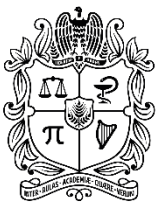


UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

El arbitraje del contrato estatal en la profesión jurídica en Colombia: análisis de laudos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2005-2019

Daniel Ocampo López

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Bogotá, Colombia
2021

El arbitraje del contrato estatal en la profesión jurídica en Colombia: análisis de laudos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2005-2019

Daniel Ocampo López

Tesis o trabajo de investigación presentada(o) como requisito parcial para optar al título de:

Magister en Derecho

Director:

Ph.D. Mauricio García Villegas

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Bogotá, Colombia

2021

Declaración de obra original

Yo declaro lo siguiente:

He leído el Acuerdo 035 de 2003 del Consejo Académico de la Universidad Nacional. «Reglamento sobre propiedad intelectual» y la Normatividad Nacional relacionada al respeto de los derechos de autor. Esta disertación representa mi trabajo original, excepto donde he reconocido las ideas, las palabras, o materiales de otros autores.

Cuando se han presentado ideas o palabras de otros autores en esta disertación, he realizado su respectivo reconocimiento aplicando correctamente los esquemas de citas y referencias bibliográficas en el estilo requerido.

He obtenido el permiso del autor o editor para incluir cualquier material con derechos de autor (por ejemplo, tablas, figuras, instrumentos de encuesta o grandes porciones de texto).

Por último, he sometido esta disertación a la herramienta de integridad académica, definida por la universidad.

Daniel Ocampo López

_____

Fecha 26/07/2021

Resumen

El arbitraje del contrato estatal en la profesión jurídica en Colombia: análisis de laudos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2005-2019:

La profesión jurídica en Colombia está pobremente regulada, lo que ha permitido el crecimiento de forma desproporcionada del número de abogados. En este contexto desregulado, las formas de circulación público-privadas generan incentivos para que el abogado sea considerado no solo por su experticia, sino por su capacidad de influencia. Los abogados, así considerados, *pueden ser* la *piedra angular* para la obtención de ventajas en la esfera pública a partir de ventajas que pertenecen a la esfera privada. Lo anterior tiene costos no solo para la profesión, sino para la calidad del régimen democrático en general. A partir del análisis de 432 laudos proferidos en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se intentó ejemplificar el estado de la profesión en una forma de concomitancia público privado, pues los árbitros ejercen solo transitoriamente la función público-jurisdiccional.

Palabras clave: profesión jurídica abogados arbitraje contrato estatal.

Abstract

State contract arbitration in the legal profession in Colombia: analysis of awards from the Center for Arbitration and Conciliation of the Bogotá Chamber of Commerce 2005-2019:

The legal profession in Colombia is poorly regulated, which has allowed the number of lawyers to grow disproportionately. In this deregulated context, the ways of public-private circulation generate incentives for the lawyer to be considered not only for his expertise, but also for his ability to influence. Lawyers, thus considered, *can be* the *cornerstone* for obtaining advantages in the public sphere from advantages that belong to the private sphere. This has costs not only for the profession, but for the quality of the democratic regime in general. Based on the analysis of 432 awards dictated at the Arbitration and Conciliation Center of the Bogotá Chamber of Commerce, an attempt was made to exemplify the status of the profession in a form of public-private concomitance, since the arbitrators only temporarily exercise the public-jurisdictional function.

Keywords: legal profession lawyers arbitration state contract.

Contenido

1. LA PROFESIÓN JURÍDICA 3
1.1. Importancia social de la profesión jurídica 3
1.2. Educación y profesión jurídica en Colombia 6
1.3. Generalidades sobre el arbitraje en Colombia 14
1.3.1. Algunas diferencias del arbitraje con las jurisdicciones permanentes 14
1.3.2. Particularidades del arbitraje con participación de entidades públicas 18
1.3.3. Documentos disponibles sobre arbitraje con participación de entidades públicas 20

2. ANÁLISIS DE LAUDOS CON PARTICIPACIÓN DE UNA PARTE PÚBLICA 27
2.1. Información general del estudio 27
2.2. Las partes 33
2.2.1. Los convocantes (los demandantes) 33
2.2.2. Los convocados (los demandados) 35
2.3. Los árbitros 36
2.3.1. Composición por género 37
2.3.2. Educación de los árbitros 39
2.3.3. Subprofesiones de los árbitros 41
2.4. Los secretarios 46
2.4.1. Composición por género 46
2.4.2. Educación de los secretarios 47
2.4.3. Subprofesiones de los secretarios 49
2.5. Gastos y honorarios 49
2.5.1. Gastos de funcionamiento de los tribunales. 49
2.5.2. Honorarios de los árbitros 53
2.6. Cuantías de las demandas 56
2.6.1. Cuantías parte pública convocante 56
2.6.2. Cuantías parte privada convocante 59
2.6.3. Superposición de cuantías 62
2.7. Resultados de las demandas 64
2.7.1. Resultados parte pública convocante 65
2.7.2. Resultados parte privada convocante 70
2.7.3. Superposición de resultados 75
2.8. Intervinientes 80
2.8.1. El Ministerio Público 81
2.8.2. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) 82

3. ÁNALISIS DE LOS RESULTADOS 87

3.1. Lógica de mercado en esferas tradicionalmente fuera de su alcance 88
3.2. De una ética legal republicana a una ética legal contractualista 92
3.3. Arbitraje y frontera público-privada 94
CONCLUSIONES 99

INTRODUCCIÓN

La profesión jurídica en Colombia está pobremente regulada (García Villegas, 2010, pág. 17). Desde su puerta de ingreso (la educación) los controles son débiles y la oferta de dudosa calidad en su mayoría (Salamanca Ramírez, 2010); asimismo, su ejercicio —por falta de regulación y de prácticas culturales de autorregulación— se realiza con muy pocas limitaciones entre las diferentes subprofesiones jurídicas (juez, litigante, asesor, árbitro, profesor, entre otras). Lo inconveniente de esta situación puede analizarse desde dos perspectivas relacionadas entre sí: i) la abogacía es una profesión de alto impacto público (García Villegas, 2010, pág. 23) aun en lo más privado de su ejercicio, y ii) históricamente los abogados[1] han ocupado posiciones muy destacadas en la organización del Estado (Sánchez Duque, 2010) (Lynch, 1981, pág. 72), dándole a este su forma y condicionando su funcionamiento, en buena medida, a partir de la educación que hubieran recibido.

Por otra parte, numerosos estudios se han adelantado alrededor del mundo sobre la circulación público-privada (Sphère publique, intérêts privés: Enquête sur un grand brouillage, 2017), pues existe una preocupación por los efectos que pueden generar los conflictos de interés, en el paso que se da de un lugar que regula a uno regulado, y viceversa (OECD, 2010). Existe pues, un interés por estudiar las motivaciones en las decisiones de los funcionarios públicos y las condiciones que favorecen el aislamiento burocrático (Schneider, 1993).

Los dos temas anteriores—la profesión jurídica y la circulación público-privada—, si bien no son idénticos, tienen una importante zona de traslape, en tanto una parte significativa de los funcionarios públicos (especialmente, pero no agotando la muestra en la Administración de Justicia) tiene por profesión la abogacía. Buena parte de los abogados más destacados tienen un antecedente (*background*) en el sector público o llegan a él temporalmente tras exitosas trayectorias en el sector privado.

De este modo, a partir de una caracterización general del estado actual de la profesión jurídica en Colombia, se eligió un escenario de importante convergencia público-privada: el arbitraje de contratos estatales. Contrastados los dos puntos anteriores se podrán

---

[1] Antes de continuar se hace una aclaración: en el presente trabajo cuando se habla de abogado se hace referencia a quien, en principio, está habilitado para ejercer las diferentes subprofesiones jurídicas, que es como se entiende en Colombia —a diferencia de su origen etimológico y de las acepciones registradas por la Real Academia de la Lengua Española—. Este entendimiento unívoco podría ser consecuencia (a la vez que causa) de la falta de diferenciación entre subprofesiones y su regulación: hay una idea, más o menos aceptada, de que se trata de una sola profesión y que, por tanto, solo deben tenerse en cuenta los límites legales para dar pasos problemáticos.

ofrecer algunas conclusiones sobre los costos democráticos de una profesión de alto impacto público pobremente regulada.

El primer capítulo reseña brevemente algunas de las conclusiones más relevantes de los estudios sobre la profesión jurídica en Colombia, con la finalidad de poner en contexto el análisis de arbitraje del contrato estatal. Además, se describirá en términos generales en qué consiste el arbitraje y la información disponible sobre arbitraje con participación de entidades públicas.

El segundo capítulo presentará los resultados de análisis de los laudos proferidos entre el 2005 y el 2019 en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en los que al menos una parte fue una entidad/empresa pública. La elección este centro se justifica por el hecho de que allí se resuelven la mayoría de las controversias relativas a los contratos estatales que son sometidas a arbitraje[2].

En el tercer capítulo se destacarán los hallazgos del segundo capítulo, en especial, en lo relativo a los costos democráticos de una profesión deficientemente regulada. Se expondrá cómo el arbitraje del contrato estatal cumple casi todas las características de la profesión jurídica en Colombia, que son, entre otras y según se desarrollará, la resistencia a la regulación estatal, el *apartheid* poroso de clases sociales, el techo de cristal, la mercantilización de la profesión jurídica y la preponderancia de los litigantes (García Villegas & Ceballos Bedoya, La profesión jurídica en Colombia, 2019, pág. 197).

La actividad arbitral es una forma de *concomitancia* público-privada, pues quien es árbitro puede —al tiempo que administra justicia— permanecer profesor, litigante y asesor. En este caso, los asuntos (y cuantías) sometidos a su conocimiento —generalmente un contrato entre una entidad pública y un particular— permiten intuir que se trata de un punto de encuentro entre las élites económicas, políticas y de la administración que, como vía alternativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, escogen un mecanismo que funciona bajo una lógica de mercado. En estas condiciones es posible hipotetizar que los privados obtendrán mejores resultados en arbitraje que las entidades públicas: bien sea por un espíritu de cuerpo entre privados (demandantes y árbitros son litigantes la mayor parte de su tiempo), por una defensa deficitaria del Estado, o por los incentivos que el sector privado fácilmente puede ofrecer a quien designa como su juez. En los capítulos II y III se verá que hay un poco de todo esto.

[2] Según un estudio realizado por la Cámara de Comercio de Bogotá, entre 2013 y 2016 su centro tramitó el 63,7% de los procesos en los que había al menos una parte pública, correspondientes al 82% del valor de las pretensiones formuladas en ese período (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 67).

1. LA PROFESIÓN JURÍDICA

1.1. Importancia social de la profesión jurídica

Todas las profesiones influyen, en alguna medida, en la configuración de un régimen democrático y en la vida privada de las personas; no obstante, no todas lo hacen en la misma proporción en las esas dos esferas (pública y privada). Es posible afirmar que, en la medida en que algunas profesiones influyen más en los asuntos públicos y privados deben ser objeto de regulaciones más estrictas, ya que su mal funcionamiento acarrea consecuencias más gravosas para las personas. En otras palabras, debe existir una relación directamente proporcional entre el impacto de una profesión y su regulación:

> "Mientras mayor es el impacto social y público de una profesión, mayor debe ser la regulación de su ejercicio. Es por eso que el Estado le impone mayores restricciones a, por ejemplo, los médicos que a los antropólogos. El Derecho es una de esas profesiones que deben ser reguladas por el Estado debido a que la calidad y la probidad de los abogados son indispensables para el buen funcionamiento de la justicia y para la protección de los derechos ciudadanos" (García Villegas, Sociología de la profesión jurídica, 2010, pág. 23).

En cuanto a la regulación, de acuerdo con Richard L. Abel, durante mucho tiempo la abogacía fue una ocupación[3], en el sentido de que algunas personas dedicaban su tiempo a aprender Derecho y posteriormente a ejercerlo, sin algo que los certificara o validara su

[3] Esta apreciación es compartida por Lawrence M. Friedman quien sostiene lo siguiente: "Hace mucho tiempo, en Estados Unidos, la mayoría de los abogados aprendieron el derecho siendo aprendices. No había escuelas de derecho antes del siglo XIX. Los jóvenes que aspiraban a convertirse en abogados debían gastar tiempo en la oficina de un abogado reconocido; de esta manera los jóvenes aprendían el derecho principalmente por ósmosis (…) A principios del siglo XIX se fundaron algunas escuelas de derecho, y se caracterizaban porque su educación era muy práctica y poco sistemática" (Friedman, 2006, pág. 390).

actividad ante el Estado y la sociedad (Abel, 1982)[4]. En otras palabras, la abogacía fue, en principio, un oficio que tenía como principal fuente de legitimidad la experiencia de quienes lo ejercían (Abel, 1982, pág. 872). No obstante, con las guerras, la industrialización, el crecimiento de los mercados y la ampliación de los aparatos impositivos, entre otros, el involucramiento de los Estados en la regulación de las actividades sociales se hizo significativamente mayor (Tilly, 1992). Así, diversas ocupaciones reguladas por la costumbre, entre ellas la abogacía, se convirtieron en profesiones, al asegurar el Estado el control sobre el suministro de los productores de servicios[5].

En abstracto, es posible pensar en al menos 7 subprofesiones jurídicas en las que, por su impacto público y social, resulta imperativo su adecuada regulación:

i) La Administración de Justicia: para la resolución pacífica de los conflictos a través de canales institucionales, los Estados crean organismos que conforman generalmente toda una rama del poder público. La resolución de los conflictos por la vía jurisdiccional presupone, además de la imparcialidad, reglas sustantivas y procedimentales con alto grado de especialización en cada uno de los contextos en que pueden surgir conflictos (familiares, laborales, de propiedad, etc.), por lo que, de forma correlativa, quienes toman las decisiones en las diferentes instancias también requieren de un conocimiento

[4] Esta afirmación resiste algún matiz, en tanto si bien es cierto que la forma en que se piensa la "regulación" de la profesión jurídica es relativamente nueva en la historia del Derecho, debe anotarse que el acceso a la educación jurídica fue durante la mayor parte de la historia muy restringido y había importantes intereses para que así fuera. Un ejemplo claro es lo ocurrido en la Colonia, pues solo se podía estudiar derecho en España y la corona española limitó el ingreso a la profesión a los españoles y sus descendientes legítimos (Silva García, 2006, pág. 34). Posteriormente el control de la educación legal fue asumido por la iglesia católica durante el Virreinato. Tras la guerra de independencia, el Estado intervino fuertemente en el control de la educación jurídica, control que fue disminuyendo con regulaciones más liberales, hasta prescindir durante un breve período por completo de regulación:
"La educación confesional llegaría a imponerse en el siglo XIX, aunque contrastada por períodos donde los liberales logran salvaguardar la libertad de enseñanza. Ideas libertarias que llevan en 1850 a los liberales radicales, durante un breve período, a disponer la libertad plena para el ejercicio de las profesiones, decisión que conduce a la extinción o pérdida de relevancia de las universidades, pues la participación en procesos de educación formal ya no era el soporte que aseguraba un monopolio profesional de los graduados en derecho, el cual de hecho desaparecería. La disposición, que algunos años después debió ser derogada, ocasionó como efecto un retroceso en el desarrollo de los centros de enseñanza jurídica, además de un estancamiento en el progreso racional del conocimiento del derecho" (Silva García, 2006, pág. 36).

[5] La formulación original de Richard L. Abel es: "*An occupation becomes a profession by securing control over the supply of producers of services*". Adicionalmente, esto concuerda con el hecho que las profesiones legales no surgieron en su forma moderna en la mayoría de los países *periféricos* hasta el siglo XX y, en algunos casos, hasta después de la Segunda Guerra Mundial (Abel, 1982, pág. 871).

especializado. Las anteriores funciones han sido asignadas a los juristas. De manera muy resumida es posible afirmar que la resolución institucional y pacífica de los conflictos, cuando se encauzan por la vía jurisdiccional depende, mayoritariamente, de esta profesión.

ii) El litigio: como correlato del punto anterior, quienes acuden a la Administración de Justicia deben hacerlo, por regla general, a través de un apoderado. Los litigantes asumen la tarea de representar intereses particulares que están generalmente en oposición con el de sus contrapartes y, en algunos casos, en tensión con el interés general[6]. En este caso los litigantes actúan desde un punto de vista subjetivo con la finalidad de materializar un derecho.

iii) Los funcionarios públicos: muchos empleados de la Administración son abogados, bien sea por disposición legal o porque resulte un conocimiento útil para ejercer en ese campo. En este grupo pueden estar comprendidas funciones tan disímiles como las de ministro, alcalde, hasta la de empleado de la oficina de impuestos. Cuando la Administración cumple apropiadamente sus funciones está llamada a ser la primera instancia en la garantía de los derechos, lo que puede legitimarla ante los administrados a la vez que evitar que asuntos se tramiten jurisdiccionalmente.

También hay funcionarios públicos que ejercen funciones de regulación, como los superintendentes (aunque en ocasiones actúan con funciones jurisdiccionales situación que los ubicaría en el punto 1), quienes tienen un poder ostensible en el mercado y en el tráfico jurídico según el sector en que intervengan.

iv) Árbitros: esta subprofesión jurídica es una forma temporalmente limitada de administrar justicia, por lo que, quienes ejercen como árbitros normalmente ejercen otras subprofesiones, especialmente el litigio, la asesoría y la docencia.

El arbitraje se ha convertido en el mecanismo más utilizado por las compañías privadas para resolver cuantiosos litigios, así como cada vez más las controversias contractuales del contrato estatal.

---

[6] Anthony Kronman denomina *la importancia de lo no-representado*, desde una perspectiva republicana de la ética jurídica, a las eventuales tensiones que pueden surgir entre los intereses particulares y el interés de la comunidad como un todo (Kronman, The Fault in Legal Ethics, 2017, pág. 290). Lo anterior, sin olvidar las dificultades de representación que tiene el bien común puesto que solo puede ser pensado desde un punto de vista particular (*the unrepresentable idea of the public good).*

v) Políticos: la política no es una actividad que requiera de un título específico. Sin embargo, bien sea por alguna relación de utilidad entre conocimiento jurídico y estructura y funcionamiento del Estado, o por ser una alternativa laboral, ha existido una estrecha relación entre los cargos políticos y la profesión jurídica[7].

vi) Asesores de empresas: las funciones de esta subprofesión están ligadas al acompañamiento y el consejo a empresas en el desarrollo de su objeto. A diferencia de lo que ocurre con el litigio, en principio, no hay una contraparte en un escenario judicial con intereses opuestos, pero puede ocurrir que los intereses de la persona jurídica estén en tensión con el interés general.

vii) Profesores: son los encargados de que todos los anteriores reciban los fundamentos jurídicos y éticos para el ejercicio de las diferentes subprofesiones. Además, son los llamados a elaborar la doctrina jurídica, lo que supone el estudio desinteresado de las instituciones y los fenómenos del tráfico jurídico. Globalmente la subprofesión de profesor cada vez pierde más autonomía, en especial frente a quienes ejercen el litigio y la asesoría, todo lo que desmejora la elaboración de una doctrina desinteresada (Bancaud & Dezalay, Vol. 12, n°2, 1994).

1.2. Educación y profesión jurídica en Colombia

Durante mucho tiempo en América Latina los abogados se limitaron a conservar una "*membresía en la élite*" y su empleo se concentraba en el sector público, bien fuera en el servicio civil o en la política[8]. Aunque en términos absolutos y relativos podría hablarse de un bajo número de abogados para esa época, aún más si se comparara con la actualidad (# de abogados/100.000 habitantes), desde muy temprano en las repúblicas latinoamericanas existió la percepción de haber una cantidad excesiva:

[7] Un estudio sobre la participación de los abogados en los cargos de presidentes y ministros puede encontrarse en: "Los abogados en el Gobierno colombiano desde los albores del siglo XX hasta nuestros días" de Luz María Sánchez Duque (Sánchez Duque, 2010).

[8] Existían restricciones legales y de hecho para ingresar a una educación jurídica y a una posición donde ejercer; limitaciones por el origen social, por el género, el color de piel. (Abel, 1982, pág. 873). La *membresía de élite* que mantuvieron durante mucho tiempo los abogados puede verse confirmada por la composición histórica de las cúpulas ministeriales (Sánchez Duque, 2010, pág. 158), así como también por la composición de los órganos legislativos (Lynch, 1981, pág. 73).

> "Hacia 1800, en las distintas capitales de lo que hoy es América Latina, existía la queja persistente de que había demasiados abogados. En la Audiencia de Santa Fé de Bogotá había unos 140; en la de Caracas, un centenar. Hemos hecho el cálculo para el total de América Latina y hemos estimado que había unos diez por 100.000 habitantes. Pero se estimaba que era un exceso. El número de abogados en toda América Latina era probablemente menor al de sacerdotes, monjes y monjas en la ciudad de México. Nadie se quejaba de que había demasiada gente ocupada de rezar y de asuntos religiosos. Esta es una observación para mostrar que la percepción de que hay muchos o pocos no tiene relación con el número sino con la percepción de utilidad social" (Pérez Perdomo, 2004, pág. 5).

En Colombia, en la segunda mitad del siglo XX, el aumento de la demanda para ingresar a la profesión generó la preocupación de restringir el creciente número de abogados, esfuerzo que se vio contrarrestado por la proliferación de escuelas locales de Derecho (Abel, 1982, pág. 874) (Salamanca, 2010) y las presiones políticas para decidir sobre el establecimiento de requisitos.

De acuerdo con Abel, la erosión de controles en la oferta es altamente visible en el país, en donde si bien la profesión se mantuvo estable hasta la Segunda Guerra Mundial, entre 1941 y 1967 el número de universidades aumentó de 10 a 42, y en el período entre 1967 y 1982 aumentaría en 15 más; el número de estudiantes de Derecho se triplicó entre 1965 y 1973, fenómeno que el autor atribuye a la creación acelerada de escuelas nocturnas, las cuales albergaban 2/3 (dos tercios) de la población estudiantil para 1982. La respuesta del Estado fue doble: i) estableció estándares mínimos para las facultades de Derecho y ii) creó un registro de abogados con la finalidad de excluir del ejercicio a los paraprofesionales[9] (Abel, 1982, pág. 875).

Los dos filtros para controlar el ingreso a la profesión tuvieron un efecto tangible, pues según lo confirman las cifras recopiladas y analizadas por Freddy Salamanca Ramírez, entre 1974 y 1993 el crecimiento de los programas de Derecho fue moderado, con una leve disminución entre 1986 y 1993 (Salamanca, 2010, pág. 116).

---

[9] Así describió Dennis O. Lynch, una década más tarde, la situación ocurrida en 1970: "Se han dado algunos pasos, pero por parte del gobierno más que por una asociación autónoma privada de abogados. En 1970, el Ministro de Justicia dio origen a un nuevo sistema a través de un decreto presidencial para registrar a todos los abogados en ejercicio. Los abogados ahora deben portar una tarjeta de identificación y el número de la tarjeta debe aparecer en todos los documentos legales presentados ante la corte. Esto fue hecho para restringir la práctica del derecho por parte de paraprofesionales. El mismo decreto encargó al Ministro de Justicia el deber de desarrollar y apoyar un colegio nacional de abogados" (Lynch, 1981, pág. 91).

Con todo, la profesionalización de una ocupación puede presentar importantes diferencias de grado. Así, con la expedición de la Ley 30 de 1992, la flexibilización de los requisitos mínimos para la creación de facultades y programas de Derecho produjo una ruptura en la tendencia imperante hasta entonces; el control se volvió tan laxo que, aunque siguió siendo materia de regulación estatal a través del ICFES del Ministerio de Educación, el mercado fue el verdadero agente regulador, como lo comprueba el crecimiento desproporcionado de la oferta privada frente a la pública a partir de la fecha.

Como se dijo, el surgimiento de la profesión jurídica (que no ocupación) en su forma moderna depende de una cierta demanda para ingresar, así como del involucramiento del Estado en la regulación de las actividades sociales. En esa medida, puede afirmarse que la profesionalización depende del desarrollo del capitalismo[10], y Colombia, aun con las dificultades propias del conflicto armado, ha tenido un crecimiento económico sostenido y sin mayores retrocesos[11]. Es entonces probable que en 1992 las condiciones estuvieran dadas para que una flexibilización causara el aumento significativo del número de facultades y programas de Derecho.

