado a la indicada diligencia comprenda claramente sus alcances y el papel que cumple dentro del proceso. La observación que en virtud del precepto debe formular la autoridad que toma la indagatoria, que debe ser prudente y no transformarse en amenaza, tiene el objeto exclusivo de que el imputado tome cabal conciencia acerca del verdadero sentido de la diligencia a la cual ha sido convocado, la que constituye valiosa ocasión para sentar las bases iniciales de su defensa, sin detrimento de la opción que el propio sistema le brinda en el sentido de hablar en ese momento o abstenerse de hacerlo. [...] En efecto, la advertencia que haga el funcionario a quien es llamado a indagatoria debe recaer únicamente sobre esa diligencia y de ninguna manera referirse a otros medios de defensa dentro del proceso penal, de los cuales no puede ser despojado, rinda o no la injuriada y diga lo que diga durante ella. Ni tampoco se aviene a la garantía constitucional del debido proceso la sugerencia errónea sobre la posible pérdida de oportunidades procesales, formulada a manera de apremio o estímulo para que, contra su voluntad, el llamado a indagatoria se avenga a rendirla. La redacción del artículo impugnado, cuando dice que "...el funcionario le advertirá que su actitud la podrá privar de medios de defensa" da a entender que la abstención en referencia se proyecta, para la persona incriminada, en consecuencias negativas

o que implican el debilitamiento de su posición ante la administración de justicia, reflejadas ni más ni menos que en la eventual privación de mecanismos encaminados a defenderse, a lo largo de las distintas etapas procesales, lo cual no es ni puede ser cierto, pues se repite que la persona tiene el derecho a guardar silencio y que, en todo caso, los medios de defensa de los que dispone por mandato constitucional no dependen ni es posible que dependan de si acude o no a la aludida diligencia”.

De igual manera, ha de advertirse que la Constitución Política de 1991 no solo consagra los derechos fundamentales de todas las personas, sino que, además, establece los deberes a cumplir por parte de ellas, de lo cual se ocupa expresamente el artículo 95, cuyo numeral 7 instituye el de colaborar con la administración de justicia. Ninguna discusión existe sobre este artículo, en cuanto todo ciudadano, y no solo él, sino toda persona residente o de paso por el país, se encuentra obligada por mandato constitucional a colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia. Empero, cuando la colaboración se circunscribe a un sujeto imputable de un delito y se dice que debe, bajo la gravedad de juramento, cuando el funcionario lo solicite prestarle la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos, la norma adquiere otra connotación, pues no se fundamenta en el mandato constitucional contenido en el artículo 95 numeral 7 de la Constitución, sino que contempla un mandato impositivo, que puede desconocer el artículo 33 de la Constitución Política, en el sentido de que obliga a quien se encuentra en libertad provisional a realizar una conducta, cuyo incumplimiento puede acarrearle una sanción pecuniaria y la revocatoria de la libertad provisional. Dentro de este contexto, la sala entra a analizar la acusación que se hace sobre el aparte del artículo 368 de la Ley 600 de 2000, artículo que hace referencia a una persona vinculada dentro de un proceso penal, como sujeto imputable de un delito y que en el momento “goza” de libertad provisional, de conformidad con una serie de causales que previamente han sido examinadas por el funcionario competente.

Recordemos que el precepto en mención dice:

“En los eventos en que el sindicado deba suscribir diligencia de compromiso, se le impondrán bajo la gravedad de juramento, las siguientes obligaciones:

- 1. Presentarse cuando el funcionario competente lo solicite y prestarle la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos”.*

Por tanto, en términos generales la finalidad de la norma es asegurar la comparecencia del sindicado que se encuentra en libertad provisional dentro del proceso investigativo de una acción criminal, libertad que además se garantiza mediante caución prendaria.