La Ley 30 de 1992 es el punto de inflexión más importante para la educación y la profesión jurídica en las últimas décadas. A partir de su expedición se produjo un crecimiento vertiginoso del número de facultades, programas y estudiantes de derecho y, consecuencialmente, de abogados. Hasta 1993[12] la oferta en las regiones era escasa, las universidades públicas de difícil acceso (todavía hoy) y las privadas de costo elevado (por lo general). El cambio se muestra aún más radical si se tiene en cuenta que en la primera

[10] Este hecho ha conducido a que se hagan duras críticas a la profesión jurídica, pues se ha afirmado, no sin razón, que la misma no produce excedentes o crecimiento económico por sí sola. En el mejor de los casos tiene la capacidad de redistribuir los recursos. Por tal motivo, se sostiene, ha sido importante para los abogados mantener, además de un lenguaje propio y ajeno, la incertidumbre de los derechos; así, los abogados pueden justificar su existencia. La anterior situación puede verse intensificada en sociedades fuertemente estratificadas (Abel, 1982, pág. 893).

[11] Al revisar las cifras disponibles del Banco Mundial sobre el producto interno bruto colombiano, se evidencia que desde 1961 en adelante, salvo en 1999, el porcentaje de crecimiento ha sido positivo. Incluso hubo años por encima de 5 puntos. Aún más, al analizar el valor del PIB en dólares el crecimiento es también sostenido, especialmente a partir de la década de 1990 hasta el 2011 (The World Bank, 2020).

[12] Se indica 1993 como punto de inflexión, pues la Ley 30 fue publicada el 28 de diciembre de 1992.

mitad del siglo XX solo se crearon 3 facultades de Derecho en el país y que entre 1950 y 1974 se crearon 15 más (Salamanca, 2010, págs. 107-108).

De acuerdo con Germán Silva García, tres acontecimientos históricos influyeron en que en Colombia se consolidara en forma temprana —comparado con los países de la región— un modelo de educación privado: "*la hegemonía conservadora que transcurre desde fines del siglo XIX; la época de La Violencia, respecto del tramo que corre de 1948 a 1958; los disturbios estudiantiles comunes en las décadas del 60, 70 y del 80 siguientes, con algunas manifestaciones contemporáneas*" (Silva García, 2006, pág. 39). Según el autor, lo anterior, sumado a la baja tasa de cobertura en educación superior para el año 1992 —147.875 admitidos de 428.253 solicitudes (Silva García, 2006, pág. ibídem)— explica, en alguna medida, por qué la mayoría de las universidades privadas apoyaron una ley que daba prelación al crecimiento de la oferta privada:

> "La estrategia, que tuvo como instrumento principal a la Ley 30 de 1992 sobre educación superior, fue simple: desarrollar un modelo neoliberal que le restaba facultades de regulación al Estado para intervenir en la supervisión de la creación de instituciones de educación superior y de nuevos programas académicos, para dejar en manos del mercado, dentro del juego que suponía más o menos libre de la oferta y de la demanda, la iniciativa para incrementar la cobertura y el control 'natural' sobre la calidad de la educación. La consecuencia fue, en efecto, un vertiginoso aumento de la oferta de educación en todas las áreas, aun cuando las deficiencias de calidad se multiplicaron (…)" (Silva García, Perspectivas sobre la educación jurídica, 2006, pág. ibídem).

De acuerdo con Freddy Salamanca, 27 IES[13] ofrecían la carrera de Derecho para 1974 —con una participación de oferta pública del 30%— y, hasta 1993, solo otras 5 IES empezaron a ofertar el programa, con un espacio sin crecimiento entre 1986 y 1993 (Salamanca, 2010, págs. 110-111). Así, para 1993 (entrada en vigor de la Ley 30 de 1992) 32 IES ofrecían la carrera de Derecho; en 1997, 48; en 2002, 63; en 2007, 72. Para el número de programas las cifras son: 54, 89, 147 y 178, respectivamente. Por su parte,

[13] De acuerdo con la regulación vigente las Instituciones de Educación superior "*son las entidades que cuentan, con arreglo a las normas legales, con el reconocimiento oficial como prestadoras del servicio público de la educación superior en el territorio colombiano",* las cuales se dividen en cuatro grupos según los programas académicos que están autorizadas a ofertar: i) Instituciones técnicas profesionales; ii) Instituciones tecnológicas; iii) Instituciones universitarias o escuelas tecnológicas, y; iv) Universidades (Ministerio de Educación Nacional, 2019). De los anteriores solo iii) y iv) pueden ofrecer la carrera de Derecho. No obstante, por no ser una distinción relevante para el estudio de la oferta no se hace la distinción en las cifras.

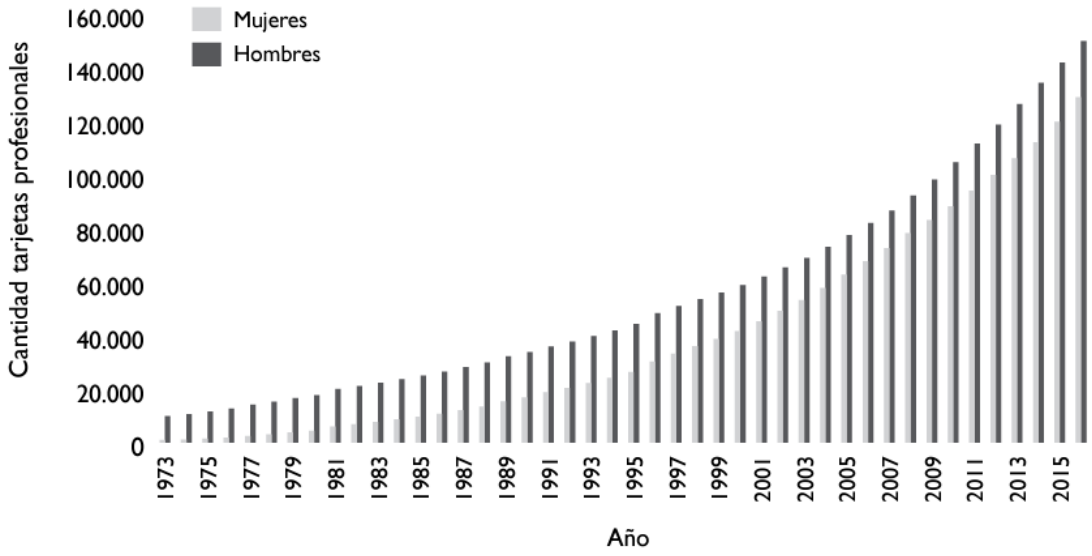
María Adelaida Ceballos y Mauricio García Villegas indican que "*los pregrados de derecho pasaron de 38 en 1993 a 130 en 2007, 178 en 2015 y 192 en 2018"* (García Villegas & Ceballos Bedoya, 2019, pág. 23). Es importante resaltar que las regiones fueron protagonistas de este crecimiento, pues la carrera pasó de ofertarse en 13 departamentos en 1992 a 26 en 2007 (Salamanca, 2010, pág. 118).

Lo anterior implicó una reducción de la participación de las universidades públicas en la educación jurídica: en 1949 el 54% de las facultades eran de naturaleza oficial, mientras que para 2007 su participación era del 27%. Y para el mismo año, si se analiza por programas, la oferta oficial representaba solo el 15% (Salamanca, 2010, pág. 139). Según la más reciente publicación en la materia, para el año 2015 la participación pública era del 20% (García Villegas & Ceballos Bedoya, 2019, pág. 27).

El crecimiento del número de IES y programas derivó en un aumento del número de abogados habilitados. Si bien debe tomarse con cuidado la conocida afirmación de que Colombia es uno de los países con mayor número de abogados por cada 100.000 habitantes (Dinero, 2019) (Ámbito Jurídico, 2018) (El Espectador, 2017), por la calidad de la información disponible y el sentido amplio que tiene el término en Colombia[14], lo cierto es que sí hubo un crecimiento sostenido del número de abogados habilitados para ejercer, cuando se observa el comportamiento del número de tarjetas profesionales (García Villegas & Ceballos Bedoya, 2019, pág. 103):

Gráfica 1-1: Total de tarjetas profesionales vigentes por sexo (1973-2016)

[14] Sobre esta afirmación, García Villegas y Ceballos Bedoya apuntan: "Las cifras sobre TP no alcanzan a dar una idea clara de la cantidad de abogados y de su crecimiento. Para remediar esto vale la pena comparar el aumento de los abogados con el aumento de la población nacional: en el 2001 había al menos 261 juristas abogados por cada 100.000 habitantes, mientras que en el 2016 esa tasa era de 568. Algunos autores han asegurado que Colombia tiene una de las tasas de abogados más altas del mundo. Es probable que eso sea cierto, pero esa afirmación es difícil de sostener, al menos por dos razones.
Primero, no es sencillo encontrar información actualizada y comparable entre países, especialmente entre los latinoamericanos. Segundo, no todos los países tienen una misma definición de quién es un "abogado": en Colombia, la mayoría de graduados de Derecho obtienen su tarjeta, y son reconocidos y contados como abogados, sin importar a qué subprofesión se dedican. En cambio, en otros países solamente son considerados abogados los profesionales que se dedican al ejercicio independiente de la profesión y que están habilitados para representar a sus clientes ante las autoridades, de manera que sus tasas no incluyen a los juristas que se dedican a otras subprofesiones" (García Villegas & Ceballos Bedoya, La profesión jurídica en Colombia, 2019, págs. 104-105).



El contexto reseñado permite afirmar que actualmente existen en Colombia tres tipos de universidades que ofrecen formación jurídica (García Villegas, 2010, pág. 18):

i) Públicas: la calidad es buena pero la oferta muy reducida[15].

ii) Privadas de élite: la calidad es buena y el costo elevado, por lo que satisfacen, por lo general, la demanda de los sectores económicamente más fuertes de la población.

iii) Privadas no élite[16]: la proliferación de universidades privadas sin control ha generado que la gran mayoría ofrezca una educación jurídica de dudosa calidad.

[15] Entre 1994 y 2002 se realizaron 102.475 solicitudes de ingreso a la carrera de Derecho en universidades públicas, de las cuales fueron exitosas 18.319, es decir, un 17.88%. Esta cifra contrasta con el mismo período en la oferta privada, donde de 166.554 solicitudes fueron exitosas 107.311, es decir, un 64.43%. No obstante, debe tenerse en cuenta es posible aplicar a varias universidades en un mismo período y existen diferencias sustanciales entre los porcentajes de ingreso entre las mismas universidades públicas y las mismas universidades privadas (Salamanca Ramírez, 2010, pág. 129).

[16] Rogelio Pérez Perdomo propone una clasificación similar que no atiende a la distinción entre público y privado, sino a escuelas de Derecho (i) tradicionales, (ii) innovadoras y (iii) baratas. Según el autor, "*estos tres tipos principales de escuelas de Derecho están para quedarse"* (Pérez Perdomo, 2004, págs. 12-13).

Esta heterogeneidad en la oferta de educación jurídica, de dudosa calidad en su mayoría, es destacada por Freddy Salamanca en su monografía *La educación legal en Colombia.* El mismo rasgo es advertido por otros autores; Rogelio Pérez Perdomo apunta que estas disparidades en la calidad de la oferta conducen a un proceso de estratificación de la profesión jurídica, lo cual mina una de las principales funciones sociales de la educación: "*promover la igualdad sobre la base de méritos, animando el progreso económico y social"* (Fuentes Hernández, 2004, pág. 51). Puede afirmarse que la educación jurídica está inmersa en un marco más general de la educación superior en Colombia, que fue dejada en manos del mercado y sus lógicas, lo que reproduce las desigualdades existentes en la sociedad[17] en vez de aminorarlas[18]. El agravante para el caso particular, según se dijo más

[17] Sobre la estratificación de la profesión en relación con los orígenes educativos, Germán Silva García señala: "Así mismo, dentro de sociedades permeadas por el conflicto social, esas diferencias en cuanto al tipo de educación recibida y el lugar en el cual ha sido obtenida que, como se dijo, son un rasgo de la fragmentación profesional, a la vez, constituyen un factor que incidirá en las disputas por intereses, es decir, la clase de educación jurídica universitaria percibida será una herramienta de poder, aunque no la única, para la apropiación de recursos escasos (clientes, posiciones en el Estado, prestigio, etc.) que, en la orilla opuesta, significará para los grupos que no adquirieron la educación jurídica en la calidad, naturaleza o lugar apropiado una situación, probable, de exclusión social o marginación relativa" (Silva García, Prospectivas sobre la educación jurídica, 2006, pág. 33).

[18] Al respecto, sobre las implicaciones de un modelo educativo regulado por el mercado y no por el Estado, Juan Gabriel Gómez Albarello escribe lo siguiente:
"Hay otra consecuencia, bastante insidiosa, de la ausencia de una política de fomento a la educación pública. Al relegar a la mayoría de la población a escuelas públicas y colegios privados pobremente financiados el sistema educativo reproduce todos los días las graves inequidades que dividen a la sociedad colombiana. La política estatal en materia de educación es ominosa e incluso perversa pues codena a la mayoría a una situación crónica de desigualdad de oportunidades. Esta política refuerza lo que Mauricio García Villegas y Laura Quiroz llamaron para el caso de Bogotá, que a este respecto no es muy distinto del resto del país, el *apartheid educativo*; esto es, una barrera infranqueable como la que había en el régimen racista de Suráfrica, que separa a los que reciben buena educación de los que tienen que conformarse con una mala" (Gómez Albarello, 2018, págs. 315-316)

En la misma dirección señala Germán Silva García:
"En ese sentido, es también ilustrativo que, entre las instituciones cuyos estudiantes presentaron el Examen de Estado de 2002, los resultados mostraran una distribución de un tercio de las instituciones dentro de cada uno de los tres rangos identificados: alto, medio y bajo, referidos al nivel de respuestas. Esto comporta la presencia de fuertes desigualdades, que conviene examinar en sus dos extremos, pero que además permiten concluir que la educación, lejos de cumplir el papel democrático que normalmente se le asigna, cual es el de generar condiciones de igualdad a partir de oportunidades equivalentes, es, por el contrario, un factor que incrementa las desigualdades sociales" (Silva García, Perspectivas sobre la educación jurídica, 2006, pág. 61).

Rogelio Pérez Perdomo destaca:

"En toda América Latina han proliferado las llamadas escuelas de galpón o de garaje. Basta un galpón para poner salones de clase y contratar unos cuantos profesores a los que se les paga por hora para tener una escuela de Derecho. Es una educación barata pero que puede dar un beneficio económico al empresario. El producto

arriba, es el impacto público de la profesión. Sobre lo anterior Bedoya Ceballos y García Villegas destacan:

> "Estas desigualdades hacen parte de un fenómeno de *apartheid* educativo que comienza en la educación básica y media: los ricos y los pobres estudian cada uno por su lado, y mientras los primeros reciben buena o excelente educación, los segundos tienden a recibirla mediocre o mala. El sistema educativo no solo no remedia ni siquiera parcialmente las desigualdades de cuna, sino que las refuerza" (García Villegas & Ceballos Bedoya, Abogados sin reglas, 2019, págs. 24-25).

Esta heterogeneidad ha encontrado respaldo en un argumento de aparente sustento constitucional, pues el artículo 69 de la Constitución Política[19] y su desarrollo en la Ley 30 de 1992 consagraron, a manera de derecho para las IES, la *autonomía universitaria.* En contextos de reforma o vigilancia, dicha autonomía ha sido esgrimida por todo el espectro de las facultades de Derecho con la intención de evitar regulaciones externas que, por pretender mejoras en la calidad, implicarían mayores costos de funcionamiento. Así, la reglamentación que se ha hecho con posterioridad a la Constitución de 1991 ha tenido un "*espíritu elástico"* (Silva García, 2006, pág. 63), en un contexto de falta de cultura de autorregulación de una profesión liberal y de déficit de capacidad estatal, que ha degenerado en la "*feudalización de la educación jurídica*" (García Villegas & Ceballos Bedoya, 2019, págs. 82-88).

Al igual que ocurre en la educación, la regulación de las profesiones jurídicas en Colombia es deficitaria. Quien obtiene su tarjeta profesional optará por una subprofesión, que puede ser la de litigante, asesor, notario, juez, fiscal, profesor, socio de firma, funcionario público, árbitro, entre otras. Además, su ocupación tendrá el carácter de pública o privada. Ahora, un hecho fundamental para la investigación aquí propuesta es el siguiente: la regulación para ejercer o cambiarse de subprofesión, o pasar del sector público al privado (y

---

es un abogado mal equipado. Los egresados de estas escuelas prácticamente están excluidos de la entrada a los segmentos más apetecidos de la profesión jurídica y sólo unos pocos pueden superar el *handicap* gracias a una inteligencia o habilidad poco comunes. Estas escuelas son fábricas de ilusiones (Junqueira, 1999). En algunos casos, son verdaderos fraudes a los estudiantes y a sus familias" (Pérez Perdomo, 2004, págs. 12-13).

[19] Constitución Política de Colombia: "Artículo 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior".

viceversa) es muy laxa[20]. De hecho, como se verá más adelante, la subprofesión de árbitro es una forma de concomitancia público-privada.

Todo el contexto hasta aquí reseñado hizo que respecto de la profesión jurídica García Villegas y Bedoya Ceballos llegarán a la siguiente conclusión:

> "La profesión jurídica en Colombia tiene al menos tres características sobresalientes: 1) una marcada incapacidad del Estado para imponer orden, coadyuvada por una fuerte resistencia de los juristas, de las facultades de Derecho y, en general, de la profesión, a emprender acciones de autorregulación; 2) una situación de apartheid poroso de clases sociales que atraviesa toda la profesión, desde la educación hasta el ejercicio profesional; 3) una feminización de la profesión afectada por un "techo de cristal". Además de estas conclusiones fuertes, puede plantearse que existe un orden profesional dominado por las reglas del mercado y por la posición preponderante de los litigantes en todas las subprofesiones jurídicas (sobre todo en los profesores de Derecho, los magistrados de las altas Cortes y los funcionarios de alto perfil)" (García Villegas & Ceballos Bedoya, La profesión jurídica en Colombia, 2019, pág. 197).

Estas características serán comparadas con los hallazgos del análisis sobre arbitraje de contrato estatal que se propone en el capítulo II.

1.3. Generalidades sobre el arbitraje en Colombia

1.3.1. Algunas diferencias del arbitraje con las jurisdicciones permanentes

El artículo 116 de la Constitución Política establece que "[l]*os particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores* <u>*o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley*</u>*"*. A partir de

[20] Por ejemplo, para ser magistrado de una alta corte la edad mínima de 35 años y 15 de experiencia es notablemente poco.

la norma constitucional puede decirse que el arbitraje es una forma privada de administración de justicia[21], un servicio público delegado por el Estado en particulares[22].

En el período que se analizará en el capítulo II (2005-2019), dos normas principales rigieron en materia arbitral. La primera, el Decreto 1818 de 1998, definía el arbitraje como un "*mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral*". Posteriormente, la Ley 1563 de 2012 definió el arbitraje como "*un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes difieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o a aquellos que la ley autorice*". Las dos normas previeron el arbitraje técnico, en equidad y en derecho. Este último es el único permitido cuando una de las partes en conflicto es una entidad estatal.

Para que una controversia sea resuelta en arbitraje, las partes deben suscribir un pacto arbitral o un compromiso que implica "*la renuncia a hacer valer sus pretensiones ante los jueces*"[23]. Surgido el conflicto, la parte interesada deberá presentar su demanda ante el centro arbitral convenido[24] para proceder a la integración del tribunal[25]. Generalmente las partes designan conjuntamente los árbitros o pueden delegarlo en un tercero. Los árbitros,

---

[21] Para la Corte Constitucional "*'los árbitros cumplen una función de tipo jurisdiccional', inscrita dentro de la administración de justicia que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 228 de la Carta, 'es función pública'*" (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2013).

[22] De acuerdo con un informe elaborado por la Cámara de Comercio de Bogotá: "*Sumado a que el ordenamiento jurídico colombiano identifica el arbitraje como un mecanismo de acceso a la justicia, éste también ha venido conceptualizándose como un servicio púbico delegado por el Estado a los particulares para que participen en la administración de justicia. Al ser una función que la autoridad estatal delega, la puede retomar para ser prestada por uno o varios de sus organismos. Asimismo, el Estado se reserva la facultad de definir los términos en los cuales los particulares pueden ofrecer el arbitraje*" (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 34).

[23] Artículo 3, Ley 1563 de 2012.

[24] Artículo 112, Ley 1563 de 2012.

[25] Artículo 12, Ley 1563 de 2012.

a su vez, designarán a un secretario[26]. Iniciado el proceso arbitral, se tramitará con las normas procesales que hayan acordado o el procedimiento legal, según la materia.

Las principales diferencias del arbitraje con un procedimiento ante una jurisdicción permanente son:

1. El límite de la competencia: mientras que los jueces pueden conocer de todos los asuntos enmarcados en la competencia que legalmente les fue asignada, los árbitros solo podrán hacerlo respecto de aquellos que sean de libre disposición o que la ley les permita. Los árbitros no pueden conocer, entre otros, del estado civil de las personas o de lo relacionado con delitos (salvo de la acción civil que de estos surja), los jueces sí. Este marco general de competencia de los árbitros es denominado *arbitrabilidad objetiva*[27]. Dentro de la *arbitrabilidad objetiva*, las partes pueden definir qué asuntos de *su* controversia pueden decidir los árbitros.
2. Las partes designan a quienes resolverán la controversia: generalmente[28], en las jurisdicciones permanentes es imposible prever quién será el juez o magistrado ponente (en el caso de los jueces colegiados) e incluso la sala en los tribunales más grandes, que decidirá la controversia al someter a reparto los asuntos. El reparto supone la existencia de normas que establecen en qué orden se entregarán las demandas a los diferentes jueces competentes, con la finalidad de evitar que la parte demandante pueda escoger a su juez.
3. La remuneración y la competencia: los jueces de las jurisdicciones permanentes tienen un salario fijo que no cambia según su competencia; al momento de tomar una decisión debe estar convencido de que el asunto está comprendido entre las materias que legalmente le fue asignado conocer o, de no estimarlo así, remitir el proceso a quien corresponda. Por el contrario, dada la forma transitoria de jurisdicción de la que son

[26] Artículo 9, Ley 1563 de 2012.

[27] Según la cual, "*En términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad"* (Sentencia de Unificacón, 2007).

[28] Salvo en los municipios muy pequeños en los que solo haya un juez y se sabe de antemano quién decidirá el asunto.

investidos los árbitros, sus honorarios son *consecuencia* de considerarse competentes[29].

4. La forma transitoria de jurisdicción significa que los árbitros realizan otras actividades en el resto de su tiempo, por lo que el régimen de impedimentos de los jueces es insuficiente en su caso. Debido a lo anterior, el artículo 15 de la Ley 1563 previó el "*deber de información*"[30], según el cual, los árbitros y secretarios deben revelar, al momento de aceptar el cargo y por circunstancias sobrevinientes en el proceso, todas aquellas situaciones que puedan generar dudas sobre su imparcialidad, evento en el cual, la parte que así lo considere podrá pedir, de manera justificada, su reemplazo. La comprobada omisión de información en esta etapa es causal de impedimento.

[29] Ley 1563 de 2012: "Artículo 28. Distribución de honorarios. Una vez el tribunal se declare competente, el presidente entregará a cada uno de los árbitros y al secretario la mitad de los honorarios, y al centro de arbitraje la totalidad de lo correspondiente a él; el resto quedará depositado en la cuenta destinada exclusivamente para el efecto. El presidente distribuirá el saldo de honorarios una vez terminado el arbitraje por voluntad de las partes o por ejecutoria del laudo o de la providencia que decida sobre su aclaración, corrección o complementación.
Terminado el proceso o decidido el recurso de anulación, el presidente hará la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes".