Una cosa es el deber genérico de colaborar con la administración de justicia y otra diferente es establecer para el sindicado en un proceso determinado un deber específico de colaborar de una manera especial y con un propósito determinado, como ocurre con la norma acusada. En efecto, al señalar el precepto acusado que cuando el funcionario lo solicite, puede obtener bajo la gravedad de juramento, la colaboración necesaria del sindicado para el esclarecimiento de los hechos, la norma, lleva consigo un elemento subjetivo, al dejar al arbitrio del funcionario competente la valoración de la conducta, pues el aparte demandado permite que sea el funcionario el encargado de valorar que tan necesaria fue la colaboración que prestó en su momento la persona investigada. Entonces, la norma impone bajo la gravedad del juramento, dos tipos de obligaciones al procesado: 1) la de presentarse cuando el funcionario investigador lo solicite, presentación que se requiere para garantizar el éxito del proceso, ella por sí misma no resulta inconstitucional, porque además se considera adecuada a la finalidad del proceso y en beneficio de la libertad del sindicado y 2) el precepto acusado, impone que bajo la gravedad del juramento, el procesado como requisito para mantener su libertad provisional, debe prestar al funcionario lo que allí se denomina “colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos”. Esta obligación, a juicio de la Corte, resulta vulneradora de la garantía constitucional consagrada en el artículo 33 de la Constitución, y no puede aceptarse que se trata de cumplir con el deber de colaboración con la administración de justicia (artículo 95-7), norma que no puede ser interpretada en forma aislada, sino en armonía con el artículo 33 *ibidem*. Es bajo este entendimiento, que la Corte reitera que de conformidad con la Constitución el sindicado no puede ser obligado a hablar, si al hacerlo puede verse personalmente comprometido, confesar o incriminar a sus allegados, puesto que el esclarecer los hechos lleva consigo una serie de conductas, como por ejemplo, saber si efectivamente el hecho ocurrió, y que circunstancias de modo, tiempo o lugar hicieron que se cometiera el ilícito, razón por la que dentro de la declaración que profiera la persona investigada, pueden darse circunstancias que agraven posteriormente su pena o que reflejen la autoría que ésta pudiera tener dentro de la conducta punible. En el mismo sentido, el sindicado al acudir ante el funcionario competente, no estaría exento de declarar contra sí mismo o contra sus familiares, por la imposición de una obligación y el apremio que tiene de prestar la colaboración, que el funcionario califique como necesaria, so pena de verse sometido a la imposición de una pena pecuniaria, de conformidad con el párrafo del mismo artículo, o lo que es peor, que se revoque su libertad provisional por violar la obligación contraída en la diligencia de compromiso. Así las cosas, el solo hecho de presentarse ante el funcionario competente, no desconoce las garantías constitucionales del investigado, pero el exigir que la

presentación sea para prestar colaboración, que se repite, no es cualquier tipo de colaboración, sino la que el funcionario competente califique de necesaria para el esclarecimiento de los hechos, implica que en un momento dado se esté obligando al sindicado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, conducta prohibida por expreso mandato constitucional. Por tanto, la norma debe asegurar la comparecencia del sindicado, que se encuentra en libertad, entendiéndose que esa libertad es un beneficio que se debe mantener mientras duren las condiciones con base en las cuales se reconoció y no como la imposición de una serie de obligaciones que desconocen los preceptos constitucionales, al imponer al investigado cargas adicionales a las que por su misma condición ya tiene. Agregase a lo anterior, que en el proceso penal el sindicado se encuentra amparado por la presunción de inocencia, de tal manera que es al Estado a quien le corresponde la carga probatoria para su destrucción, y, ello explica que el artículo 250 de la Constitución asigne a la Fiscalía General de la Nación asumir, como función propia la de “investigar los delitos” para, cuando fuere el caso acusar a los infractores ante los jueces competentes. De esta suerte, no puede imponerse al sindicado una “colaboración necesaria” para el “esclarecimiento de los hechos”, pues ese esclarecimiento le corresponde al Estado y resulta, altamente lesivo del derecho de defensa exigible al justiciable una conducta cuya eficiencia, además, queda a la calificación del funcionario (sentencia C-776 de 2001 de la Corte Constitucional).

De acuerdo con lo anterior, tenemos que no se puede obligar a declarar en el estrado judicial sobre su conducta reprochable, ni sobre la de los abuelos, padres hermanos, cónyuge, suegra, etc. Sin embargo, recordemos que en materia de derecho debe primar la objetividad para lograr una justicia efectiva.

La justicia en Colombia

Colombia es un Estado social y democrático de derecho...

[...] organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Art. 1 de la CN).

El Estado colombiano tiene como fines:

- a. Servir a la comunidad.

- b. Promover la prosperidad general.
- c. Garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.
- d. Facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación.
- e. Defender la independencia nacional.
- f. Mantener la integridad territorial.
- g. Asegurar la convivencia pacífica.
- h. Asegurar la vigencia de un orden justo.

La norma suprema del ordenamiento jurídico colombiano es la Constitución, la cual prima sobre cualquier ley (Art. 4 de la CN) e impone el deber de conocerla y respetarla y obedecer a las autoridades judiciales y administrativas, a nacionales por nacimiento o adopción y a los extranjeros transeúntes o residentes en el territorio nacional.

La Constitución nacional consta de 380 artículos y entre ellos contempla los denominados “derechos fundamentales”, los cuales

[...] pueden clasificarse en tres grupos: (I) los derechos intocables, aquellos que son inherentes a la naturaleza humana y no pueden suspenderse ni limitarse por el hecho de que su titular se encuentre recluso. En este grupo se encuentran los derechos a la vida, la dignidad humana, la integridad personal, la igualdad, libertad religiosa, debido proceso y petición, (II) los derechos suspendidos, son consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, tales como: la libertad personal, la libre locomoción entre otros, (III) los derechos restringidos, son el resultado de la relación de sujeción del interno para con el Estado, dentro de éstos encontramos los derechos al trabajo, a la educación, a la intimidad personal y familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión. En consecuencia, la relación de especial sujeción que existe entre las personas que se encuentran privadas de la libertad y el Estado, no es otra cosa que una relación jurídica donde el predominio de una parte sobre la otra no impide la existencia de derechos y deberes para ambas partes (sentencia T-213 de 2011 de la Corte Constitucional).

Desde la Ley 16 de 1972, por la cual se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, Colombia consagra dentro

de su ordenamiento la “acción de los derechos fundamentales”, que a partir de la Constitución de 1991 se denominó “tutela”. En el mencionado tratado se indica: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución”.

Por su parte, la Constitución del 1991 establece en su artículo 86:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que esos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. [...] esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

Luego de estas consideraciones, pasemos de lleno a examinar lo relativo a la justicia en Colombia. En capítulos anteriores nos formulamos la siguiente pregunta: ¿es viable pretender que los jueces y magistrados atiborren sus despachos de tutelas y las resuelvan en diez días de forma desatinada, solo por no crear jueces constitucionales dedicados a esta materia?

Para dar respuesta a este interrogante cabe precisar que los jueces constitucionales son todos aquellos a cargo de las diferentes jurisdicciones y en la constitucional propiamente dicha, su alto y único tribunal es la Corte Constitucional. Ahora bien, no es viable que todos los jueces y magistrados de diferentes jurisdicciones resuelvan tutelas, dado que aparte de poseer muchos de ellos pocos conocimientos acerca de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, otros, arbitrariamente y en la pretensión de ser “jueces constitucionales”, interpretan erradamente la Constitución y la acomodan a su antojo, según el área en que estén especializados.

Además de los desatinos planteados que puedan surgir al darles la posibilidad a todos los jueces de que resuelvan tutelas, otro gran problema evidencia la inviabilidad de los “jueces constitucionales”, a saber, la congestión judicial. Según el último estudio llevado a cabo para el periodo 2012, “[...] existían 4.035 funcionarios judiciales, entre los cuales 3.571 eran jueces, 557 magistrados de tribunales, 55 magistrados de salas administrativas del Consejo Superior de la Judicatura, 63 magistrados de las salas disciplinarias y 59 de las altas cortes”

(Comisión de expertos de la reforma de la justicia. Informe preliminar del 14 de abril de 2012, p. 65).