[30] Ley 1563: "Artículo 15. Deber de información. La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años. Igualmente deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados.
Si dentro de los cinco (5) 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 reemplazo en la forma prevista para tal efecto, siempre y cuando los demás árbitros consideren justificada las razones para su reemplazo 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.
Si durante el curso del proceso se llegare a establecer que el árbitro o el secretario no revelaron información que debieron suministrar al momento de aceptar el nombramiento, por ese solo hecho quedarán impedidos, y así deberán declararlo, so pena de ser recusados.
En todo caso, a lo largo del proceso, los árbitros y los secretarios deberán revelar sin demora cualquiera circunstancia sobrevenida, que pudiere generar en las partes dudas sobre su imparcialidad e independencia. Si cualquiera de estas considera que tal circunstancia afecta la imparcialidad o independencia del árbitro, los demás árbitros decidirán sobre su separación o continuidad, y si no hubiere acuerdo entre aquellos, o se tratare de árbitro único o de la mayoría o de todos, decidirá el juez civil del circuito del lugar en donde funcione el tribunal de arbitraje".

1.3.2. Particularidades del arbitraje con participación de entidades públicas

Adicional a los rasgos anotados, el arbitraje con participación de entidades públicas tiene algunas particularidades. Conviene precisar que este mecanismo de solución de conflictos, incluso en asuntos públicos —como diferendos limítrofes—, es anterior a la República y era conocido en el derecho español. No obstante, solo a partir de la Ley 4ª de 1964 se autorizó la inclusión de la cláusula compromisoria en los contratos del Estado, lo que se reiteraría en los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1983, y en la Ley 80 de 1993 (Cárdenas Mejía, 2019, págs. 21-23).

Las particularidades en este caso son:

1. El objeto de la controversia es la resolución de un conflicto originado en un contrato estatal que, por regla general, persigue un interés colectivo o la satisfacción de una necesidad pública.

2. La controversia generalmente incluye un interés patrimonial dirigido, la mayoría de las veces, a que un contratista particular obtenga una indemnización o una ventaja.

3. En un proceso arbitral de esta naturaleza intervienen las partes (usualmente una entidad pública contratante y un particular contratista), el Ministerio Público, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[31]—ANDJE— (cuando participa una entidad de la administración pública del orden Nacional) y los árbitros.

4. El laudo deberá ser en derecho y el procedimiento legal: contrario a la posibilidad que tienen los particulares de convenir las normas procesales y que el laudo sea en equidad o técnico, cuando participa una entidad estatal el proceso se regirá por las disposiciones procesales legales y la decisión deberá ser adoptada en derecho.

5. La arbitrabilidad objetiva es más específica: la presencia de un "*sujeto especial*, *como lo es la administración pública*" ha hecho que "*la legislación y la jurisprudencia edifiquen límites que han moldeado una fisionomía particular*" de estos procesos (Almonacid Sierra,

[31] La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue creada mediante la Ley 1444 de 2011 para la elaboración de políticas públicas de prevención del daño antijurídico y para intervenir en la defensa de los intereses litigiosos de la Nación. Más adelante se precisa la diferencia que, para efectos de la intervención de la Agencia, tienen los conceptos de Estado y Nación.

2011, pág. 5). La atención en este punto ha girado en torno a la posibilidad que tienen los árbitros o no de anular actos administrativos proferidos en desarrollo del contrato. La tendencia, a través de la interpretación de la Corte Constitucional, su recepción por el Consejo de Estado y posteriormente la Ley 1563 de 2012, ha sido la de eliminar paulatinamente las restricciones a lo que podría considerarse una competencia plena[32], por lo que es razonable pensar que en los próximos años los árbitros puedan conocer sin limitación alguna de las controversias contractuales de la administración.

6. Varias normas han restringido parcialmente la capacidad de ser árbitro: la Ley 1563 de 2012 —Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional— en su artículo 8 determinó que "[n]*ingún 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*"; posteriormente, la Ley 1682 de 2013, relativa a la infraestructura de transporte, estableció que para este tipo de contratos el número de tribunales sería tres (artículo 14, literal h).

[32] Tradicionalmente se entendía que juzgar la legalidad de actos administrativos, por ser actos de imperio de la administración y un asunto de orden público (contrario a la libre disposición), escapaba a la competencia de los árbitros. Sin embargo, esta posición se ha venido reevaluando, al punto que, es altamente probable que en un futuro cercano los árbitros puedan decidir sin limitación alguna sobre actos administrativos dictados en desarrollo del contrato estatal. A partir de una interpretación de la sentencia C-1436 de 2000, el Consejo de Estado consideró, en 2009, que la limitación aplicaba únicamente a aquellos actos previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, esto es, a los actos de interpretación, modificación y terminación unilateral, reversión y sometimiento a las leyes nacionales. Así, el efecto práctico de la decisión del Consejo de Estado fue permitir que los árbitros juzgaran la legalidad los demás actos administrativos contractuales, como la liquidación unilateral o la declaratoria de incumplimiento y cuantificación de perjuicios. Lo anterior fue caracterizado por el profesor Jorge Sierra Almonacid como un *ensanchamiento* de la restringida competencia arbitral a través de *juegos del lenguaje* (Almonacid Sierra, 2011, pág. 27). Posteriormente y en la misma dirección de la providencia referida, la Ley 1563 de 2012 dispuso que los tribunales de arbitraje en los que interviniera una entidad pública pueden decidir sobre los *efectos económicos* de los actos proferidos en ejercicio del artículo 14, situación a todas luces extraña —pero que demuestra la inequívoca intención de ampliar las competencias de los árbitros— si se tiene en cuenta que escinde la competencia y que resulta imposible juzgar los efectos económicos sin determinar la legalidad del acto del que se desprenden (Ocampo López, 2019, pág. 108).

En la Directiva Presidencial No. 3 de 23 de diciembre de 2015[33] se fijaron limitaciones adicionales, aunque solo para las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional[34]. En términos generales la directiva ordenó: i) la evaluación previa y justificación explícita de "*derogar en cada caso concreto la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa"*; ii) la remisión a la ANDJE de la lista de los árbitros que la entidad pretende postular, con sus hojas de vida y un resumen de la controversia, la cual deberá ser aprobada[35]; iii) la creación de un registro de arbitramentos públicos, y; iv) la prohibición para las entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional de nombrar "*como árbitro a un abogado que sea contraparte en otro proceso de una entidad pública del orden nacional o a un abogado que se esté desempeñando, al momento de su designación, en más de 5 tribunales de arbitramento en los que intervenga como parte una entidad pública*".

1.3.3. Documentos disponibles sobre arbitraje con participación de entidades públicas

Previo a la elaboración del análisis de laudos, se averiguó qué documentos, informes y trabajos existían sobre el arbitraje del contrato estatal, con algún enfoque sociológico, esto es, tomando en consideración, entre otros, quiénes son los árbitros, cuál es la opinión de los usuarios de arbitraje, y las diferencias que pudiera haber en el desempeño de las entidades públicas y los particulares. La información disponible es bastante limitada.

El primer documento encontrado se llama (1) "*Informe final del diagnóstico del arbitraje en el territorio nacional*", fue elaborado por la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante CCB) y analizó el período 2013-2016. El documento tiene una parte general de arbitraje y una parte específica de arbitraje con participación de entidades públicas.

---

[33] Esta Directiva Presidencial fue derogada, conservando lo esencial en lo relativo a la limitación de árbitros y secretarios, por la Directiva Presidencial No. 4 de 18 de mayo 2018. En esta última se agregó, entre otros, que la suscripción de pactos arbitrales debía "*corresponder a una decisión de gerencia pública explícita*", de lo que cada entidad deberá dejar constancia en los antecedentes contractuales (Presidencia de la República, 2018).

[34] De este procedimiento se encuentran excluidas aquellas entidades que no forman parte del nivel nacional del poder ejecutivo y las demás ramas del poder público y organismos independientes. Si bien esta limitación es acorde con las competencias del presidente, se ha destacado "*lo inconveniente que resulta que en el arbitramento con entidades del Estado operen reglas diferentes"* (Zapata, 2016).

[35] Por la directora del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la directora de la ANDJE y la secretaría jurídica de la Presidencia de la República.

Entre otras conclusiones, el informe recomendó "*establecer un código de ética unificado que permita aumentar la confianza en* [los árbitros] *mediante la garantía de la transparencia de sus actuaciones*", pues los entrevistados en el estudio manifestaron que los árbitros, si bien técnicamente capaces:

> "[C]arecen de independencia, imparcialidad y vocación para administrar justicia. Es decir, se cuestiona la facilidad que dichos actores tienen para ejercer los diferentes roles (abogado de parte, secretario y arbitro) del tribunal, sin desligarse de sus relaciones personales/profesionales que han tenido en tribunales anteriores.
> (…)
>
> En este punto vale la pena resaltar que, de acuerdo con el resultado de las encuestas, un alto porcentaje establece que no volvería a utilizar el servicio porque desconfía del mismo, por lo tanto, el mayor control sobre los operadores puede verse reflejado en una mayor aceptación por quienes hacen uso del mecanismo. Con el fin de mejorar la percepción de los usuarios, se podría impulsar un modelo de código de ética al cual los diferentes centros de arbitraje se adhirieran como un pacto por la transparencia y los valores éticos acompañados de control social del ejercicio del arbitraje" (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 190).

Adicionalmente, el documento resaltó la tensión que existe entre la función público-jurisdiccional del arbitraje y la lógica de mercado que rige a los centros, considerados como "*unidad*[es] *de negocios"* que "*deben ser autosostenibles, se les autoriza si demuestran* [que] *tienen punto de equilibrio, se mide el éxito por los ingresos generados y los árbitros se motivan si tienen honorarios cuantiosos*" (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 155). De hecho, las instituciones encuestadas manifestaron que la principal motivación para la creación de un centro de arbitraje eran los recursos y las elevadas cuantías (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 151).

Desde el punto de vista individual, la tensión fue evidenciada en la no aceptación del cargo en arbitrajes administrativos de cuantías pequeñas al existir una relación proporcional entre la cuantía del proceso y los honorarios de los árbitros (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 169). La CCB resumió la situación, a partir de entrevistas y grupos focales, así:

> "El arbitraje se ha mercantilizado mucho, al punto que los mismos árbitros no lo entienden como un apoyo a la justicia, si el caso no les va a representar recursos, no aceptan los casos.
> Los árbitros deberían estar obligados a aceptar los casos pequeños, así no reciban los recursos que esperan. Desconcierta que los árbitros actúen como abogados

> litigantes, lo único que los motiva son los honorarios" (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 151).

Los entrevistados estuvieron de acuerdo con la creación de un sistema nacional de arbitraje que no implicara "*limitar la autonomía del arbitraje y sus operadores"*, sino la *"promoción, apoyo y fortalecimiento del mecanismo en especial en los lugares donde no se presta"* (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 181) para lo cual el Ministerio de Justicia haría las veces de "*gran lobista*" ante el Congreso y las Altas Cortes, para defenderlo de reformas que lo puedan limitar e intervenir en las demandas que lo pretendan restringir (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 144).

Finalmente, respecto del arbitraje con participación de entidades públicas, la CCB se encontró con la dificultad de que los centros de arbitraje no tuvieran la información sistematizada ni desagregada. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 40). Lo mismo ocurrió con la información del Ministerio de Justicia[36]. Según el estudio, entre 2013 y 2016 en Colombia se profirieron 123 laudos con participación de una parte pública (cifra inferior a la realidad, pues, como se verá en el siguiente capítulo, solamente en la CCB se profirieron 119 laudos en ese período), de los cuales 11 reportaron condenas a una entidad pública y 6 incluyeron su valor (lo que representaría una improbable tasa de éxito de las entidades estatales de 91%). El documento tampoco pudo determinar el resultado de los recursos extraordinarios de anulación decididos por el Consejo de Estado (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 160).

Varios informes de gestión de la ANDJE también se han enfocado en el arbitraje con entidades públicas. Conviene hacer dos precisiones antes de destacar sus puntos más importantes: (i) en 2014, la entonces directora de la ANDJE manifestó en una entrevista que entre 2012 y 2013 el Estado había perdido un 74% de los procesos arbitrales en comparación con el 25% de los fallos proferidos por el Consejo de Estado (El Espectador,

---

[36] "Al momento de revisar los datos suministrados en la base de datos enviada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, se observa que la información presenta inconsistencias que sugieren falta de fiabilidad en algunos de los datos que reportan los centros y falta de validación de los datos para depurar estas inconsistencias. La información no solamente puede ser insuficiente, sino también inconsistente, lo cual puede generar sesgos al momento de estimar valores promedios y correlaciones entre diferentes variables de los trámites arbitrales. Es importante contar con información desagregada para poder validar las fuentes de los datos que tiene el Ministerio y hallar las posibles explicaciones a los errores en la información" (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017).

2014). A través de un derecho de petición se le solicitó a la ANDJE remitir los estudios de arbitraje que hubiera elaborado y, específicamente, aquel que sustentaba la cifra referida. En ninguno de los documentos entregados por la entidad se pudo verificar la fuente. (ii) Si bien el objetivo de la ANDJE es la "*defensa jurídica de la Nación y el Estado*"[37], la participación en litigios se limitó a la primera, entendida como: la Administración Pública del orden nacional, las demandas en contra de actos jurídicos proferidos por una autoridad del orden nacional y los procesos en los que se demande internacionalmente a la Nación, lo que excluye a todas las entidades territoriales y empresas estatales. Así, podría afirmarse que la creación de esta Agencia, a pesar de los beneficios que pueda generar en la defensa de asuntos estratégicos, amplía la brecha existente entre la capacidad del Estado central y el Estado local[38]. Finalmente, la ANDJE no participa en todos los litigios en que una parte es la Nación, sino que es informada y dependiendo de la relevancia del asunto interviene.

El primer documento remitido por la ANDJE se llama (2) "*El Arbitramento y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*" (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2016) y su análisis se limita a la Nación en los términos anotados.

De acuerdo con el documento, entre 2012 y 2016 se profirieron 76 laudos en los que una parte fuera la Nación, cifra muy inferior a los que se emitieron con participación de una parte pública que, como se verá en el siguiente capítulo, solo en la Cámara de Comercio de Bogotá fue de 152 (2016 incluido) o de 114 (sin incluir 2016). Según el documento, "*en*

[37] Decreto Ley 4085 de 2011, "*Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*".

[38] De acuerdo con el artículo 6 del Decreto Ley de creación de la ANDJE, esta podrá ejercer la representación judicial de entidades territoriales a través de la suscripción de convenios interadministrativos los cuales, lógicamente, tendrán un costo para las segundas. El hecho de que la Agencia, por regla general, fije su interés litigioso en los procesos en que está involucrada una entidad del orden nacional, implica la ampliación de capacidades administrativas —entre las que se encuentra incluida una adecuada defensa judicial—. Esta diferencia se suma a la incapacidad de más de la mitad de los municipios del país para tener "*el monopolio de la fuerza, el poder para cobrar impuestos, una justicia eficaz y la capacidad administrativa y técnica para tomar y aplicar decisiones efectivas*" (García Villegas, Torres Echeverry, Revelo Rebolledo, Espinosa Restrepo, & Duarte Mayorga, 2016, pág. 78).

el 55% de los casos las decisiones arbitrales fueron adversas a los intereses de la Nación", aunque en términos patrimoniales las condenas hayan sido significativamente menor a lo pretendido por los particulares, cuyas reclamaciones se aproximaban a 1.3 billones de pesos (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2016, pág. 18).

El estudio pudo establecer que: los procesos tuvieron una duración promedio (incluidos los períodos de suspensión) de 2.21 años, el 80% de los árbitros fueron hombres y ningún tribunal fue compuesto exclusivamente por mujeres, el 91% estudió su pregrado en Bogotá, y las universidades del Rosario, el Externado y de los Andes tuvieron la mayor representación (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2016, págs. 19-22). Como se verá en el siguiente capítulo, los anteriores hallazgos se mantienen similares cuando toma un período más amplio y se incluyen las demás entidades públicas.

Otro documento remitido fue por la ANDJE se llama (3) "*Laudos arbitrales periodo 2012-2016. Informe sobre causas y subcausas de litigiosidad y condena*" (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2016) y es una versión resumida del anterior documento.

El cuarto documento remitido por la ANDJE se titula (4) "*Descripción de patrones decisionales en tribunales de arbitramento*" (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2019). Este informe no incluye alguna presentación sobre su elaboración y, al parecer, nunca fue publicado. El análisis se limita a las entidades que forman parte de la Nación. En este caso, indica el documento, entre 2015 y a 21 de junio de 2019 se profirieron 75 laudos, mientras que, como se verá, en el mismo periodo con participación de entidades públicas, solo en la CCB, se emitieron 190.

Según el documento, las entidades más demandadas fueron la Agencia Nacional de Infraestructura (28), el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (6) y la Autoridad Nacional de Televisión (5). Los árbitros más veces designados fueron Jorge Enrique Ibáñez Najar (9), Arturo Solarte Rodríguez (6), William Edgardo Barrera Muñoz (5) y Juan Pablo Cárdenas Mejía (5). Asimismo, destacó la participación mayoritaria de los hombres en la composición de los tribunales de arbitraje (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2019, págs. 1-3).

Finalmente, en lo relativo a la tasa de éxito, encontró que las entidades públicas (solo Nación) perdieron el 59% de los casos en que fueron convocadas y ganaron el 41%. El documento concluyó que, pese a no encontrar patrones concluyentes, "*los arbitramentos contra el Estado presentan una tasa de éxito con una tendencia, a través de los años, desfavorable*" (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 2019, pág. 9)

Por último, la ANDJE elabora anualmente, desde 2012, un documento de *informe de gestión*, en el que destaca sus actividades cada año. En algunos de estos documentos se hacen menciones al arbitraje, pero solo en relación con la Nación, por lo que su enfoque resulta igualmente limitado. Además, se trata principalmente de una rendición de cuentas sin que se explique con algún detalle su modo de elaboración.

2. ANÁLISIS DE LAUDOS CON PARTICIPACIÓN DE UNA PARTE PÚBLICA

Plan de exposición. A continuación se presentan los resultados del estudio elaborado a partir de los laudos en los que al menos una de las partes era una entidad pública, proferidos en la CCB entre el año 2005-2019. El orden de presentación es: 1) información general del estudio; 2) las partes de los procesos; 3) los árbitros; 4) los secretarios; 5) gastos y honorarios; 6) cuantías de las demandas; 7) resultados de las demandas, y; 8) intervinientes (Ministerio Público y ANDJE).

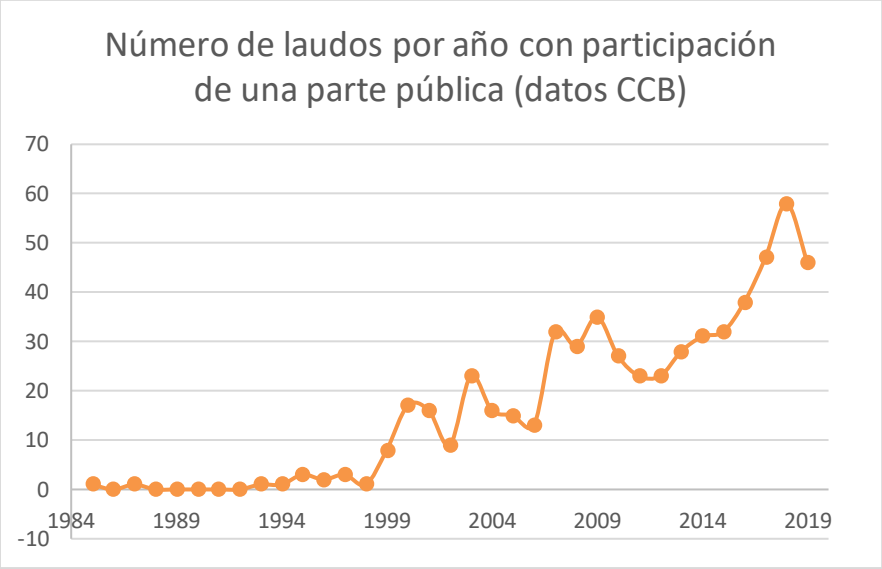
Metodológicamente, la elección de la CCB está justificada por el hecho de que en esta institución se resuelven la mayoría de los arbitrajes en contra de las entidades públicas. Entre el 2013 y el 2016 el 63,7% de los arbitrajes se decidieron en esta cámara, correspondientes al 82% del valor de las pretensiones formuladas.

El análisis se hizo a partir de los laudos porque en esta forma de terminación del proceso se puede conocer la posición de los árbitros, lo que resulta imposible en los eventos de conciliación, desistimiento o no pago de honorarios.

2.1. Información general del estudio

El punto de partida para la elaboración del estudio fue una lista suministrada por la CCB, en la que se registraban todos los laudos con participación de al menos una parte pública entre 1985 y 2019. Gráficamente, es fácil observar la tendencia creciente en la utilización de este mecanismo, especialmente a partir de 1999:

Gráfica 2-1: Número de laudos por año



Para el análisis de los laudos se tomó el período 2005-2019. Una vez excluidos de la lista de la CCB aquellos en los que la parte pública tenía un capital inferior al 50% o cuya inclusión era un error (*v. gr.* un litigio entre particulares), la muestra (n) fue 432 laudos.