Parece, a primera vista, que hay personal suficiente en la rama judicial; sin embargo, para la comisión de expertos de la reforma, la tutela se usa excesivamente y representa la cuarta parte de los procesos que reposan en los despachos. Con la tutela se creó una garantía fundamental expresa, qué duda cabe, pero no se implementó la infraestructura que soportara tal acción fundamental, generando con ello inviabilidad, congestión y denegación de justicia.

Solución

Para resolver este problema que afronta la justicia en Colombia, es imperativo que el poder ejecutivo brinde los recursos económicos para la implementación de jueces constitucionales dedicados a resolver conflictos constitucionales, ya que con la Constitución no solo contempla la tutela como acción constitucional, sino también, la acción popular, de grupo, de cumplimiento, de revocatoria de mandato y de inconstitucionalidad. Estas acciones son de suma importancia y cuidado, razón por la cual se requiere de verdaderos especialistas y conocedores del derecho constitucional. Por otro lado, para que esta “tutelitis” no se convierta en una situación inmanejable, es recomendable que las entidades estatales (los sujetos pasivos de mayor popularidad en las acciones de tutela) estudien a fondo las razones que los llevan a vulnerar derechos fundamentales y de esta manera evitar ser accionadas.

Humberto Sierra Porto, exmagistrado de la Corte Constitucional y actual miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha afirmado en varios foros académicos que una de las causas de esta problemática es el desbalance entre Constitución dogmática y Constitución orgánica. Es decir, la Carta consagra una serie considerable de derechos, pero cada día el Estado –la rama ejecutiva, principalmente– se hace más pequeño en su capacidad de hacerlos valer a través de la vigilancia y el control, por lo que todo queda en manos de la rama judicial.

Por último, trataremos en este capítulo sobre el real acceso a la justicia frente al arancel judicial o Ley 1653 de 2013. Anteriormente, esta contribución parafiscal estaba regulada por la Ley 1394 de 2010 y se aplicaba para “[...] todos los procesos ejecutivos civiles, comerciales y contencioso administrativos cuando el monto de las pretensiones se haya estimado en una cifra igual o superior a doscientos (220) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Art. 3). Con la entrada en vigencia de la Ley 1653 de 2013, se aplicará para “[...] todos los procesos judiciales, con pretensiones dinerarias” (Art. 4).

En las dos normas anteriormente descritas, los procesos judiciales a los que hacen referencia tenían sus excepciones, que no son otras que las comprendidas en la Ley 1285 de 2009. La nueva ley de arancel exceptúa del pago de esta contribución al proceso arbitral, algo que respetamos mas no compartimos. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos –como ya lo hemos expresado a lo largo de esta obra– pero no por ello puede ser considerado como un proceso libre del pago de arancel judicial. El arbitraje no tiene ninguna clase de “fuero especial” y ello es tan cierto que la Ley Estatutaria de la Justicia (Ley 270 de 1996, modificada por la Ley 1285 de 2009) no considera el arbitraje como un proceso exento del pago arancelario. Por otro lado, esa norma contiene una desigualdad que atenta contra los ciudadanos que quieren acudir a la jurisdicción ordinaria y no pueden pagar el arancel judicial, por lo que se ven obligados a acudir a la jurisdicción arbitral porque en ella no se paga dicho impuesto, pero deben costear otros “gastos administrativos” para darle inicio al proceso. Entonces, ¿dónde queda “la vigencia de un orden justo” del que habla la Carta Magna?

El artículo sexto de la Ley 1653 de 2013 dispone:

El arancel judicial está a cargo del demandante inicial, del demandante en reconvencción o de quien presenta una demanda acumulada en procesos con pretensiones dinerarias. De la misma manera, estará a cargo del llamante en garantía, del denunciante del pleito, del ad excludendum, del que inicie un incidente de liquidación de perjuicios cuando no se trate del mismo demandante que pagó el arancel al presentar la demanda y de todo aquel que ejerza una pretensión dineraria. El demandante deberá cancelar el arancel judicial antes de presentar la demanda.