Determinado el período y depurada la lista, la distribución por años, tomando además en consideración el número total de páginas por año, su media y mediana, fue la siguiente:

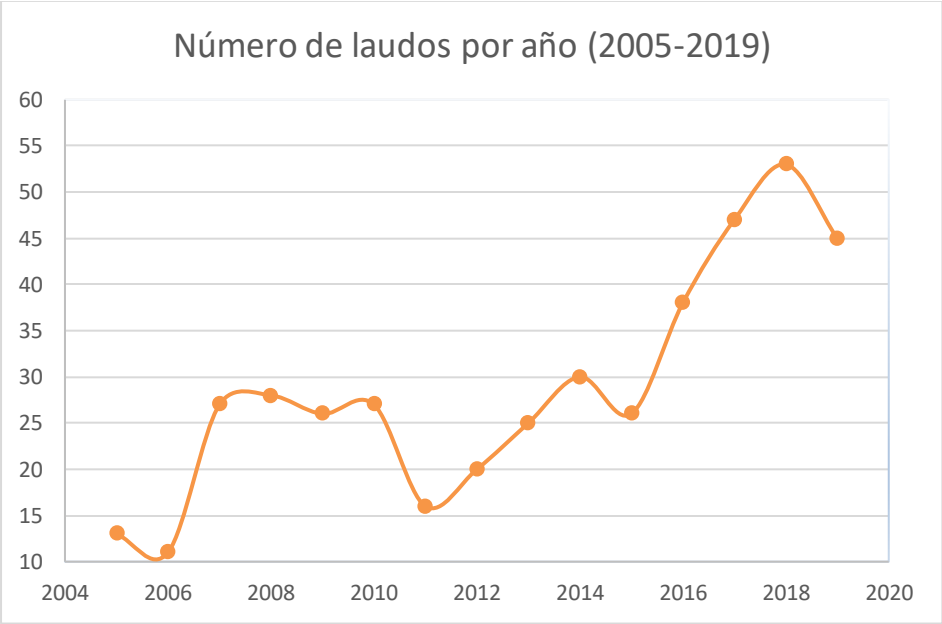
Tabla 2-1: Evolución del número de páginas de los laudos en el tiempo

Año	Número de laudos	Número total de páginas	Media	Mediana
2005	13	1430	110	76
2006	11	1257	114,27	130
2007	27	2582	95,63	86
2008	28	3037	108,46	86
2009	26	3245	124,81	89,5
2010	27	3447	127,67	114
2011	16	2566	160,37	107
2012	20	3442	172,1	110,5
2013	25	3084	123,36	99
2014	30	3634	121,13	108,5
2015	26	3815	146,73	126,5
2016	38	8248	217,05	163
2017	47	5739	122,11	98
2018	53	8196	154,64	126

2019	45	7762	172,49	126
Total	**432**	**61484**		

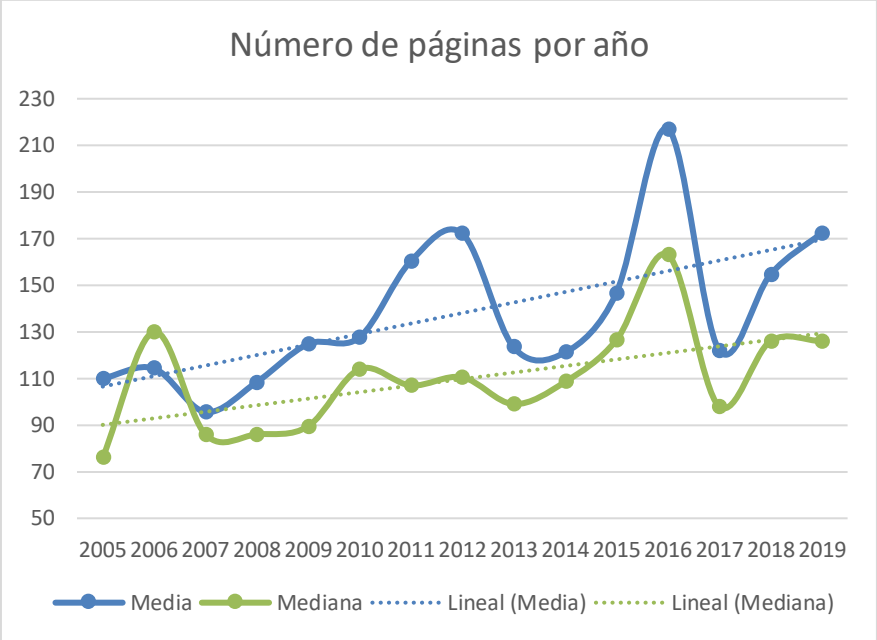
El período escogido conserva la tendencia creciente en el número de laudos por año como se ve en la gráfica 2-2, con una media de 28,8 laudos por año. A partir de 2016 hay un aumento significativo en el número de laudos por año:

Gráfica 2-2: Número de laudos por año



El mayor número de laudos se vio acompañado de una tendencia al aumento del número de páginas por decisión:

Gráfica 2-3: Evolución del número de páginas en el tiempo



Se pueden suponer varios factores como causantes de lo anterior. En primer lugar, el crecimiento de la media de las cuantías de los procesos en el tiempo, según se verá más adelante; así, en la medida en la que llegaban procesos en los que se disputaba más dinero se hicieron necesarias más páginas para su resolución. En segundo lugar, el aumento de los honorarios de los árbitros (como también se verá más adelante) pudo llevar a un intento por justificar su mayor remuneración con laudos de mayor extensión. Finalmente, puede pensarse que, a medida que aumentaron los laudos y se hizo más relevante el arbitraje en contratación estatal, estos se convirtieron en una plataforma para promover tesis que tradicionalmente se encargaba de definir la jurisprudencia del Consejo de Estado. Algo de estas tres posibilidades puede haber.

También hubo una tendencia al aumento de la duración de los procesos, calculada desde la fecha de presentación de la demanda hasta la fecha del laudo[39]. Esta variable se pudo determinar en 419 laudos:

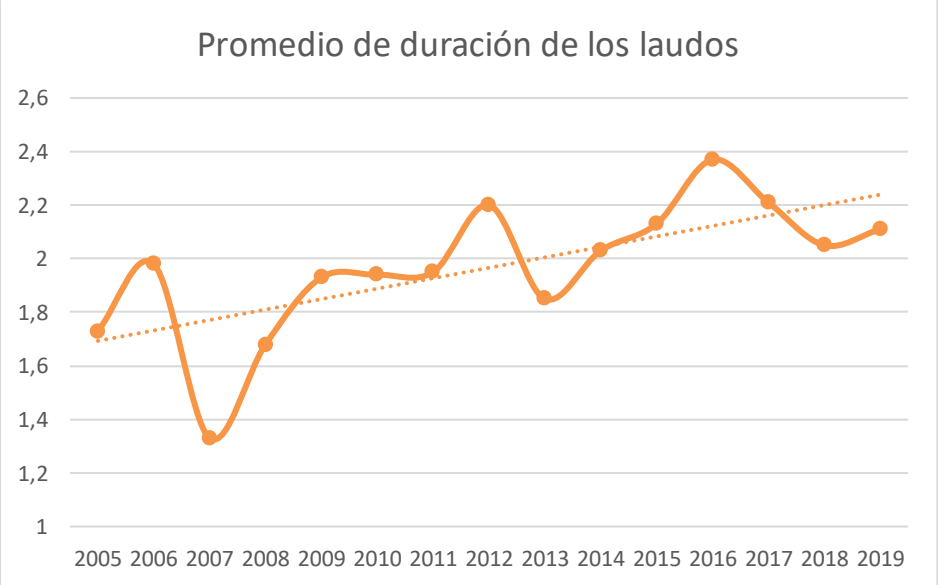
[39] Este cálculo difiere del que normalmente hacen los tribunales de arbitraje, el cual no incluye el tiempo de suspensión del proceso.

Tabla 2-2: Duración media de los procesos en el tiempo

Año	Número de laudos	Duración media (años)
2005	13	1,73
2006	11	1,98
2007	26	1,33
2008	27	1,68
2009	25	1,93
2010	27	1,94
2011	15	1,95
2012	18	2,2
2013	24	1,85
2014	28	2,03
2015	25	2,13
2016	36	2,37
2017	47	2,21
2018	53	2,05
2019	44	2,11
Total	419	2[40]

Gráficamente, la representación es la siguiente:

Gráfica 2-4: Duración media de los procesos en el tiempo.



[40] Es la media de los 419 procesos, no una media de las medias.

Respecto de las demandas de reconvención[41] y de los procesos acumulados[42], la distribución fue la siguiente:

Tabla 2-3: Participación de los procesos acumulados y con reconvención.

	Número de laudos	Porcentaje
Acumulado y reconvención	5	1,16
Acumulado	8	1,85
Reconvención	128	29,63

En el caso de las demandas de reconvención, 32 fueron presentadas por particulares (24,06%) y 101 (75,94%) por una parte pública. Esta proporción se corresponde inversamente con la de la de los convocantes (los demandantes) según su naturaleza (como se verá más adelante), lo que es esperable ya que la mayoría de los demandantes son particulares.

Las demandas de reconvención de las partes públicas fueron: 1 en contra de una parte mixta (es decir, integrada por privados y públicos), 6 en contra de una parte pública y 94 en contra de particulares. Las demandas de reconvención de particulares fueron todas en contra de partes públicas.

El análisis de los laudos se hizo tomando como referencia solo la demanda principal y no se incluyeron datos respecto de las demandas en reconvención, con la finalidad de evitar que una misma decisión tuviera una doble representación. Un ejemplo, quizá sobresimplificado, permite ilustrar lo dicho: una entidad demanda a un particular alegando que este le debe dinero; a su vez, el particular contesta la demanda afirmando que no debe nada y formula demanda de reconvención para indicar que es la entidad quien le debe

[41] De acuerdo con el Diccionario panhispánico del español jurídico, la reconvención es una "*acción independiente ejercitada por el demandado en un proceso, frente al demandante, para que se sustancie en el mismo proceso y se decida en la misma sentencia que resolverá la demanda inicial. Debe hacerse en el escrito de contestación de la demanda y supone la ampliación del objeto procesal*".

[42] De acuerdo con el Diccionario panhispánico del español jurídico, la acumulación de procesos es la "*tramitación en un solo procedimiento de dos o más procesos compatibles que se iniciaron por separado y cuya acumulación obedece a razones de conexión que eviten el riesgo de sentencias contradictorias*".

dinero. En el laudo se determina que el particular debe dinero a la entidad. Si se tomaran en cuenta tanto la demanda principal como la de reconvención, el mismo litigio tendría una doble representación, pues al tiempo que indicaría que una entidad ganó como convocante y un particular perdió como convocado, también indicaría que un particular perdió como convocante y una entidad no perdió como convocada.

Respecto de los procesos acumulados solo se sumaron en la cuantía las pretensiones que estuvieran en el mismo extremo de la controversia que la primera demanda presentada, por los mismos motivos anotados en el párrafo anterior.

Todas las sumas de dinero están actualizadas a agosto de 2020; las de *cuantía* a partir del IPC del mes de la demanda y las de *condena, gastos y honorarios, y honorarios* a partir del IPC de la fecha del laudo.

2.2. Las partes

2.2.1. Los convocantes (los demandantes)

La mayoría de los tribunales fueron convocados por particulares. Esto es esperable, en alguna medida, por la posibilidad que tienen las entidades públicas de proferir actos administrativos, mediante los cuales pueden definir situaciones jurídicas que los privados solo pueden alcanzar con una decisión judicial. No obstante, dada la limitación que tradicionalmente se ha impuesto a la justicia arbitral para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos y el régimen contractual exceptuado de muchas entidades (en el que, por regla general, no pueden proferir actos administrativos), la anterior pareciera ser una explicación insuficiente (ver 1.3.2. y pie de página 32). La distribución de laudos según la naturaleza del convocante fue la siguiente:

Tabla 2-4: Composición de los convocantes por su naturaleza.

Naturaleza del convocante	**Número**	**Porcentaje**
Privada	325	75,23
Pública	104	24,07
Mixta	3	0,69
Total	432	100

Dada la heterogeneidad de los convocantes privados no resulta relevante su clasificación individual. De otra parte, hubo 56 partes convocantes conformadas por una o más entidades/empresas públicas. Aquellas que más demandaron –al menos dos veces–, fueron:

Tabla 2-5: Entidades/empresas públicas más veces convocantes.

Convocantes públicos	**Número de laudos**
Empresa de acueducto, agua y alcantarillado de Bogotá	15
Oleoducto central s.a.	5
Empresa de telecomunicaciones de Bogotá	4
Fondo financiero de proyectos de desarrollo	4
Isagén s.a. e.s.p.[43]	4
Banco de la República	3
Caja nacional de previsión social	3
Electrificadora de Santander s.a. e.s.p.	3
Telebucaramanga s.a. e.s.p.	3
Transportadora de gas del interior s.a. e.s.p.	3
Unidad administrativa especial de aeronáutica civil	3
EPM (UNE y aguas nacionales EPM)	3
Secretaría de educación distrital	2
Agencia nacional de infraestructura	2
Autoridad nacional de televisión	2
Banco agrario de Colombia	2
Comisión nacional de televisión	2
Departamento de Cundinamarca	2
Ecopetrol s.a.	2
Emtelco s.a.	2
Invías	2

La lista es coherente con el hecho de que el arbitraje sea un mecanismo de resolución de conflictos altamente costoso (como se verá el en el apartado de *gastos y honorarios*), ya

[43] Antes de su privatización.

que la mayoría de las entidades que demandaron son relativamente afluentes, están inscritas en una actividad económica concurrencial, y/o son del orden nacional.

2.2.2. Los convocados (los demandados)

Si la mayoría de los convocantes fueron particulares, correlativamente, la mayoría de los convocados fueron partes públicas. La distribución fue la siguiente:

Tabla 2-6: Composición de los convocados por su naturaleza.

Naturaleza de los convocados	Número	Porcentaje
Pública	345	79,86
Privada	84	19,44
Mixta	3	0,69
Total	432	100

Un hecho destacable es que, en 21 (4,86%) de los 432 laudos analizados tanto la parte convocante como convocada fueron entidades públicas. De nuevo, dada la heterogeneidad de los convocados privados resulta poco relevante su individualización. Por el contrario, hubo 118 partes convocadas formadas por una o más entidades/empresas públicas. Consideradas individualmente, las entidades que más fueron demandadas (al menos 3 veces) son:

Tabla 2-7: Entidades/empresas públicas más veces convocadas.

Parte pública convocada	# de laudos
Empresa de acueducto, agua y alcantarillado de Bogotá	37
Agencia nacional de infraestructura (2 veces como Inco)	36
Invías	23
Transmilenio	20
Instituto de desarrollo urbano	16
Autoridad nacional de televisión (incluida CNTV)	15
Empresa de telecomunicaciones de Bogotá	14
Fondo financiero de proyectos de desarrollo	10

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio	10
Caja nacional de previsión social	8
Unidad administrativa especial de servicios públicos	7
Refinería de Cartagena	6
Aeronáutica civil	6
Alcaldía de Bogotá	6
Ecopetrol s.a.	5
Patrimonio autónomo de asistencia técnica findeter	5
Telecom (en liquidación o como patrimonio autónomo de remanentes)	5
Banco agrario de Colombia	4
Corporación autónoma regional del río grande de la magdalena	4
Transportadora de gas internacional s.a. e.s.p.	4
Secretaría de educación distrital	4
Fondo financiero distrital de salud	4
Establecimiento público Aeropuerto Olaya Herrera	4
Ministerio de educación	4
EPM (incluye aguas nacionales EPM)	4
Banco de la República	3
Empresa colombiana de gas	3
Empresas públicas de Cundinamarca s.a. e.s.p.	3
Instituto colombiano de bienestar familiar	3
La previsora s.a. compañía de seguros	3
Ministerio de minas y energía	3
Unidad nacional de protección	3

.

Al igual que ocurre con los convocantes públicos, los convocados públicos son en su mayoría entidades afluentes, que participan en alguna actividad concurrencial (como las empresas de servicios públicos), y/o son entidades del orden nacional.

2.3. Los árbitros

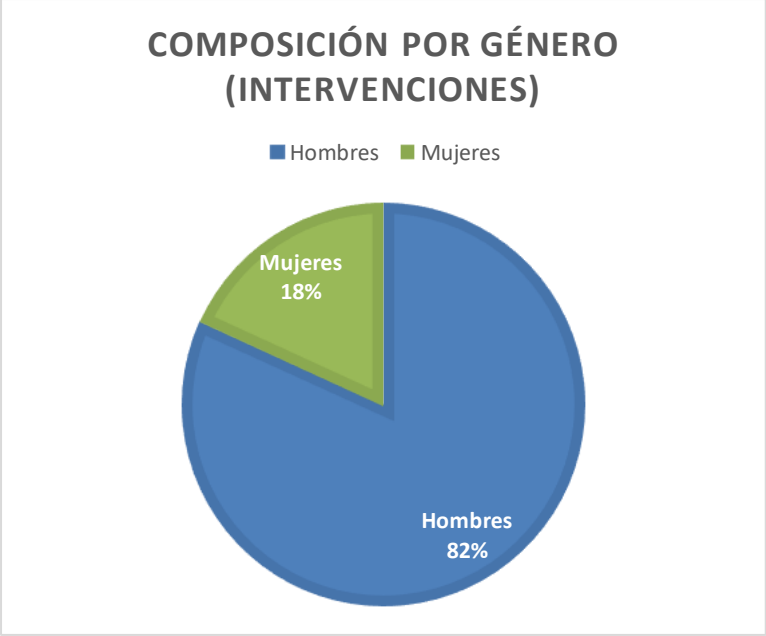
Para comprender cómo la subprofesión de árbitro se enmarca en el estado de la profesión jurídica en Colombia, resulta indispensable indagar por el género en la composición de los tribunales, la educación de pregrado de los árbitros y qué otras subprofesiones han ejercido.

De los 432 laudos analizados, 372 fueron decididos por tribunales de 3 árbitros (86,12%), y 60 por árbitros únicos (13,88%); en consecuencia, participaron en los laudos 1176 árbitros. Sin embargo, dado que los árbitros pueden participar en varios tribunales simultáneamente y en el tiempo, considerados como individuos intervinieron 415 en total.

2.3.1. Composición por género

De las 1176 intervenciones, 962 (81,87%) fueron masculinas y 214 femeninas (18,21%):

Gráfica 2-5: Composición por género de los árbitros por intervenciones.



La gráfica muestra una composición similar a la de las listas de árbitros de la CCB[44], es decir, en el paso que hay entre quienes pueden ser árbitros y quienes en efecto lo son la participación de las mujeres permanece minoritaria. Esta situación se verifica en todas las

[44] La lista A de la Cámara de Comercio de Bogotá está conformada por 424 árbitros, 87 mujeres y 337 hombres, 20,6% y 79,4%, respectivamente (Cámara de Comercio de Bogotá, 2020). La lista B tiene una distribución similar con 122 árbitros, 29 mujeres y 93 hombres, 23,8% y 76,2%, respectivamente (Cámara de Comercio de Bogotá, 2019).

formas de composición posible de un tribunal. En los tribunales de 3 árbitros (n372) solo hubo 1 compuesto únicamente por mujeres, a diferencia de 196 de conformación exclusivamente masculina:

Tabla 2-8: Composición de los tribunales según el género.

Composición por género de los tribunales	Número de tribunales	Porcentaje
Solo hombres	196	52,69
Solo mujeres[45]	1	0,27
Dos hombres y una mujer	156	41,93
Dos mujeres y un hombre	19	5,11
Total	372	100

Puede afirmarse entonces que arbitraje es una subprofesión afectada por el techo de cristal[46]: es una de las subprofesiones mejor remuneradas y formalmente no tiene requisitos de acceso diferentes para hombres y mujeres. No obstante, en la práctica, las posibilidades para las mujeres de ser árbitro son mucho menores, pese a ser el derecho una profesión feminizada.

En los laudos de árbitro único, la participación de las mujeres estuvo 10 puntos porcentuales por encima de las intervenciones en general, lo que no cambia el hecho de ser minoritaria. Esta mayor participación sería coherente con la hipótesis del techo de cristal ya que los árbitros únicos suelen tener una menor remuneración que aquellos de tribunales tripartitos. La distribución para 60 laudos de árbitro único fue la siguiente:

[45] Laudo de 9 de diciembre de 2009, Varela Fiholl & Compañía Ltda. y otras vs. Instituto Distrital para la Recreación y el Deporte IRDR. El laudo fue suscrito por Adelaida Ángel Zea, Sara Ordóñez Noriega y María Lugari Castrillón.

[46] De acuerdo con Bedoya Ceballos y García Villegas el derecho es una profesión feminizada en el sentido de que cada año se gradúan más mujeres que hombres y suele haber más mujeres en las entidades. “Sin embargo, esta mejora cuantitativa de las mujeres juristas no necesariamente implica que se haya democratizado la profesión, pues hay una clara segregación vertical de las mujeres en todas las subprofesiones estudiadas. Esto significa que existe una tendencia a que, mientras más alto sea el salario, menor sea la presencia femenina, cosa que ocurre tanto en el sector público como en el privado. Y, más aún, mientras más alta es la posición dentro de la jerarquía institucional, más notoria es la brecha salarial entre hombres y mujeres” (García Villegas & Ceballos Bedoya, La profesión jurídica en Colombia, 2019, págs. 210-211).

Tabla 2-9: Composición por género de los tribunales de árbitro único

Género árbitro único	Número de tribunales	Porcentaje
Hombre	43	71,66
Mujer	17	28,33
Total	60	100

2.3.2. Educación de los árbitros

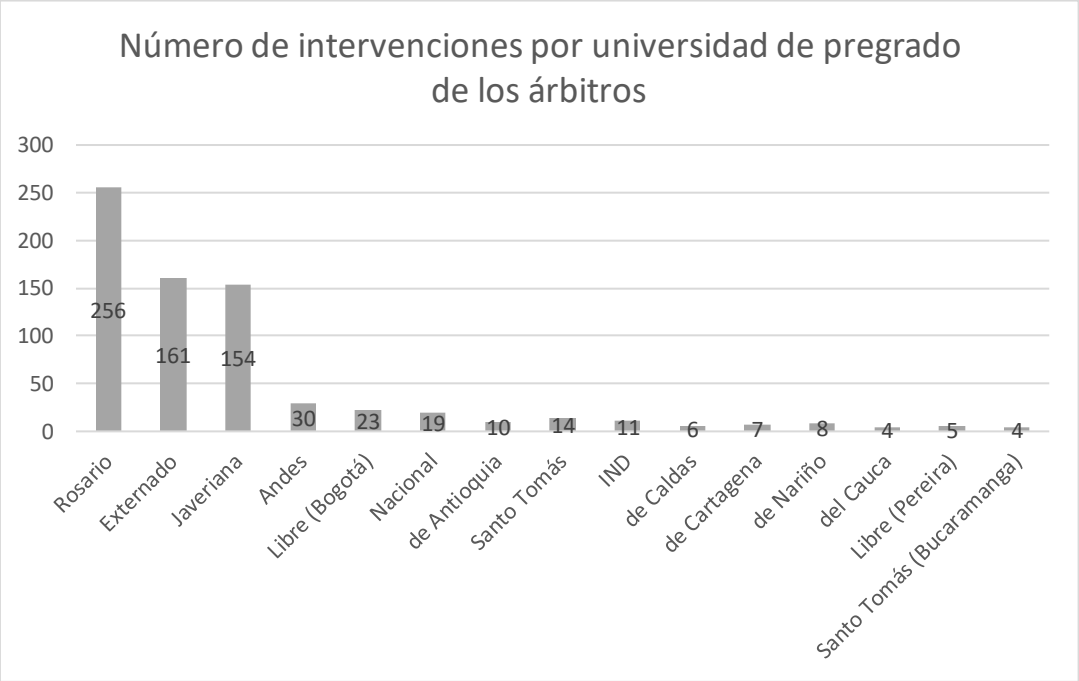
Se averiguó la universidad de pregrado de los árbitros que hubieran suscrito al menos 4 laudos en el periodo estudiado. De los 415 árbitros, 103 (24,82%) cumplieron la anterior condición, con un total de 712 participaciones, lo que equivale al 60,54% del total de las intervenciones (recuérdese que hubo 1176). La mayoría de los árbitros provienen de 15 universidades, la mayoría privadas, de alto costo y ubicadas en Bogotá:

Tabla 2-10: Universidades de pregrado de los árbitros.

Universidad	Naturaleza	Lugar	# árbitros	# procesos	media
Rosario	Privada	Bogotá	35	256	7,3
Externado	Privada	Bogotá	23	161	7
Javeriana	Privada	Bogotá	22	154	7
Andes	Privada	Bogotá	5	30	6
Libre (Bogotá)	Privada	Bogotá	3	23	7,67
Nacional	Pública	Bogotá	3	19	6,33
de Antioquia	Pública	Medellín	2	10	5
Santo Tomás	Privada	Bogotá	2	14	7
IND	-	-	2	11	5,5
de Caldas	Pública	Manizales	1	6	6
de Cartagena	Pública	Cartagena	1	7	7
de Nariño	Pública	Pasto	1	8	8
del Cauca	Pública	Popayán	1	4	4
Libre (Pereira)	Privada	Pereira	1	5	5
Santo Tomás (B/manga)	Privada	B/manga	1	4	4
15			**103**	**712**	

En la submuestra se destacan 3 universidades: el Rosario, el Externado y la Javeriana (de Bogotá). En conjunto, los egresados de estas instituciones —privadas, de alto costo y ubicadas en Bogotá— agotan casi la totalidad de la muestra, sea que se tome en consideración a los individuos 79,6% (80/103), sea que se mida por el número de intervenciones 80,2% (571/712):

Gráfica 2-6: Número de participaciones según la universidad de pregrado.



Si bien de las 15 universidades enlistadas, 8 son privadas (53,33%), 6 públicas (40%) y de 2 árbitros se desconoce su universidad de pregrado, la diferencia es muy significativa cuando se pondera por el número de árbitros y el número de procesos:

Tabla 2-11: Participación de las universidades según su naturaleza.

Naturaleza	Número	Porcentaje	Árbitros	Porcentaje 2	Procesos	Porcentaje 3
Privada	8	53,33	92	89,32	647	90,87
Pública	6	40	9	8,74	54	7,58
Ind	1	6,67	2	1,94	11	1,54

Lo mismo ocurriría si se ponderara el número de árbitros y de procesos por la ubicación de las universidades (Bogotá-provincia). Alguien podría afirmar que es lógico que en los laudos proferidos en la CCB sean en su mayoría egresados de universidades bogotanas

quienes participan de las decisiones. Sin embargo, según se dijo más arriba, a 2016 la CCB conocía del 82% del valor de las pretensiones del arbitraje con participación de entidades públicas a nivel nacional, y, además, de la lista de entidades que más participan se evidencia que se deciden asuntos de que trascienden el interés bogotano.