Y el artículo octavo, determina: “La tarifa del arancel judicial es del uno punto cinco por ciento (1.5 %) de la base gravable, y no podrá superar en ningún caso en total los doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Se está, entonces, ante un problema sociojurídico implícito en la norma. Se supone que se “se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”, pero al mismo tiempo se exige para demandar en todas las modalidades procesales, el pago de un impuesto tan alto que obliga al ciudadano común a declararse “pobre” y pedir el amparo de pobreza. De lo anterior se derivaría que la justicia ordinaria en aras de su descongestión, decide impedir el acceso a ella. Y, en efecto, lo impide, ya que exige el pago del 1.5 % de arancel judicial, lo cual se traduce en una denegación de justicia anticipada al ser un impuesto desproporcionado que rebosa los márgenes económicos del ciudadano común. La tasación de un arancel tan alto y los desconocimientos fácticos que

se reflejan en esta ley por parte del poder legislativo, están generando injusticias al no permitir acudir al aparato jurisdiccional.

Sentencia C-169 de 2014

Como ya expresamos, la normatividad de la Ley 1653 era violatoria de la Constitución, razón por la cual procedimos a demandarla. La Corte Constitucional, mediante sentencia C 169 de 2014, declaró la inexecutable de toda la norma con base en los siguientes argumentos:

Violación de los artículos 13, 152, 153, 228 y 229 de la Carta; (ii) contra el artículo 1 (parcial) por vulnerar el artículo 229 Superior; (iii) contra los artículos 2 (parcial) y 3, por desconocimiento del artículo 359 Fundamental; (iv) contra el artículo 4, por infringir los artículos 4, 29, 93, 95, 228, 229, 338 y 363 de la Constitución, en concordancia con los artículos 1, 8 y 29 lit. a), b) y c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (v) contra el artículo 5 (parcial), por desconocer los artículos 2, 4, 13, 29, 89, 90, 93, 228, 229, 359 y 363 de la Carta; (vi) contra el artículo 6, por violar los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 93, 95, 228, 229 y 363 del Estatuto Fundamental, en concordancia con los artículos 1, 8 y 29 literales a), b) y c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (vii) contra el artículo 7, por infringir lo dispuesto en los artículos 4, 13, 29, 95, 228, 229, 338 y 363 de la Carta; (viii) contra el artículo 8, por desconocer los artículos 2, 4, 13, 29, 95 numeral 9º, 229, 338 y 363 del Estatuto Superior; (ix) contra los artículos 8 y 9, por violar lo previsto en los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 22, 29, 95, 228, 229, 338 y 363 de la Constitución; (x) contra el artículo 10, por desconocer los artículos 228 y 229 de la Constitución, y garantías procesales previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (xi) contra los artículos 11, 12, 13 y 14 por infringir los artículos 2, 13, 228, 229 y 359 del Estatuto Superior (Comunicado de Prensa No. 19, Corte Constitucional).

Es de resaltar de la providencia constitucional, lo siguiente:

La nueva versión del arancel, contenida en la Ley 1653 de 2013, tal vez resulte más eficaz que las medidas alternativas reseñadas, para alcanzar los propósitos antes referidos. La Corte no insinúa lo contrario. Pero observa que lo que la Ley 1653 de 2013 alcanza en mayor eficacia, no compensa el manifiesto y enorme sacrificio que introduce en los principios de equidad y progresividad tributaria y, en especial, en los derechos a acceder a la justicia y al debido proceso. El acceso

a la justicia y el debido proceso son instrumentos al servicio de todos los derechos fundamentales, y su desconocimiento acarrea por tanto el de todos los demás. En esa medida, cada vez que por razones económicas un reclamo no se tramita ante la justicia, o un reclamo ante la justicia es desoído por el juez, o bien es una controversia menos que se decide, o que se resuelve por otras vías, y en cualquier opción hay un sacrificio enorme para derechos fundamentales, incompensable por las eventuales virtudes en términos dinerarios y disuasivos del nuevo arancel (sentencia C-169 del 19 de marzo de 2010).

Por último, cabe recordar que gracias al destierro de la Ley 1653 de nuestro ordenamiento, queda en vigencia la Ley 1394 de 2010 para regular el arancel judicial en materia civil, comercial y administrativa.