2.3.3. Subprofesiones de los árbitros

Respecto de los 103 árbitros que participaron en al menos 4 laudos, se averiguó qué otras subprofesiones jurídicas ejercían o habían ejercido. Las subprofesiones tenidas en cuenta fueron: i) magistrado de Alta Corte, ii) litigante; iii) propietario de firma; iv) profesor; v) vinculación con el sector público (excluida la alta magistratura, pero incluyendo, por ejemplo, la calidad de jueces y magistrados de tribunales, la representación judicial de, y asesorías externas a, entidades públicas).

Para el anterior propósito, la información fue obtenida principalmente de los perfiles publicados por la CCB. También se utilizaron otras fuentes como archivos de periódicos, hojas de vida en portales universitarios, o la información de sitios web de firmas de abogados.

El ejercicio de alguna subprofesión se contabilizó con la variable *sí*, al tiempo que, de no encontrar información al respecto se indicó *no reporta*. La distribución fue la siguiente:

Tabla 2-12: Subprofesiones que han ejercido los árbitros.

Subprofesión	Sí	Porcentaje	No reporta	Porcentaje2
Profesor	95	92,23	8	7,77
Litigio	93	90,29	10	9,71
Sector público	71	68,93	32	31,07
Firma	57	54,37	47	45,63

Se destaca que en la submuestra (n103) hay 32 árbitros (31,07%) que han ejercido las 4 subprofesiones anteriores. Además, para cada subprofesión hay porcentajes altos, especialmente en el caso de los profesores y los litigantes; de hecho, 87 (84,45%) árbitros cumplieron con esa doble condición, situación que refleja bien una de las características

ya indicada sobre la profesión jurídica en Colombia: "*la posición preponderante de los litigantes en todas las subprofesiones jurídicas*" (García Villegas & Ceballos Bedoya, 2019, pág. 197) que tiene origen, a su vez, en la adopción de valores propios de un modelo anglosajón (*common law)* que privilegia el saber práctico sobre el saber teórico, en detrimento de los modelos tradicionales/continentales de producción de conocimiento en los que el aislamiento suponía una garantía de imparcialidad (Bancaud & Dezalay, Vol. 12, n°2, 1994) (Dezalay & Trubek, 1994).

En relación con la alta magistratura, se tomó en cuenta si los árbitros habían sido (o son) magistrados del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional o del Consejo Superior de la Judicatura. En la submuestra 27 árbitros (26,21%) cumplieron con la anterior condición. Por la especialidad (controversias contractuales del contrato estatal) el Consejo de Estado fue la Alta Corte con mayor representación:

Tabla 2-13: Altas Magistraturas que han ocupado los árbitros.

Alta Corte	**# de árbitros**	**Porcentaje**	**# de decisiones**	**Porcentaje2**	**Promedio**
Consejo de Estado	14	51,85	93	51,67	6,64
Corte Suprema de Justicia	7	25,93	46	25,56	6,57
Corte Constitucional	5	18,52	37	20,56	7,4
C.S. de la Judicatura	1	3,7	4	2,22	4
Total	27	100	180	100	6,67

Conviene hacer dos precisiones respecto de los anteriores valores. De un lado, algunos de los contabilizados son actualmente magistrados; es decir, tienen una trayectoria inversa a la esperable: fueron primero árbitros y posteriormente magistrados. Este paso invertido puede verse como una prueba de la importancia y visibilidad que ha adquirido el arbitraje en los últimos años. De hecho, no es exagerado afirmar que cada vez es menos frecuente que casos relevantes a nivel nacional (por impacto y cuantía) sean decididos por el Consejo de Estado, con lo cual, este verá reducida su actividad al menos en materia contractual (como ya pasa) a la creación de reglas jurisprudenciales en casos de poca visibilidad. Adicionalmente, hubo dos árbitros que pertenecieron a más de una Alta Corte, caso en el cual solo se contabilizó su participación en la primera a la que hubieran

pertenecido. A continuación, se indican quiénes son los magistrados con las características indicadas:

- Jorge Enrique Ibáñez Najar suscribió 18 laudos en el periodo analizado, algunos tan relevantes como el de la Concesionaria Ruta del Sol contra la Agencia Nacional de Infraestructura, antes de ser elegido magistrado de la Corte Constitucional a finales de 2020.
- Martín Bermúdez Muñoz fue árbitro 8 veces en el período analizado, antes de ser escogido como Consejero de Estado a finales de 2018.
- José Alejandro Bonivento Fernández fue árbitro 7 veces en el período analizado. Con anterioridad había sido magistrado del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura.
- Hernando Yepes Arcila fue árbitro 6 veces en el periodo analizado. Con anterioridad había sido magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura.

2.3.3.1. Los primeros diez árbitros

Desde un punto de vista cualitativo, a continuación, se desarrollan los puntos en común los primeros diez árbitros en relación con las variables analizadas:

Tabla 2-14: Subprofesiones que han ejercido los diez primeros árbitros

	ÁRBITRO	**Género**	**Número de procesos**	**Universidad**	**Alta magistratura**	**Litigio**	**Firma**	**Profesor**	**Sector público**
1	Juan Pablo Cárdenas Mejía	M	31	Rosario	No	**Sí**	*Nr*	**Sí**	**Sí**
2	Antonio Pabón Santander	M	19	Javeriana	No	**Sí**	**Sí**	**Sí**	*Nr*
3	Jorge Enrique Ibáñez Najar	M	18	Javeriana	**CC**	**Sí**	**Sí**	**Sí**	**Sí**
4	William Namén Vargas	M	16	Externado	**CSJ**	**Sí**	*Nr*	**Sí**	*Nr*
5	David Luna Bisbal	M	14	Rosario	No	*Nr*	Nr	**Sí**	**Sí**
6	Hernando Herrera Mercado	M	13	Rosario	No	**Sí**	**Sí**	**Sí**	**Sí**
7	Saúl Flórez Enciso	M	13	Externado	No	**Sí**	*Nr*	**Sí**	*Nr*

8	Carmenza Mejía Martínez	F	12	Rosario	No	**Sí**	**Sí**	**Sí**	*Nr*
9	William Barrera Muñoz	M	12	Javeriana	No	**Sí**	**Sí**	**Sí**	**Sí**
10	Consuelo H. Sarria Olcos	F	11	Rosario	**CdeE**	**Sí**	*Nr*	**Sí**	**Sí**
10	Fernando Sarmiento Cifuentes	M	11	Libre (Bogotá)	No	**Sí**	*Nr*	**Sí**	**Sí**
10	Jorge Pinzón Sánchez	M	11	Javeriana	No	**Sí**	**Sí**	**Sí**	**Sí**
10	Jorge Suescún Melo	M	11	Rosario	No	**Sí**	**Sí**	**Sí**	*Nr*

La tabla reitera las consideraciones hechas en el apartado anterior: todos provienen de universidades privadas de alto costo ubicadas en Bogotá y en la lista solo hay una mujer (7,7%). Todos han sido o son profesores, el 92,3% litigantes, el 61,54% reportó algún paso por el sector público, y el 53,84% tienen o han tenido una firma. El caso de las firmas es especialmente llamativo, pues es una estructura que puede permanecer en el tiempo incluso en ausencia de su fundador, mientras este realiza un paso por el sector público.

Desde un punto de vista cualitativo, las trayectorias de los primeros tres en la lista pueden describirse más o menos de esta manera:

- Juan Pablo Cárdenas Mejía egresó de la Universidad del Rosario y posteriormente realizó un *DSU Droit Civil* en la Universidad de París 2. Ha sido la mayor parte del tiempo abogado independiente, como litigante y consultor. Trabajó como asesor jurídico y secretario jurídico de la Presidencia de César Gaviria, y como Asesor, Jefe de División y Secretario General de la Comisión Jurídica de Valores. Ha sido profesor del Rosario, la Javeriana y el Externado, y ha publicado por lo menos diez libros de diversos temas. Es árbitro en la Cámara de Comercio de Barranquilla, de Cali, de Medellín, de la Sociedad Colombiana de Ingenieros y de la Superintendencia de Sociedades.
- Antonio Pabón Santander egresó de la Universidad Javeriana y posteriormente hizo una especialización y una maestría en Derecho de Seguros, y una especialización en responsabilidad y daño resarcible. Se ha desempeñado principalmente como litigante y asesor, y es socio de la firma Pabón Abogados. Es profesor de posgrado en las Universidades del Rosario, de los Andes, de la Sabana y de Manizales. Además, es árbitro de la Cámaras de Comercio de Medellín, Cali e Ibagué, y de la Sociedad Colombiana de Ingenieros. En el período analizado, además de los 19 arbitrajes, fue secretario 13 veces.

- Jorge Enrique Ibáñez Najar es abogado y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Javeriana. Posteriormente hizo una maestría y un doctorado en la Universidad Alfonso X El Sabio. Antes de ser abogado fue concejal de Tunja por las juventudes conservadoras. Trabajó en el Banco de la República, hasta ser Director Jurídico. Posteriormente asesoró a la Constituyente de 1991, tras lo cual tuvo su oficina de abogados desde donde litigaba y asesoraba a clientes. Fue asesor de los ministerios de Interior y de Justicia en el gobierno de Andrés Pastrana, de la Procuraduría de Alejandro Ordóñez, y de Planeación Nacional. Previo a su elección como magistrado, había sido candidato al Consejo de Estado y a la Corte Constitucional. Ha sido profesor en la Universidad Javeriana, el Rosario y la Sergio Arboleda, y ha publicado, por lo menos, 30 libros. Antes de ser magistrado era árbitro, también, en las Cámaras de Comercio de Cali y Barranquilla.

Las trayectorias descritas importan menos desde el punto de vista personal que desde una perspectiva institucional y su efecto acumulativo. Estas circulaciones público-privadas frecuentes, ancladas a perfiles académicos, pueden problematizarse desde dos ópticas. En primer lugar, ejemplifican el cambio en el modo de producción y difusión de la doctrina, de un "*modelo tradicional, marcado por una división profesional rígida y dominada por un cuerpo de profesores permanentes y distantes de la práctica*" a *"un sistema de inspiración más anglo-sajona, caracerizado por la movilidad profesional y la revalorización de los practicantes (practiciens)*", lo que socava *"la autonomía y el prestigio de las facultades* [y] *permite a las firmas de abogados ocupar una posición central en el campo del derecho científico (savant), al agrupar a su alrededor profesores universitarios-litigantes (practiciens)"* (Bancaud & Dezalay, Vol. 12, n°2, 1994, pág. 204). En este contexto la doctrina tradicional se ve reemplazada por una de "*pequeñas consultas*", "*consultas para respaldar una tesis*," en una literatura que ha sido calificada como de "*efímera e incluso de promocional*" (Bancaud & Dezalay, Vol. 12, n°2, 1994). Es posible pensar que existen incentivos para que quienes participan de la actividad arbitral elaboren una doctrina pro arbitral: ampliación de la arbitrabilidad, no imposición de límites al número de procesos, oposición a reformas que puedan disminuir los honorarios, *etc.*

En segundo lugar, el valor del conocimiento especializado puede verse disminuido al adquirir más importancia el establecimiento de redes profesionales y sociales; lo anterior viene dado por la posibilidad que tienen los abogados de servir como grupo *bisagra* entre

lo público y lo privado gracias a su fluidez de título. Los anteriores conceptos serán desarrollados en el siguiente capítulo una vez analizadas las demás variables estudiadas.

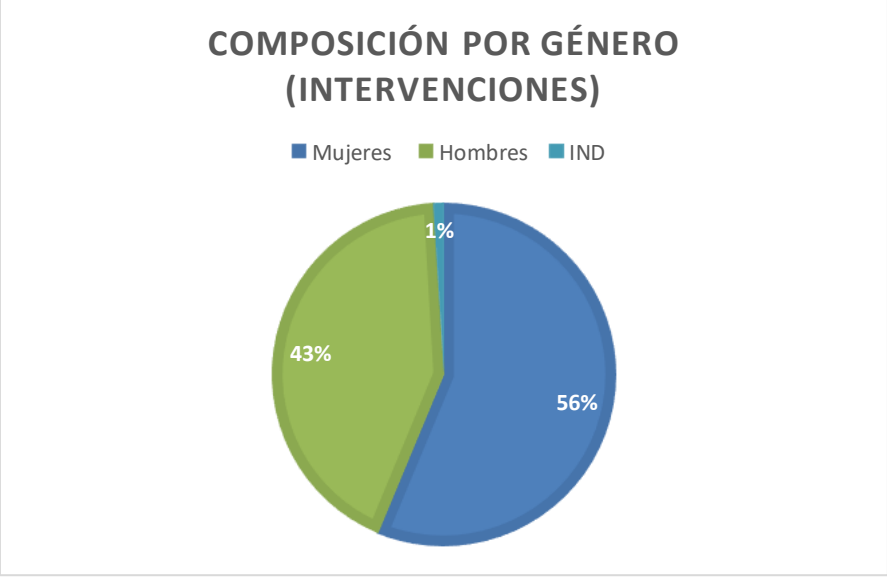
2.4. Los secretarios

2.4.1. Composición por género

Dado que solo hay un secretario por tribunal, para 432 laudos analizados hubo el mismo número de secretarios. Como los secretarios pueden participar en varios tribunales en el tiempo y a la vez, considerados como individuos participaron 38 hombres (52,78%) y 33 mujeres (45,83%). Hubo, además, un valor indeterminado correspondiente a los laudos en los que no se dejó constancia de quién había sido el secretario.

Desde el punto de vista de las intervenciones, 243 (56,25%) fueron mujeres, 185 hombres (42,82%) y en 4 oportunidades no se dejó constancia (0,93%):

Gráfica 2-7: Género de los secretarios por número de intervenciones.



Contrario a lo ocurrido en la composición por género de los árbitros, en donde todas las formas de tribunal posible eran mayoritariamente masculinas, para el caso de los secretarios hubo una composición más paritaria, llegando incluso a haber más

intervenciones femeninas. Lo anterior es otra comprobación del techo de cristal en el arbitraje, en tanto los secretarios ganan la mitad de los honorarios de los árbitros.

2.4.2. Educación de los secretarios

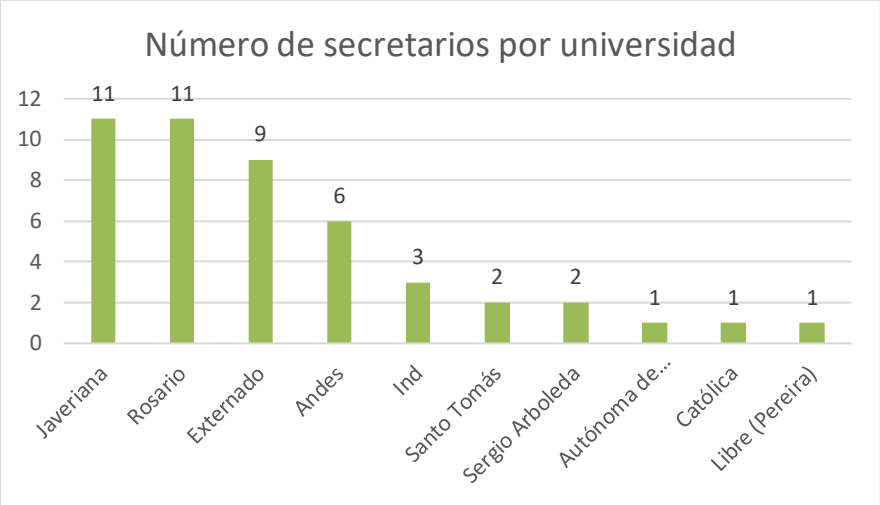
Se tomó como submuestra los secretarios que participaron en al menos dos laudos. 47 individuos fueron secretarios en 404 laudos (casi la totalidad de la muestra n432), egresaron de 9 universidades, todas privadas, la mayoría de alto costo y ubicadas en Bogotá. De tres secretarios se desconoce su universidad de pregrado. La distribución fue la siguiente:

Tabla 2-15: Universidades de pregrado de los secretarios.

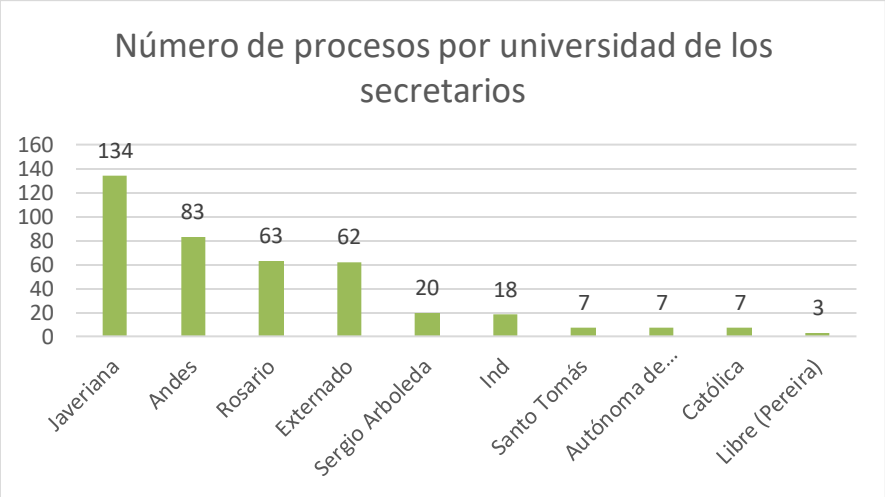
Universidades	**Naturaleza**	**Lugar**	**# secretarios**	**# procesos**
Javeriana	Privada	Bogotá	11	134
Rosario	Privada	Bogotá	11	63
Externado	Privada	Bogotá	9	62
Andes	Privada	Bogotá	6	83
Indeterminada	-	-	3	18
Santo Tomás	Privada	Bogotá	2	7
Sergio Arboleda	Privada	Bogotá	2	20
Autónoma de Bucaramanga	Privada	Bucaramanga	1	7
Católica	Privada	Bogotá	1	7
Libre (Pereira)	Privada	Pereira	1	3
Total			47	404

En la submuestra (n404) se destacan 4 universidades: la Javeriana (de Bogotá), el Rosario, el Externado y los Andes. En conjunto, los egresados de estas instituciones —privadas, de alto costo y ubicadas en Bogotá— agotan casi la totalidad de la muestra, sea que se tome en consideración a los individuos 78,7% (37/47), sea que se mida por el número de intervenciones 84,6% (342/404). Gráficamente la representación es la siguiente:

Gráfica 2-8: Número de secretarios según su universidad de pregrado.



Gráfica 2-9: Número de procesos según la universidad de pregrado de los secretarios.



Aunque en un orden diferente, las cuatro primeras posiciones las siguen ocupando las mismas universidades que en el caso de los árbitros.

2.4.3. Subprofesiones de los secretarios

Respecto de los 47 secretarios que participaron en al menos 2 laudos, se averiguó qué otras subprofesiones jurídicas ejercían o habían ejercido, con exclusión de la alta magistratura. Debido a su menor visibilidad pública existe menos información disponible, por lo que podría pensarse que los datos están subrepresentados:

Tabla 2-16: Subprofesiones que han ejercido los secretarios.

Subprofesión	Sí	Porcentaje	*Nr*	Porcentaje2
Profesor	27	57,45	20	42,55
Litigio	46	97,87	1	2,13
Sector público	19	40,43	28	59,57
Firma	24	51,06	23	48,94

Al igual que ocurre con los árbitros, el litigio es transversal a los secretarios y la docencia tiene un porcentaje elevado. Por su parte, las firmas también pueden considerarse como un porcentaje elevado, por las características reseñadas sobre su vocación de permanencia.

2.5. Gastos y honorarios

2.5.1. Gastos de funcionamiento de los tribunales.

El arbitraje probablemente sea el mecanismo alternativo de solución de conflictos más costoso[47] y, por tanto, más rentable para quienes toman parte en esta actividad (bien sea como árbitros, secretarios, apoderados de las partes o centros de arbitraje). Este hecho,

[47] Hay quienes consideran que la clasificación del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos es equivocada, dado su carácter jurisdiccional heterocompositivo con posibilidad incluso de medidas cautelares.

en conjunto con las universidades de pregrado de los árbitros, es un claro ejemplo del "*apartheid poroso de clases sociales que atraviesa toda la profesión, desde la educación hasta el ejercicio profesional*" (García Villegas & Ceballos Bedoya, La profesión jurídica en Colombia, 2019, pág. 197).

Se identificaron en los laudos los gastos de funcionamiento de los tribunales, lo que incluye: la tarifa de la CCB, los gastos de protocolización, los honorarios de los árbitros, los honorarios del secretario y el impuesto al valor agregado. No se tuvieron en cuenta valores que pudieran ser contingentes a los procesos, como los peritajes o conceptos, por estar sujetos a la voluntad de las partes.

No todos los laudos reportaron los gastos de funcionamiento del tribunal, lo que dificulta el acceso a información de interés público[48]. Esta variable se pudo verificar en 209 laudos (48,38% de n432). Los valores fueron actualizados a agosto de 2020. La suma de la muestra fue $168.142'450.133, con una media de $804'509.331 y una mediana de $211'876.992. La distribución por años es la siguiente:

Tabla 2-17: Gastos y honorarios de los tribunales arbitrales en el tiempo.

Año	# Laudos	Valor actualizado	Media	Mediana
2005	4	$ 162.363.459	$ 40.590.865	$ 20.881.463
2006	7	$ 1.824.923.499	$ 260.703.357	$ 177.521.699
2007	12	$ 4.526.821.038	$ 377.235.087	$ 130.162.395
2008	11	$ 5.511.082.643	$ 501.007.513	$ 201.674.871
2009	13	$ 5.402.270.522	$ 415.559.271	$ 288.046.235
2010	12	$ 7.745.399.971	$ 645.449.998	$ 269.361.335
2011	6	$ 4.832.624.987	$ 805.437.498	$ 581.616.856
2012	6	$ 7.492.597.400	$ 1.248.766.233	$ 480.501.887
2013	13	$ 10.528.324.887	$ 809.871.145	$ 43.815.427
2014	17	$ 21.483.277.467	$ 1.263.722.204	$ 434.449.817
2015	12	$ 14.189.380.375	$ 1.182.448.365	$ 358.753.780
2016	20	$ 21.116.932.366	$ 1.055.846.618	$ 318.133.404
2017	18	$ 17.774.261.607	$ 987.458.978	$ 261.432.341
2018	32	$ 22.916.022.978	$ 716.125.718	$ 214.667.906

[48] Si bien a través de derechos de petición sería posible revisar en los expedientes el auto de fijación de gastos y honorarios, sería mucho más transparente el desglose de estos conceptos en el laudo.