El deber ser del proceso en la justicia colombiana

Actualmente, Colombia vive una etapa compleja en todas las ramas del poder. La rama legislativa expide leyes rápidamente, con poca calidad y sin coherencia alguna con la sociedad. La rama ejecutiva fortalece su poder coercitivo con base en una paz que será difícil de lograr por centrarse solo en los grupos al margen de la ley, olvidando de esta manera la educación, la salud y el desempleo. La rama judicial cuenta con escasos recursos económicos y experimenta agudos problemas de congestión y precario funcionamiento de su infraestructura. Sin embargo, se procura que el proceso judicial sea cada día más eficaz y esté a la vanguardia en la utilización de medios electromagnéticos –tal como lo plantea la Ley 527 de 1999 y lo retoma el *Código General del Proceso*–, sus audiencias sean orales, pocas y breves, con miras a lograr fallos que garanticen una justicia efectiva.

Igualmente, se aspira que el proceso judicial no sea exegético en extremo y celoso en competencia y se cambie el modo de pensar de los asociados y funcionarios judiciales y administrativos, a fin de que las controversias se solucionen mediante mecanismos alternativos de solución de conflictos, bien sea con un amigable componedor, un conciliador o cualquiera que brinde una alternatividad, todo ello en busca de lo que debemos buscar todos: una justicia que respete los principios de legalidad y seguridad jurídica, para que el Estado social de derecho sea una realidad. La peor injusticia es desaplicar una norma para aplicar unos valores extrasemánticos que abren la puerta a la anarquía y el aniquilamiento de la Constitución, nuestra carta de navegación en los laberintos jurídicos que encontramos.

Bibliografía

- AZULA, J. (1997). *Manual de derecho procesal civil*. Tomo II. Parte general, 5ª Edición. Bogotá: Temis.
- BECERRA, Rodrigo. (2013). *Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal Ley 1563 de 2012*.
- CALAMANDREI, P. (1973). *Instituciones de derecho procesal civil*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CASTILLO, M. *Orígenes del arbitraje*. Tomado de www.castillofreyre.com.
- Comisión de expertos de la reforma en la justicia. *Informe preliminar del 14 de abril de 2012*.
- COUTURE, E. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Cuarta edición. Buenos Aires: Editorial B de F.
- _____. (1981). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- _____. (2003). *Los mandamientos del abogado*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho. Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial.
- DELLEPIANE, A. (1971). *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Editorial Temis.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. (1984). *Compendio de derecho procesal*, Tomo II. Bogotá: Editorial ABC.
- FOLBERG, J. y TAYLOR, A. (1992). *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. México D. F.: Limusa Noriega Editores.

- HINESTROSA, F. (2008). *Tratado de obligaciones*. Tercera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- LERER, S. (2011). *Mediación. Comunicación para la transformación pacífica de los conflictos*. Cali: Editorial Bonaventuriana.
- LÓPEZ BLANCO, H. (1993). *Comentarios al contrato de seguros*. Bogotá: Dupré Editores.
- _____. (2012) *Precisiones a ciertos aspectos de la Ley 1563 de 2012, con énfasis en el recurso de anulación*. Tomado de <http://www.youtube.com/watch?v=eDZBp9DZ0rg>
- MARTÍNEZ, N. (2013). “El pacto arbitral”. En: *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2013*. Bogotá: Legis.
- PARRA, J. 2004. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Temis.
- PAZ, C. (2007). *Estudio doctrinal y jurisprudencial del proceso civil*. Cali: Editorial Bonaventuriana.
- _____. (2007). *Estudio doctrinal y jurisprudencial del contrato de seguros*. Primera edición. Cali: Editorial Bonaventuriana.
- _____. (2013). *Análisis al proceso arbitral*. Primera Edición. Cali: Editorial Bonaventuriana.
- PEIRANO, J. (1979). *Responsabilidad extracontractual*, Bogotá: Temis.
- PUERTA, R. (2006). *Teoría general del proceso*. Medellín: Editorial Librería Jurídica Comlibros.
- RICO, L. (2006) *Teoría general del proceso*. Primera edición. Medellín: Editorial Librería jurídica Comlibros.
- ROBLEDO DEL CASTILLO, P. (2013). “El estatuto de arbitraje y el código general del proceso”. En: *Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2013*. Bogotá: Legis.
- ROJAS, M. (2004). *Teoría del proceso*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- _____. (2010). *Apuntes sobre la ley de descongestión*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