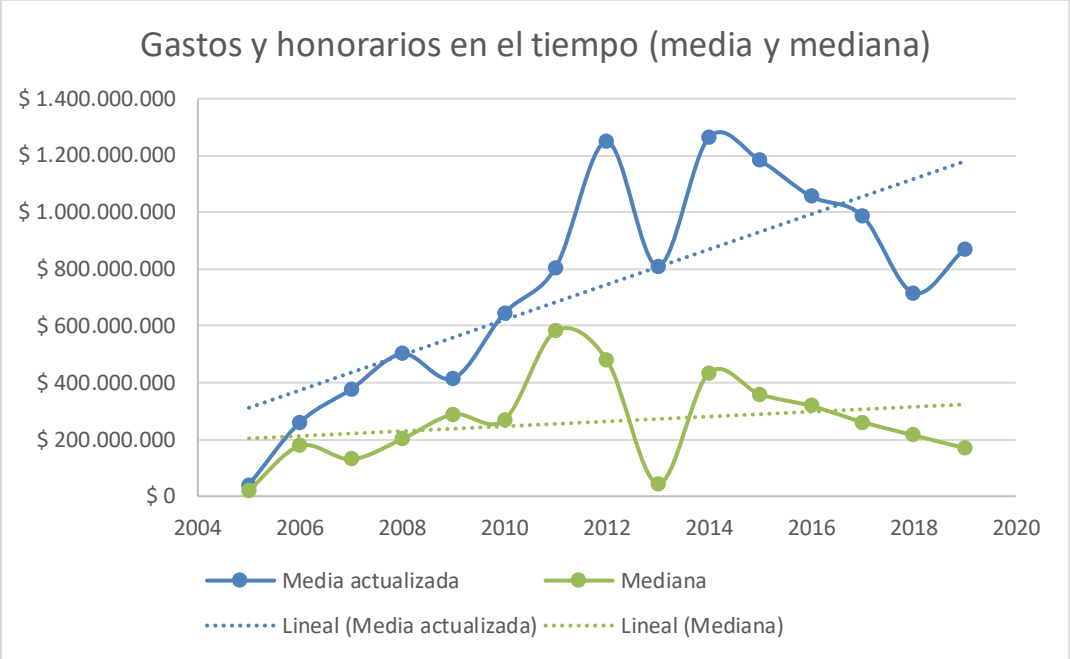
2019	26	$ 22.636.166.933	$ 870.621.805	$ 169.933.708
Total	209	$ 168.142.450.133		

En términos totales por año, gráficamente se puede observar que desde 2005 existe una tendencia creciente en el valor de lo pagado por gastos y honorarios:

Gráfica 2-10: Evolución en el tiempo del total de gastos y honorarios.

La gráfica anterior es un resultado esperable si se tiene en cuenta el aumento del número laudos en el paso del tiempo. Más útil resulta entonces el punto de vista de la media y la mediana:

Gráfica 2-11: Media y mediana de los gastos y honorarios en el tiempo.



La gráfica muestra una tendencia moderada al aumento para la mediana y muy pronunciada para la media, lo que puede leerse de la siguiente manera: el crecimiento de los gastos y honorarios como una consecuencia directa del aumento de las cuantías en disputa en los procesos (hecho que se verificará más adelante), marcado especialmente por la aparición de algunas cuantías astronómicas (lo que explica la diferencia entre la media y la mediana). Podría pensarse que el hecho de que los procesos de cuantías más elevadas vayan a arbitraje y no a la jurisdicción de lo contencioso administrativo no explica completamente la situación; es probable que exista, además, una suerte de hiperinflación de las pretensiones, es decir, una tendencia a pedir muchísimo más para que, con lo reconocido, la parte convocante satisfaga su verdadera pretensión.

Por último, puede destacarse el hecho de que los 30 procesos con gastos y honorarios más elevados, es decir, el 14,35% de n209, sumaron $102.608’877.048, lo que representa el 61,02% del total de la submuestra y jalona en los términos expuestos anteriormente el crecimiento de la media.

2.5.2. Honorarios de los árbitros

Se averiguó la remuneración que recibieron los árbitros por su trabajo; sin embargo, los laudos que registraron los honorarios no coinciden exactamente con aquellos que incluyeron gastos y honorarios. Los primeros pudieron ser determinados en ocasiones a partir de la transcripción del pacto arbitral o de su utilización como medida para fijar las agencias en derecho. Para esta variable no se tuvo en cuenta el impuesto al valor agregado, ya que lo que interesaba saber era la remuneración de la subprofesión y no el costo que debían asumir las partes del proceso.

Fue posible determinar la variable en 152 laudos, lo que corresponde al 35,18% de la muestra (n432), de los cuales 122 eran tribunales de 3 árbitros y el restante (30) de árbitro único. El total de los honorarios por árbitro[49] sumó $28.973’286.307, con una media de $190’613.726 y una mediana de $45’832.303.

En los tribunales de árbitro único, 30 laudos corresponden al 50% del total de laudos así proferidos en la muestra (n60). Estos casos son los de cuantías más pequeñas. Los honorarios sumaron $1.125’086.533, con una media de $37’502.884 y una mediana de $11’151.097.

Los 122 tribunales plurales corresponden al 32,8% de la muestra (n372). Tomados en consideración los honorarios de los 3 árbitros, es decir, 366 intervenciones, por este concepto se pagaron $83.544’599.323, lo que desde el punto de vista individual corresponde a $27.848’199.774, con una media de $228’263.933 y una mediana de $64’055.149, aproximadamente 6 veces los valores de árbitro único.

Aun cuando se trata de una muestra más pequeña que la de gastos y honorarios, la remuneración de los árbitros año a año, desde el punto de vista individual, permite ver algunas tendencias:

Tabla 2-18: Honorarios de los árbitros en el tiempo.

[49] Esto es, la suma de todos los honorarios sin multiplicar por tres en el caso de los tribunales tripartitos.

Año	# Laudos	Valor actualizado	Media	Mediana
2005	2	$ 10.030.048	$ 5.015.024	$ 5.015.024
2006	2	$ 338.830.946	$ 169.415.473	$ 169.415.473
2007	9	$ 476.839.102	$ 52.982.122	$ 24.580.796
2008	7	$ 866.829.087	$ 123.832.727	$ 36.651.244
2009	11	$ 1.082.584.888	$ 98.416.808	$ 39.696.316
2010	7	$ 1.481.166.620	$ 211.595.231	$ 184.601.207
2011	6	$ 1.016.639.156	$ 169.439.859	$ 122.779.030
2012	5	$ 1.590.951.908	$ 318.190.382	$ 6.454.353
2013	10	$ 1.500.020.446	$ 150.002.045	$ 14.513.113
2014	15	$ 3.313.760.133	$ 220.917.342	$ 106.104.644
2015	12	$ 3.059.235.138	$ 254.936.262	$ 79.290.789
2016	15	$ 2.766.170.992	$ 184.411.399	$ 64.789.149
2017	11	$ 2.768.839.617	$ 251.712.692	$ 55.638.629
2018	23	$ 4.143.636.118	$ 180.158.092	$ 56.562.453
2019	17	$ 4.557.752.106	$ 268.103.065	$ 60.646.094
Total	152	$ 28.973.286.307		

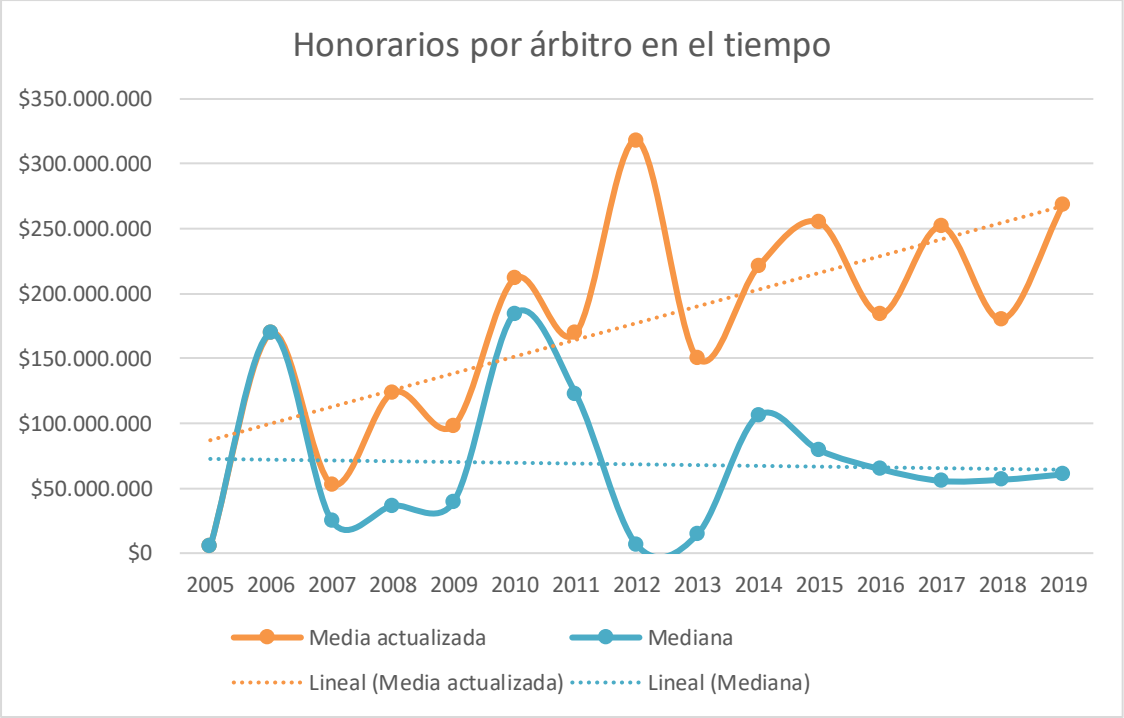
Gráficamente los valores de la tabla se aprecian mejor:

Gráfica 2-12: Valor total de los honorarios en el tiempo.

La gráfica anterior es un resultado esperable si se tiene en cuenta el aumento del número laudos en el paso del tiempo; en todo caso, la tendencia creciente permite afirmar que con el tiempo más recursos económicos se dirigieron al arbitraje, por lo que año tras año se

hacía un segmento más atractivo de la profesión (económicamente hablando). Desde el punto de vista de la media y la mediana la gráfica es la siguiente:

Gráfica 2-13: Honorarios por árbitro en el tiempo.



La mediana muestra una tendencia ligeramente decreciente, lo que se contradice con la mediana de los gastos y honorarios. Esto puede deberse a dos motivos: i) al tener menos datos disponibles sobre los honorarios de los árbitros se genera un resultado menos confiable que aquel de los gastos y honorarios de los tribunales, y/o; ii) los gastos de la CCB han aumentado más rápido que los honorarios arbitrales, lo que explicaría que la tendencia de la mediana en el apartado anterior fuera ascendente.

Por su parte la media tiene un aumento muy pronunciado que se explica, nuevamente, por la aparición de unos pocos casos con altísimas cuantías. En efecto, los 20 casos con los honorarios más altos (13,26% de n152) sumaron $16.204’455.893, lo que representa el 55,93% del total. En estos procesos, cada árbitro recibió una suma entre $570’917.152 y $1.532’643.391.

2.6. Cuantías de las demandas

En el análisis de los laudos se recopiló la información relativa a las cuantías de las demandas, entendida como la suma de pretensiones de la demanda principal[50] y, de no ser posible, de su estimación razonada en el juramento estimatorio. Esta variable no pudo ser verificada en todos los laudos ya que varias demandas tenían pretensiones indeterminadas, al tiempo que otras, una minoría, contenían pretensiones relativas a obligaciones de hacer, no hacer o en especie, como es el caso de la interpretación del contrato.

2.6.1. Cuantías parte pública convocante

De los 82 procesos en que una entidad pública demandó a un privado se pudo establecer la cuantía en 56, esto es, el 68,29%. La suma de todas las pretensiones fue $3.011.420'322.505, con una media de $53.775'362.902 y una mediana de $3.433'884.917. Los valores por año son:

Tabla 2-19: Cuantías de las demandas en el tiempo convocantes públicos.

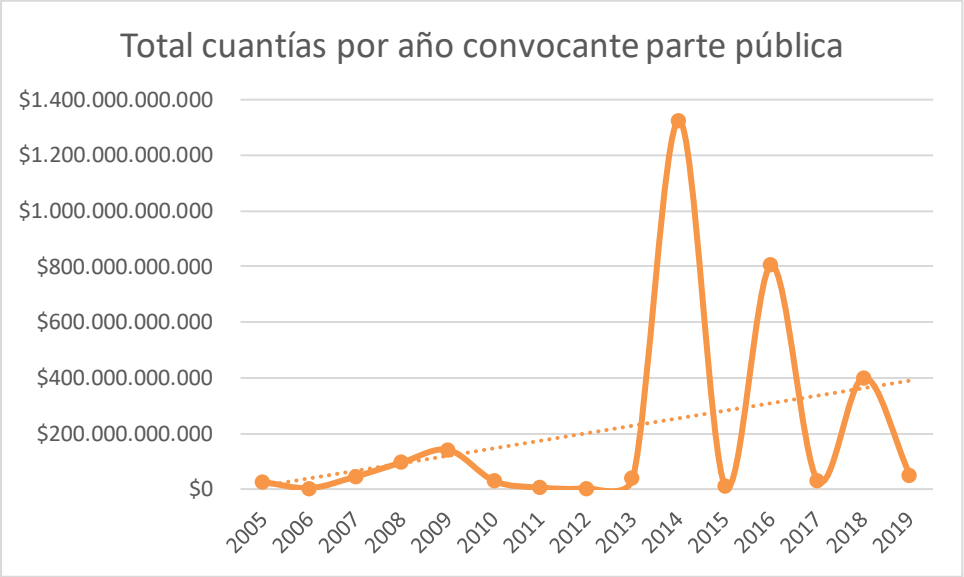
Año	Número de laudos	Cuantía	Media	Mediana
2005	3	$ 25.057.879.347	$ 8.352.626.449	$ 1.162.310.645
2006	1	$ 3.471.120.712	$ 3.471.120.712	$ 3.471.120.712
2007	5	$ 45.198.655.253	$ 9.039.731.051	$ 11.204.256.159
2008	3	$ 95.833.320.816	$ 31.944.440.272	$ 33.600.706.469
2009	4	$ 140.635.978.586	$ 35.158.994.647	$ 32.675.870.975
2010	4	$ 28.608.142.694	$ 7.152.035.673	$ 9.202.501.604
2011	3	$ 5.136.975.834	$ 1.712.325.278	$ 1.841.276.937
2012	3	$ 3.680.329.044	$ 1.226.776.348	$ 267.017.743
2013	7	$ 40.536.370.610	$ 5.790.910.087	$ 701.141.282
2014	2	$ 1.326.017.797.089	$ 663.008.898.544	$ 663.008.898.544
2015	2	$ 10.279.189.438	$ 5.139.594.719	$ 5.139.594.719
2016	4	$ 805.055.504.616	$ 201.263.876.154	$ 32.879.656.568
2017	4	$ 31.007.991.123	$ 7.751.997.781	$ 6.508.615.060

[50] Incluido el valor de las demandas acumuladas, siempre que estuvieran en el mismo extremo de la demanda principal (entendida como la primera demanda presentada).

2018	6	$ 401.384.970.131	$ 66.897.495.022	$ 5.676.786.536
2019	5	$ 49.516.097.213	$ 9.903.219.443	$ 1.700.545.895
Total	**56**	**$ 3.011.420.322.505**		

Los valores anualizados tienen una tendencia ascendente, en medio de variaciones muy pronunciadas, como se ve en la gráfica a continuación:

Gráfica 2-14: Total de las cuantías por año de los convocantes públicos.

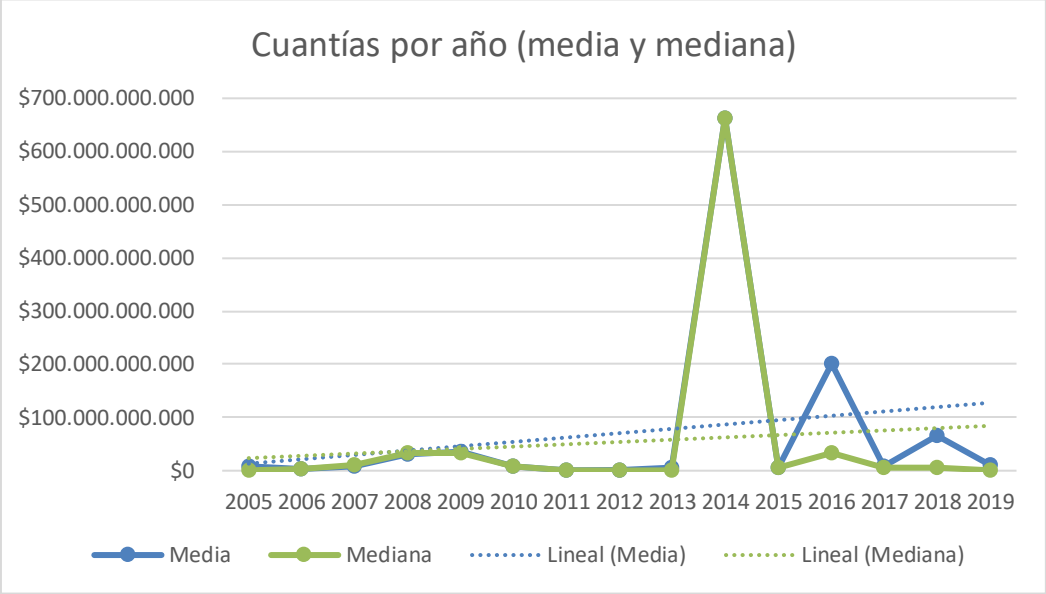


Aun eliminando el dato más atípico de todos[51], la gráfica tendría una apariencia similar, con grandes picos. En 10 de los 15 años estudiados la suma de las cuantías de las demandas de las entidades públicas no supera los $50.000.000.000.

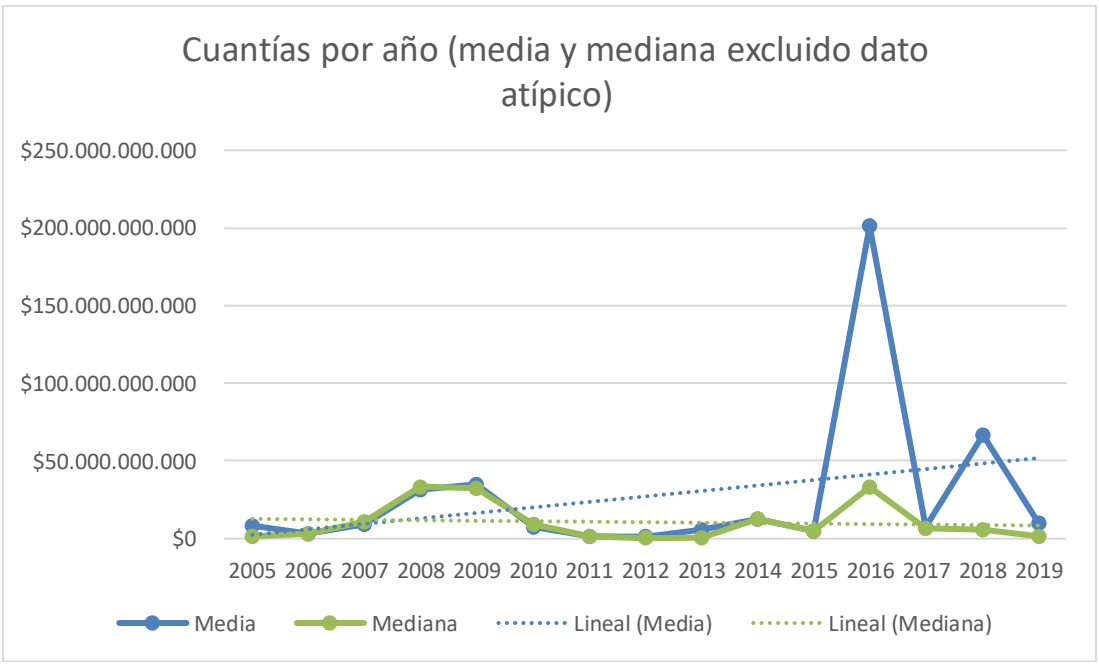
Desde el punto de vista de la media y la mediana pueden hacerse idénticas consideraciones: tendencia creciente en medio de variaciones muy pronunciadas. No obstante, en este caso, la exclusión del dato atípico sí modifica la tendencia de la mediana:

Gráfica 2-15: Media y mediana de las cuantías de las demandas de entidades públicas.

[51] Laudo de 12 de noviembre de 2014, Banco de la República vs Seguros Generales Suramericana y Allianz Seguros S.A. La cuantía actualizada es: $ 1.312.990.746.278.



Gráfica 2-16: Media y mediana de las cuantías de las demandas de entidades públicas (con exclusión del dato atípico).



La exclusión del dato atípico permite concluir que, en general, las cuantías por las que demandaron las entidades públicas, aunque con algunas variaciones, se han mantenido

más o menos estables en el período analizado (relación con la mediana). Sin embargo, hubo casos de muy altas cuantías que jalonaron el crecimiento de la media, especialmente en los años 2014, 2016 y 2018.

2.6.2. Cuantías parte privada convocante

De los procesos en que un particular demandó a una entidad pública (n323), en 225 (69,7%) se pudo determinar la cuantía. El total de las pretensiones en estos casos fue $7.029.240'614.941, con una media de $31.241'069.400 y una mediana de $5.345'740.311. Los valores por año son:

Tabla 2-20: Total de las cuantías por año de los convocantes privados.

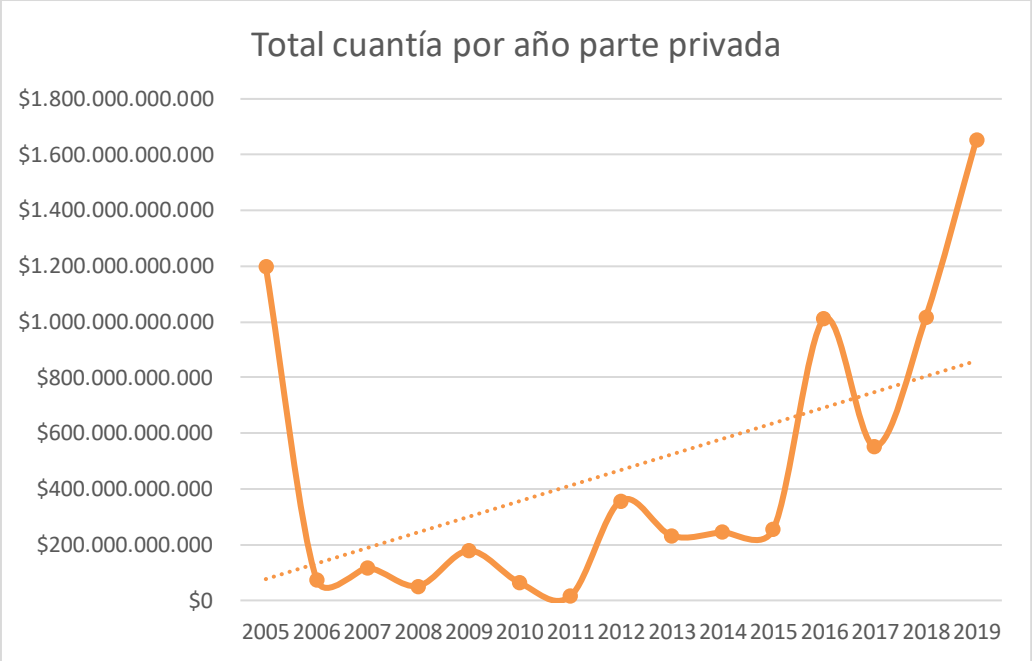
Año	Número de laudos	Cuantía	Media	Mediana
2005	6	$ 1.197.333.451.441	$ 199.555.575.240	$ 23.056.017.253
2006	7	$ 75.398.071.486	$ 10.771.153.069	$ 4.512.016.268
2007	9	$ 116.883.929.971	$ 12.987.103.330	$ 2.147.153.086
2008	16	$ 51.983.296.167	$ 3.248.956.010	$ 1.616.727.930
2009	12	$ 178.418.395.214	$ 14.868.199.601	$ 3.394.169.402
2010	8	$ 63.522.642.998	$ 7.940.330.375	$ 4.155.637.492
2011	2	$ 15.161.765.048	$ 7.580.882.524	$ 7.580.882.524
2012	6	$ 358.705.306.652	$ 59.784.217.775	$ 7.659.457.375
2013	10	$ 232.030.358.786	$ 23.203.035.879	$ 9.053.239.758
2014	15	$ 244.435.657.068	$ 16.295.710.471	$ 15.659.226.683
2015	14	$ 255.642.321.333	$ 18.260.165.810	$ 7.669.392.917
2016	24	$ 1.010.074.430.601	$ 42.086.434.608	$ 13.370.407.959
2017	32	$ 552.897.915.366	$ 17.278.059.855	$ 1.422.986.271
2018	35	$ 1.016.748.818.744	$ 29.049.966.250	$ 6.145.465.148
2019	29	$ 1.660.004.254.067	$ 57.241.526.002	$ 5.380.733.690
Total	**225**	**$ 7.029.240.614.941**		

.

El aumento en el número de laudos por año hace que, lógicamente, tienda a crecer el total de las cuantías en el tiempo. Contrario a lo que ocurrió para el caso de las entidades públicas, en 14 de los 15 años analizados las pretensiones superaron los $50.000'000.000, en 11 los $100.000'000.000, en 9 los $200.000'000.000, en 5 medio billón de pesos, y en 4 un billón de pesos (recuérdese que en 10 de los 15 años analizados el valor total de lo

pretendido por las entidades públicas no superó $50.000’000.000). Gráficamente el comportamiento del total de las cuantías en el tiempo es el siguiente:

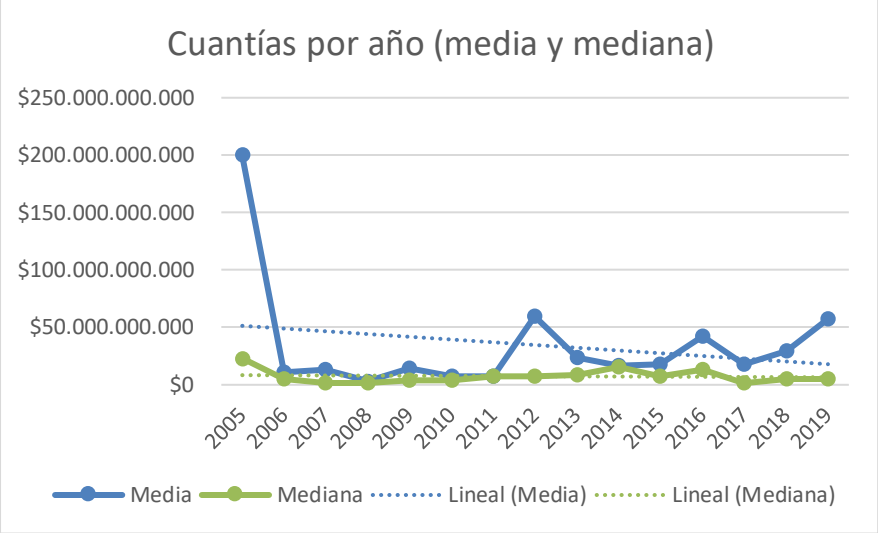
Gráfica 2-17: Total de las cuantías por año de los convocantes privados.



Tomadas en consideración la media y la mediana se observa que tienen una tendencia decreciente que es causada por el valor atípico del 2005[52]:

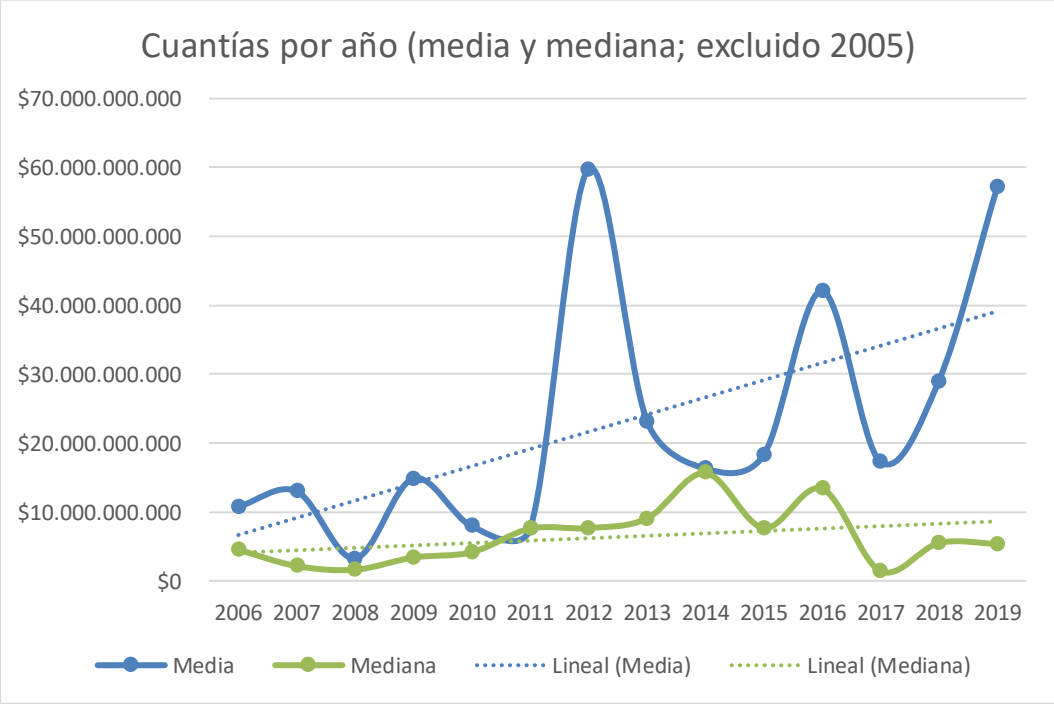
Gráfica 2-18: Media y mediana de las cuantías de los convocantes privados.

[52] Que se explica por dos demandas promovidas por *Nec Corporation y otros* en contra de Telecom en liquidación, cuyas pretensiones sumadas, actualizadas a agosto de 2020, ascendían a $1.146.172’884.461.



Hecha la exclusión del 2005, se puede ver que desde 2006 existe una tendencia creciente, especialmente en la media, lo que sugiere la aparición de demandas con cuantías muy altas (lo que también causó el crecimiento de los honorarios), al tiempo que la mediana no tuvo una tendencia al aumento tan pronunciada:

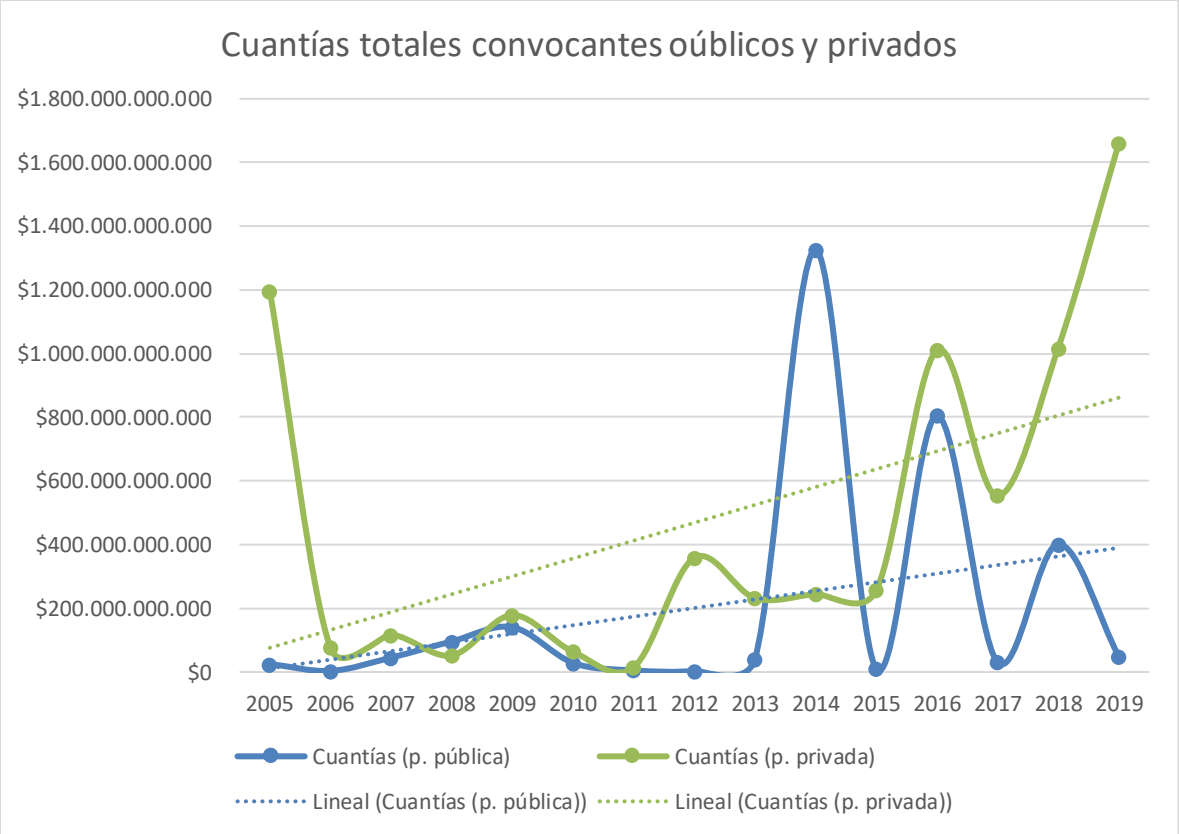
Gráfica 2-19: Media y mediana de las cuantías de los convocantes privados con exclusión del dato atípico.



2.6.3. Superposición de cuantías

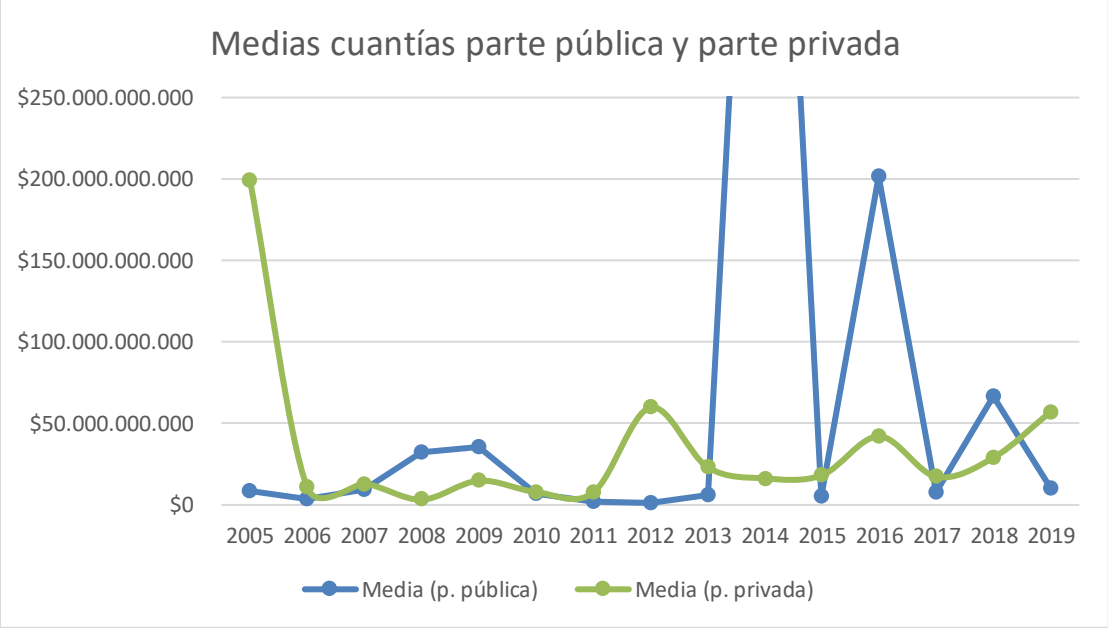
Al superponer los datos de los convocantes particulares y los convocantes públicos se pueden apreciar mejor las diferencias entre las cuantías y sus medias y medianas. Las cuantías totales superpuestas tienen la siguiente representación:

Gráfica 2-20: Superposición del total de las cuantías de los convocantes públicos y privados.



Dada la mayor cantidad de laudos en que un particular demanda a una entidad pública es lógico que, en las cuantías totalizadas, en 12 de los 15 la suma sea más alta. No obstante, hay una diferencia significativa en la tendencia ya que, como lo muestran las líneas, la cantidad reclamada por los privados ha aumentado a un ritmo mucho mayor (incluso con el dato atípico de 2005). Respecto de la media, la superposición de los valores es la siguiente:

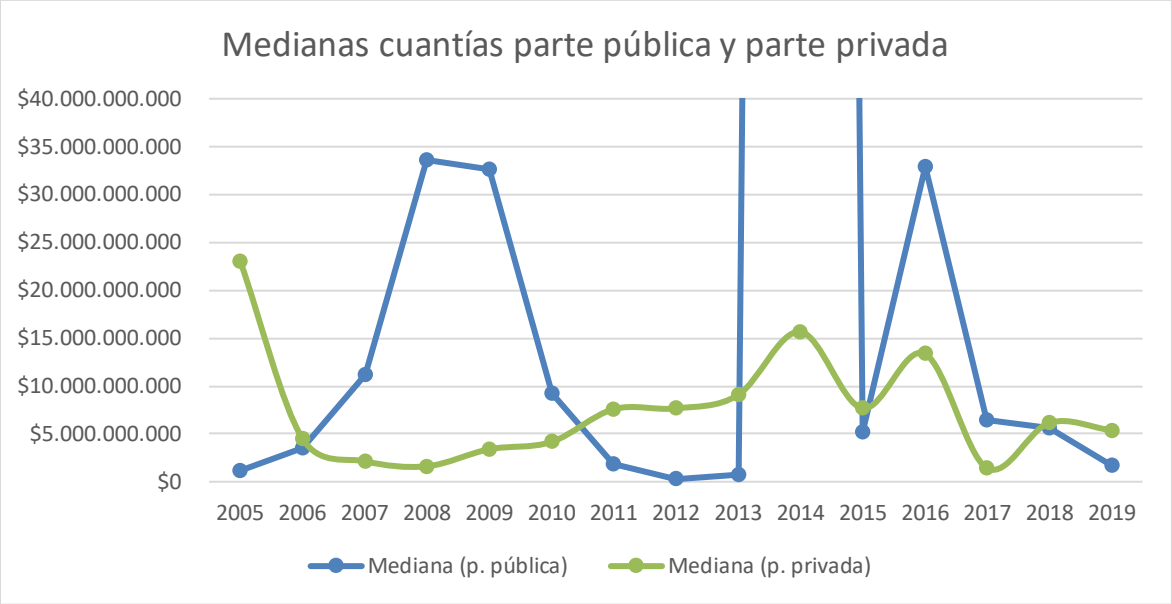
Gráfica 2-21: Superposición de las medias de las cuantías de los convocantes públicos y privados.



Se deja por fuera del eje *y* el valor de 2014[53] para visualizar mejor la gráfica. En 10 de los 15 años estudiados el promedio de lo reclamado por los particulares fue superior al promedio de lo reclamado por las entidades públicas. La diferencia de medias más significativa está en los años 2005, 2014 y 2016. Finalmente, la superposición de las medianas es (una vez más se deja por fuera del eje *y* el valor de 2014):

Gráfica 2-22: Superposición de las medianas de las cuantías de los convocantes públicos y privados.

[53] El valor atípico es causado por un laudo de 12 de noviembre de 2014, Banco de la República vs Seguros Generales Suramericana y Allianz Seguros S.A. La cuantía actualizada es: $ 1.312.990.746.278.



La gráfica permite ver que en 8 de los 15 años la mediana fue mayor para los particulares que para los convocantes públicos; no obstante, los años en los que fue superior la mediana de los convocantes públicos la diferencia es mucho más grande que en el primer caso.

De la superposición hecha hasta aquí puede concluirse que, visto por años, en general, los particulares demandaron por más dinero (pues lo hicieron muchísimas más veces) y con medias casi siempre superiores. En relación con la mediana, la distribución fue más pareja; no obstante, en 2008, 2009, 2014 y 2016 este valor de las entidades públicas fue muy superior al reclamado por los particulares.

2.7. Resultados de las demandas

Al momento de medir el éxito de las demandas surgió la dificultad de determinar cuándo puede considerarse favorable un resultado para un convocante, ya que las pretensiones sin cuantificar no permiten establecer una relación porcentual con la condena. Lo mismo ocurre en el caso de las pretensiones en especie. Frente a lo anterior se optó por una medición binaria a partir de la imposición o no de una condena, sin tener en cuenta su relación con lo pretendido. Si bien este enfoque es limitado, la medición se hace en

idénticos términos para públicos y privados y, además, tiene la ventaja de ser exhaustivo en relación con la muestra (n432) ya que no puede existir un laudo sin parte resolutiva.
Se entiende por condena aquellos puntos de la parte resolutiva que imponen a la parte demandada una obligación de dar, hacer o no hacer. Se excluyeron las declaraciones que no tenían ninguna repercusión para el demandado, como puede ser declarar la existencia del contrato o declararlo liquidado sin reconocerle ningún valor a su favor.

2.7.1. Resultados parte pública convocante

De los 82 laudos que tuvieron por convocante a una parte pública y convocado a una parte privada los resultados son:

Tabla 2-21: Condenas impuestas en favor de los convocantes públicos.

Decisión	Número de casos	%
Condena	46	56,1
No condena	34	41,46
Inhibitorio	2	2,44
TOTAL	82	100

De las condenas, 44 (95,65%) fueron pecuniarias y 2 en especie (4,35%). Las primeras sumaron $5.821.346.333.257, con una media de $132.303.325.756 y una mediana de $1.927.170.521. La disparidad de la media y la mediana se explica por un laudo de 25 de julio de 2017[54] que condenó a dos empresas a pagar $5.247.359.414.431. Con la exclusión del laudo mencionado (el cual es 31.4 veces la condena que le sigue en mayor valor), los valores son $573.986.918.825, $13.348.352.996 y $1.892.560.208, respectivamente.

De los 32 casos en los que una parte pública convocante fue demandada en reconvención, en 15 (46,87%) hubo al menos una condena en favor de la entidad y en 17 (53,13%) ninguna, por lo que podría pensarse que la reconvención de los particulares tuvo por efecto

[54] Laudo de 25 de julio de 2017, Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones vs. Comcel s.a. y Colombia telecomunicaciones s.a. e.s.p.

disminuir el porcentaje de condenas en las demandas de las entidades públicas. La distribución por años para las condenas en este grupo fue:

Tabla 2-22: Detalle de las condenas impuestas en favor de los convocantes públicos.

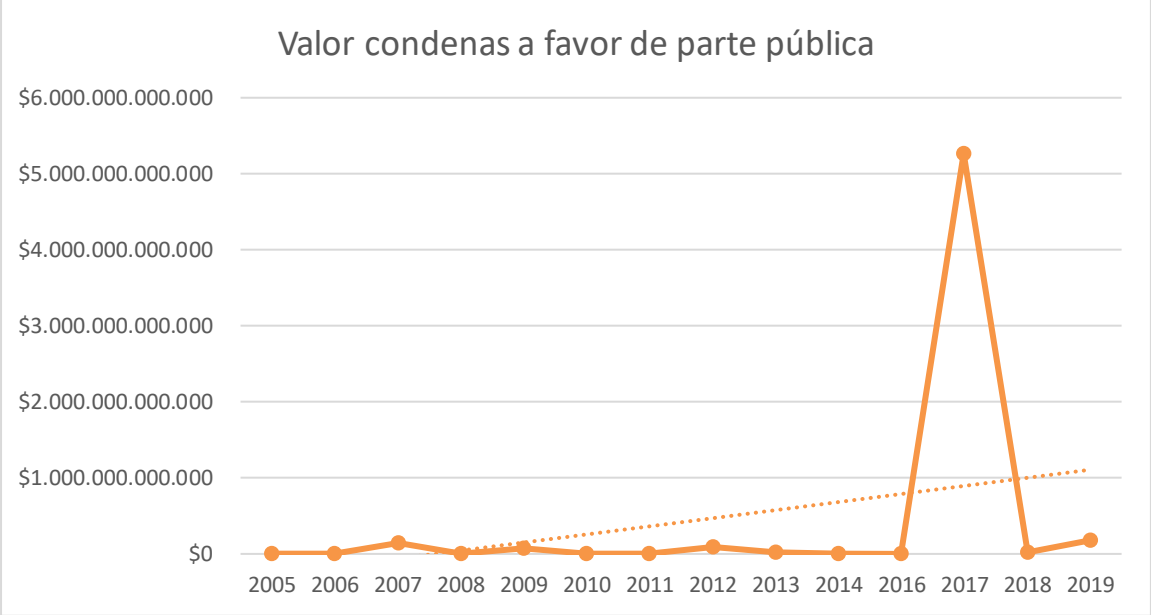
Año	Laudos	Condenas	%	Suma	Media	Mediana
2005	3	1	33,33	$ 587.725.998	$ 587.725.998	$ 587.725.998
2006	1	1	100,00	$ 1.961.780.838	$ 1.961.780.838	$ 1.961.780.838
2007	6	6	100,00	$ 147.645.957.152	$ 24.607.659.525	$ 6.504.434.883
2008	5	1	20,00	$ 4.610.131.643	$ 4.610.131.643	$ 4.610.131.643
2009	6	6[55]	100,00	$ 69.737.080.449	$ 13.947.416.090	$ 13.756.457.400
2010	6	5	83,33	$ 7.399.394.119	$ 1.479.878.824	$ 1.892.560.205
2011	5	4	80,00	$ 7.505.771.839	$ 1.876.442.960	$ 1.915.869.180
2012	9	3	33,33	$ 87.419.572.516	$ 29.139.857.505	$ 43.559.799.377
2013	10	8	80,00	$ 25.589.898.786	$ 3.198.737.348	$ 340.830.041
2014	4	1	25,00	$ 834.866.071	$ 834.866.071	$ 834.866.071
2015	3	1[56]	33,33	Especie	Especie	Especie
2016	5	0	0,00	$ 0	$ 0	$ 0
2017	6	3	50,00	$ 5.265.243.682.115	$ 1.755.081.227.372	$ 16.011.581.938
2018	6	4	66,67	$ 17.817.429.240	$ 4.454.357.310	$ 1.288.337.768
2019	7	2	28,57	$ 184.993.042.491	$ 92.496.521.246	$ 92.496.521.246
Total	**82**	**46**		**$ 5.821.346.333.257**		

Las gráficas de los valores de condenas por año muestran una tendencia creciente en medio de variaciones muy pronunciadas, lo que se puede observar mejor cuando se hace la exclusión del valor atípico (ver pie de página 54):

Gráfica 2-23: Total de las condenas en el tiempo en favor de los convocantes públicos.

[55] Los valores pecuniarios corresponden a 5 laudos, pues 1 de las condenas fue en especie.

[56] La única condena proferida fue en especie.

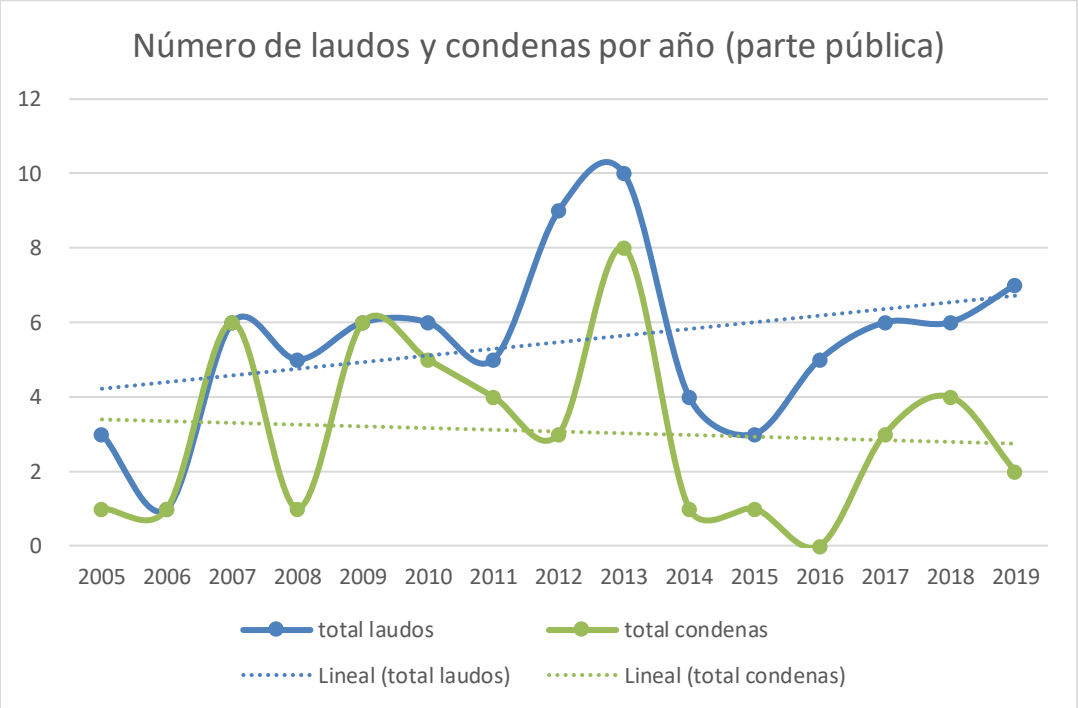


Hecha la exclusión:

Gráfica 2-24: Total de las condenas en el tiempo en favor de los convocantes públicos (con exclusión del dato atípico).