-
- _____ (2013). *Lecciones de derecho procesal*. Quinta edición. Tomo II. Procedimiento civil. Bogotá: Editorial Esaju.
 - _____ (2013). *Lecciones de derecho procesal*. Tercera edición. Tomo I. Teoría del proceso. Bogotá: Editorial Esaju.
 - SINGER, L. (1994). *Settling disputes. Conflict resolution in bussines, family and the legal sistem*. Boulder, Colorado: Westwiew Press.
 - YARN, Douglas (1993). *Alternative dispute resolution*. New York: American Arbitration Associaton.

Normatividad

- Constitución Política de Colombia.
- Decretos 1400 del 6 de agosto y 2110 del 26 de octubre de 1970.
- Ley 1654 del 12 de julio de 2012.
- Ley 1563 del 12 de julio de 2012.
- Ley 57 de 1887.
- Decreto 410 de 1970.
- Ley 1653 de julio de 2013.
- Ley 153 de 1887.
- Ley 640 de 2001.
- Ley 1551 de 2012.
- Decreto 1829 del 27 de agosto de 2013.
- Decreto 1818 de 1998.
- Ley Estatutaria de la Justica 1285 de 2009.
- Ley Estatutaria de la Justica 270 de 1996.
- T-1294 de 2005.
- Ley 497 de 1999.
- Ley 1407 de 2010.
- Ley 16 de 1972, por la cual se aprobó el Pacto de San José de Costa Rica.
- Ley 906 de 2004.

- Ley 1394 de 2010.
- Ley 1395 de 2010.
- Ley 1743 de 2014.

Jurisprudencia

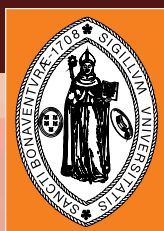
- Corte Constitucional, sentencia C-114 de 1999.
- Corte Constitucional, sentencia C-533 de 2013.
- Corte Constitucional, sentencia C-305 de 2013.
- Corte Constitucional, sentencia T- 98 de 1994.
- Consejo de Estado, sección primera, sentencia del 31 de julio de 1976.
- Corte Constitucional, sentencia T-572 de octubre 26 de 1992.
- Corte Constitucional, sentencia, C-776 de 2001.
- Corte Constitucional, sentencia T- 583 de julio 26 de 2006.
- Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010.
- Corte Constitucional, sentencia C-371 de 2011.
- Corte Constitucional, sentencia, C-258 de 2011.
- Corte Constitucional, sentencia T-213 de 2011.
- Corte Constitucional, sentencia C-330 de 2012.
- Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de abril de 2008, sala de casación civil.



*Escanee el código QR
para acceder a más bibliografía del autor*

A través de este libro, ponemos a consideración de la comunidad académica y del público en general lo relativo a la cátedra de teoría general del proceso a partir del análisis del artículo 29 de la Constitución, cuyo objetivo apunta a aumentar, al tiempo que consolidar, el conocimiento del derecho sustantivo y el derecho procesal, no solo en la teoría sino también en la práctica. Esta cátedra es de vital importancia para la formación del futuro abogado y para el profesional del derecho, por cuanto abarca los principios del derecho procesal que uniforman no solo la actividad procesal, sino también la extra-procesal.

Otro ámbito que necesariamente debe comprenderse es el de los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), a fin de erradicar la falsa idea de que el abogado es aquel que busca el pleito y poner en su lugar la noción –esa sí cierta– de que el abogado previene el conflicto y una vez presentado trata de solucionarlo no necesariamente a través del proceso judicial, sino mediante fórmulas de arreglo que satisfagan a las partes y lograr así descongestionar los despachos judiciales.



**UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA
CALI**

Av. 10 de Mayo, La Umbría, carretera a Pance
PBX: 318 22 00 - 488 22 22. Fax: 555 20 06
www.usbcali.edu.co