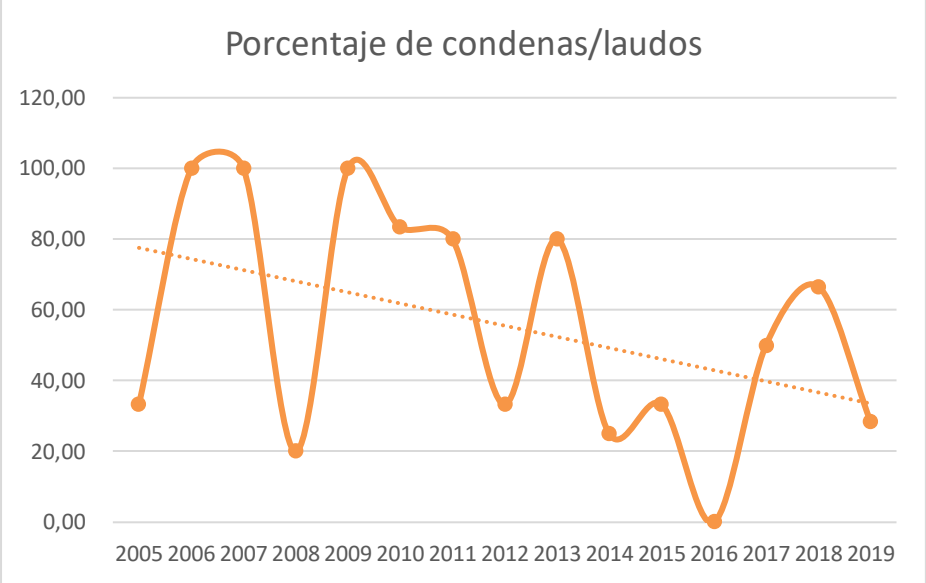
Una forma de visualización más útil es la relación entre el número de laudos y el número de condenas en el tiempo, pues los primeros tienen una tendencia creciente y las segundas decreciente:

Gráfica 2-25: Relación en el tiempo entre el número de laudos y el número de condenas impuestas en favor de los convocantes públicos.



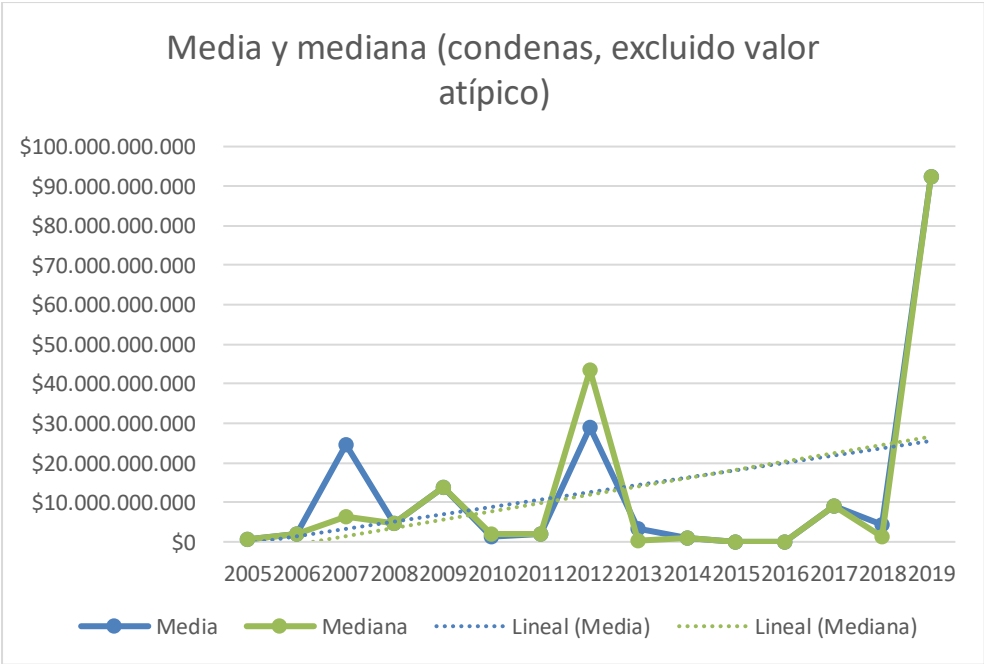
Visto lo anterior en forma porcentual, sugiere que hay una tendencia desfavorable para las entidades públicas pues al tiempo que aumentan los laudos disminuyen las condenas:

Gráfica 2-26: Relación porcentual en el tiempo entre el número de laudos y el número de condenas impuestas en favor de los convocantes públicos.



Por último, la distribución anualizada de la media y la mediana de las condenas en favor de las entidades públicas tiene una tendencia creciente, que se mantiene y se aprecia mejor con la exclusión del dato atípico de 2017 indicado más arriba:

Gráfica 2-27: Media y mediana en el tiempo de las condenas impuestas en favor de los convocantes públicos.



Las anteriores gráficas demuestran que, contrario a la relación del número de condenas/laudos, el valor de las condenas ha tenido una tendencia creciente en las dos formas de medición propuestas.

2.7.2. Resultados parte privada convocante

De los 323 laudos que tuvieron por convocante a una parte privada y convocado a una parte pública los resultados son:

Tabla 2-23: Condenas impuestas en favor de los convocantes públicos.

	Número de casos	Porcentaje
Condena	206	63,78
No condena	102	31,58
Inhibitorio[57]	15	4,64
TOTAL	323	100

De las condenas 195 (94,7%) fueron pecuniarias y 11 (5,3%) en especie. Las primeras sumaron $2.728.177’856.791, con una media de $13.990’655.676 y una mediana de $2.349’754.142. Así, los tres valores resultan superiores a aquellos reportados para las entidades públicas que, se recuerda, sin el dato atípico anotado, eran $573.986.918.825, $13.348.352.996 y $1.892.560.208, respectivamente.

De los 94 casos en los que una parte privada convocante fue demandada en reconvención, en 63 (67,02%) hubo al menos una condena en favor del particular y en 31 (32,98%) ninguna, por lo que puede afirmarse que la reconvención de las entidades públicas no tuvo un efecto sobre las demandas de los privados, como sí lo tuvo en la composición inversa.

La distribución por años para las condenas de este grupo fue:

Tabla 2-24: Detalle de las condenas impuestas en favor de los convocantes privados

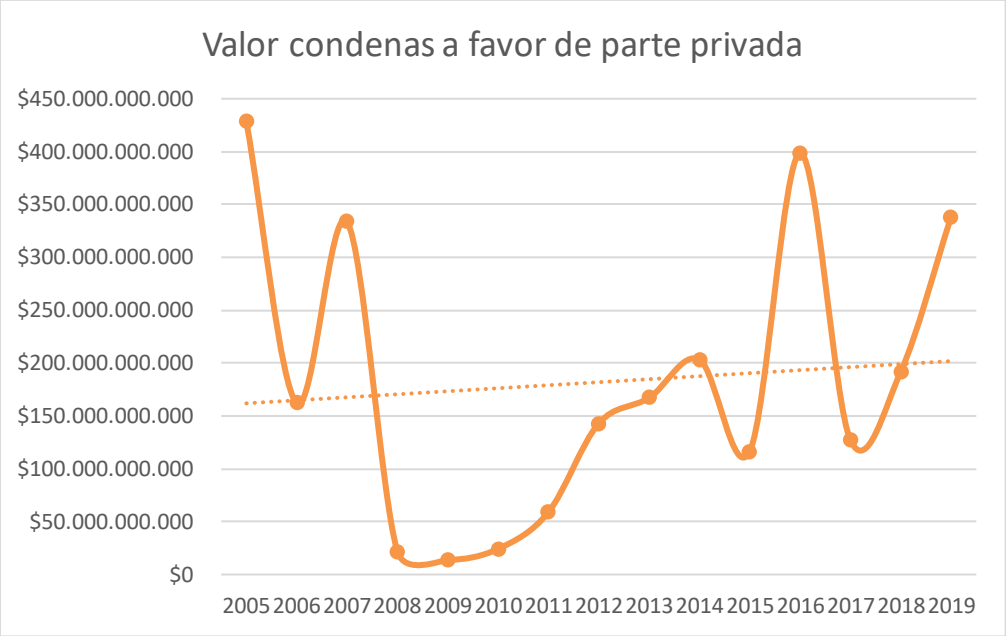
[57] 8 declararon la caducidad, 1 de cosa juzgada, y 3 de falta de competencia.

Año	Laudos	Condenas	Porcentaje	Suma	Media	Mediana
2005	10	8	80	$ 428.445.925.889	$ 53.555.740.736	$ 5.275.212.667
2006	10	9	90	$ 162.083.716.122	$ 18.009.301.791	$ 3.252.490.988
2007	19	12	63,16	$ 333.424.300.540	$ 27.785.358.378	$ 2.273.893.213
2008	22	17	77,27	$ 21.727.209.472	$ 1.278.071.145	$ 203.971.979
2009	15	8	53,33	$ 13.717.952.494	$ 1.714.744.062	$ 734.233.828
2010	17	7	41,18	$ 24.175.143.952	$ 4.029.190.659	$ 1.283.757.395
2011	10	9[58]	90	$ 58.945.945.976	$ 7.368.243.247	$ 4.360.339.867
2012	11	9	81,82	$ 142.967.238.223	$ 15.885.248.691	$ 1.879.621.736
2013	15	10[59]	66,67	$ 167.059.450.288	$ 18.562.161.143	$ 19.115.406.050
2014	21	11	52,38	$ 203.206.242.259	$ 18.473.294.751	$ 3.109.250.311
2015	20	14[60]	70	$ 116.493.325.446	$ 8.961.025.034	$ 6.538.703.220
2016	32	19[61]	59,38	$ 398.543.006.507	$ 22.141.278.139	$ 1.786.168.736
2017	39	23[62]	58,97	$ 127.020.725.424	$ 5.773.669.337	$ 1.732.600.099
2018	45	22[63]	48,89	$ 191.933.317.455	$ 9.596.665.873	$ 3.672.911.285
2019	37	28[64]	75,68	$ 338.434.356.743	$ 13.537.374.270	$ 1.206.181.247
Total	**323**	**206**		**$ 2.728.177.856.791**		

Las gráficas de los valores de condenas por año muestran una tendencia creciente en medio de variaciones muy pronunciadas, que se pueden apreciar mejor cuando se hace la exclusión del dato más atípico de la tabla (el año 2005):

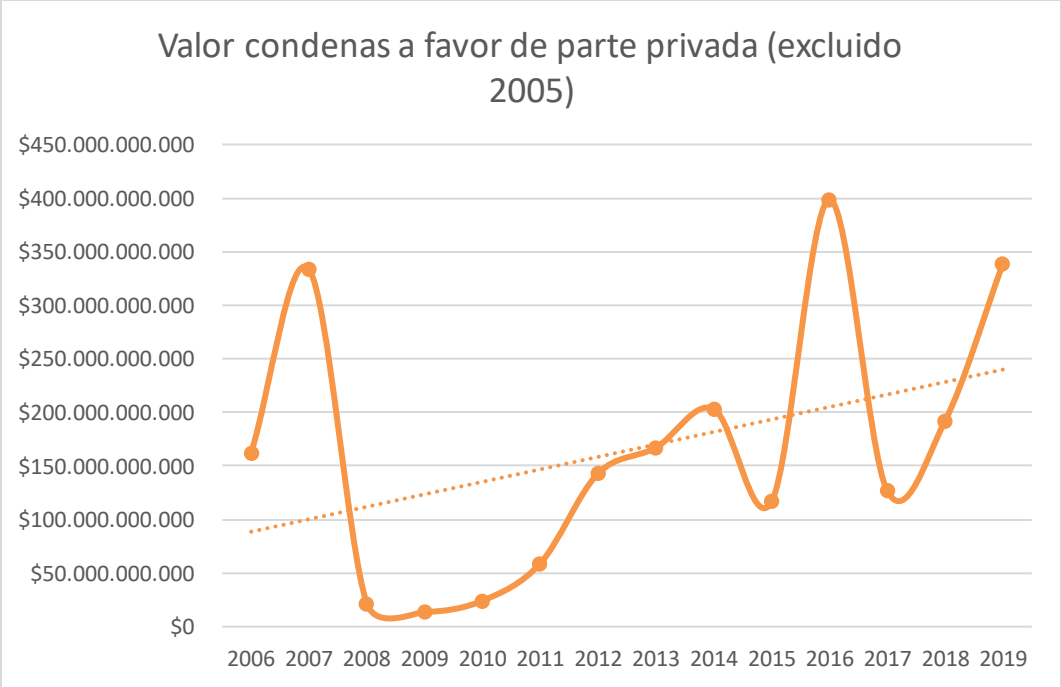
Gráfica 2-28: Total de las condenas en el tiempo en favor de los convocantes privados.

[58] Los valores pecuniarios corresponden a 8 laudos, pues 1 de las condenas fue en especie.
[59] Los valores pecuniarios corresponden a 9 laudos, pues 1 de las condenas fue en especie.
[60] Los valores pecuniarios corresponden a 13 laudos, pues 1 de las condenas fue en especie.
[61] Los valores pecuniarios corresponden a 18 laudos, pues 1 de las condenas fue en especie.
[62] Los valores pecuniarios corresponden a 22 laudos, pues 1 de las condenas fue en especie.
[63] Los valores pecuniarios corresponden a 20 laudos, pues 20 de las condenas fueron en especie.
[64] Los valores pecuniarios corresponden a 25 laudos, pues 3 de las condenas fue en especie.



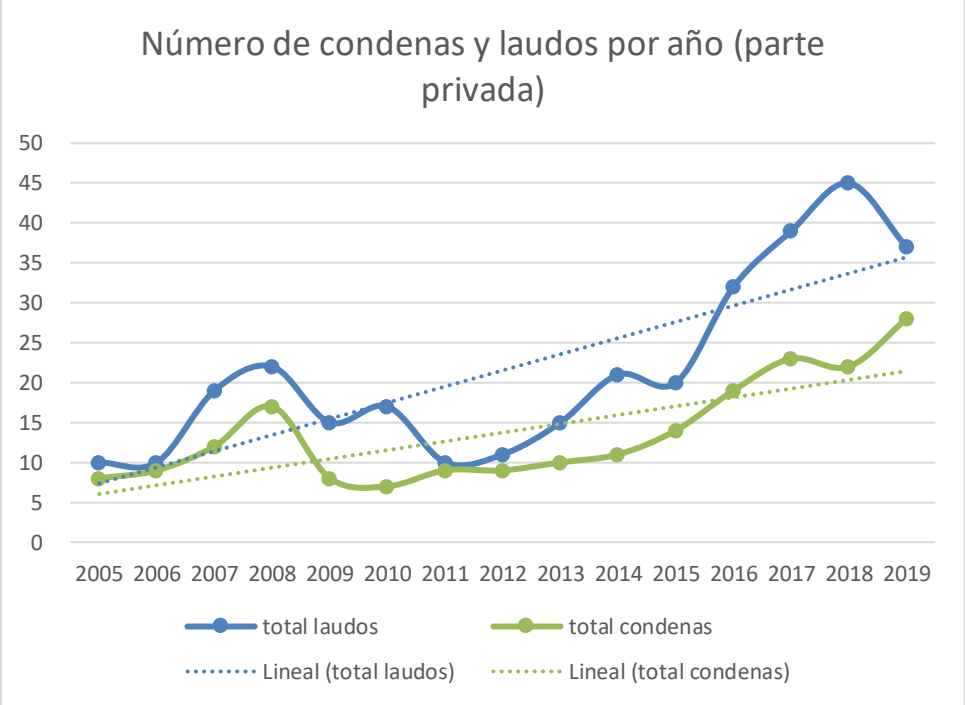
Hecha la exclusión referida:

Gráfica 2-29: Total de las condenas en el tiempo en favor de los convocantes privados (con exclusión del dato atípico).



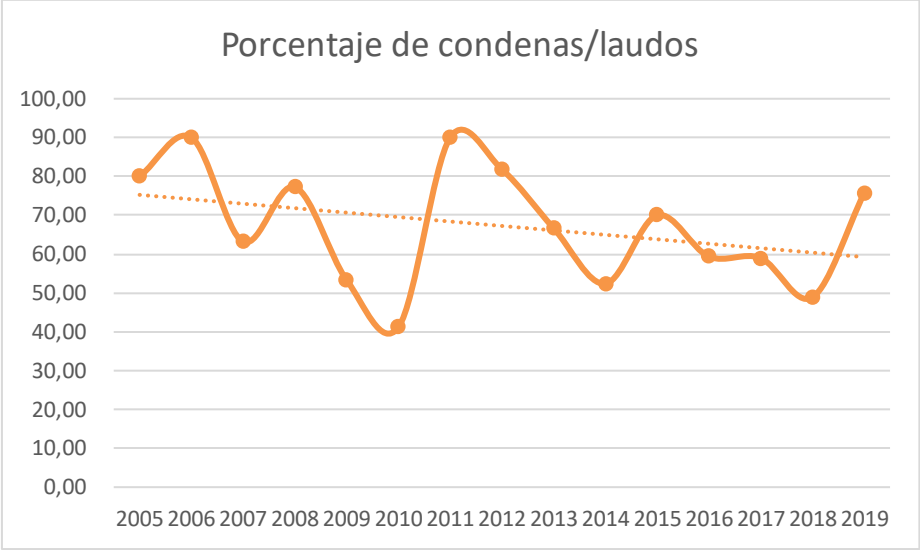
Al revisar la relación entre el número de laudos y el número de condenas se comprueba que, contrario a lo que ocurrió en el caso de las condenas en favor de entidades públicas (gráficas 2-25 y 2-26), cuando el demandante es un particular las dos tienen una tendencia creciente, aunque más pronunciada para el número de laudos:

Gráfica 2-30: Relación en el tiempo entre el número de laudos y el número de condenas impuestas en favor de los convocantes privados.



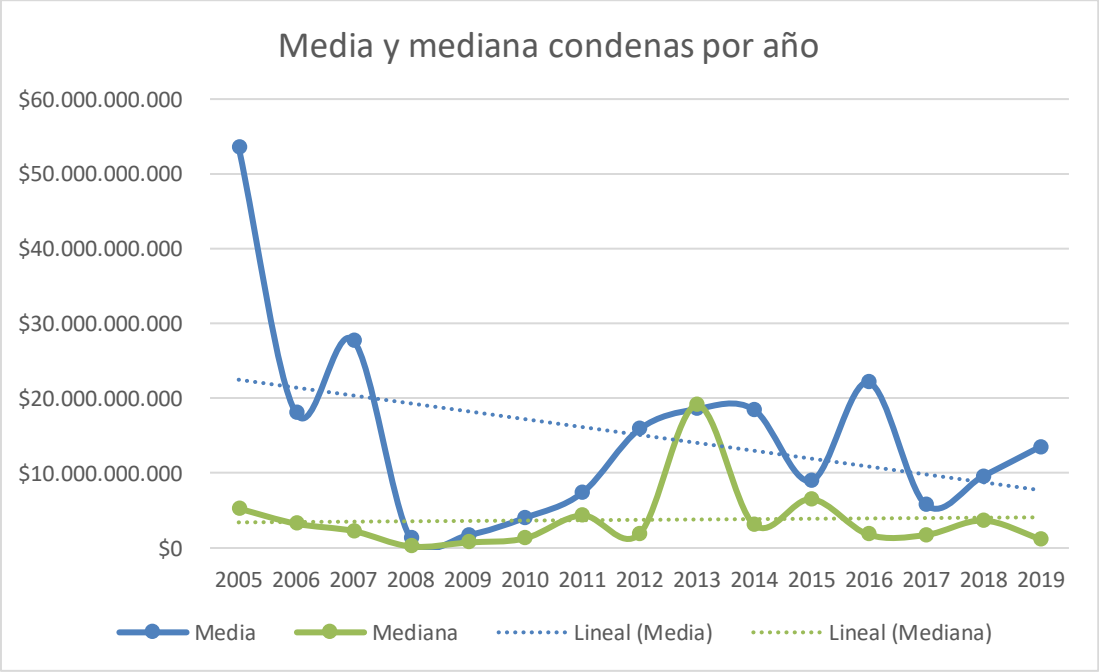
Como el crecimiento del número de condenas es menos acelerado que el del número de laudos, al establecer una relación porcentual la tendencia es decreciente:

Gráfica 2-31: Relación porcentual en el tiempo entre el número de laudos y el número de condenas impuestas en favor de los convocantes privados.



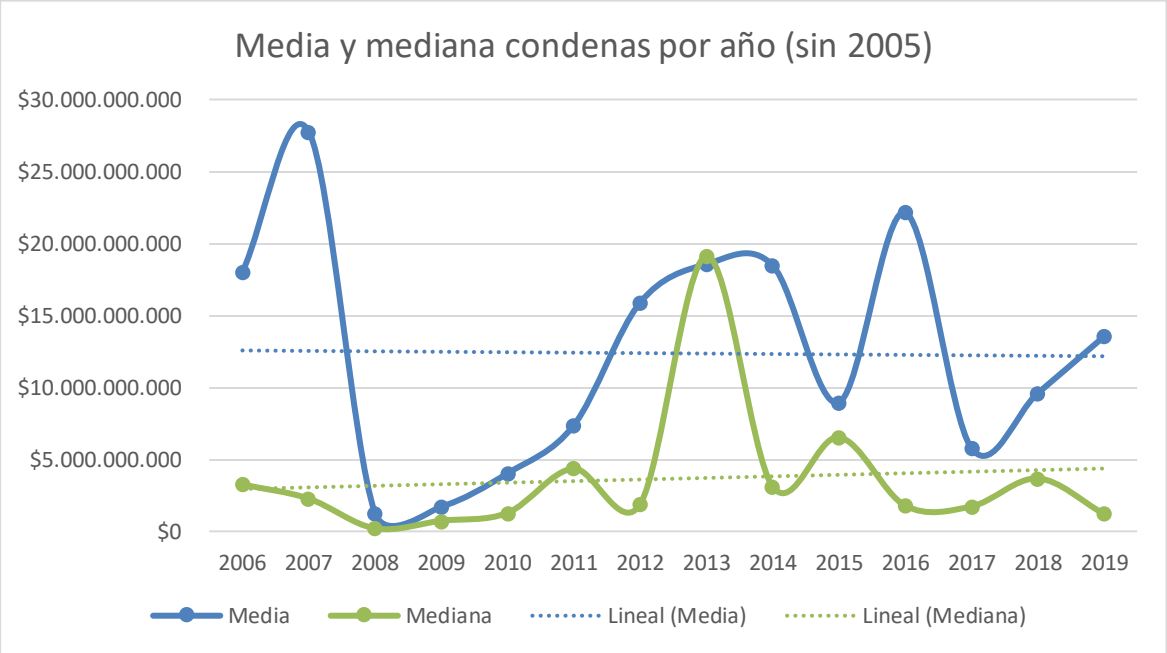
La distribución por años de la media y la mediana de las condenas en favor de los convocantes privados tienen una tendencia decreciente causada por el dato atípico señalado de 2005:

Gráfica 2-32: Media y mediana en el tiempo de las condenas impuestas en favor de los convocantes privados.



Retirado el año atípico la media tiene una tendencia decreciente casi imperceptible, y la mediana ligeramente ascendente. Este punto sería coherente con la hipótesis de una hiperinflación de las pretensiones (ver gráfica 2-11), pues al tiempo que su valor tuvo un aumento muy significativo, no así el valor promedio de las condenas:

Gráfica 2-33: Media y mediana en el tiempo de las condenas impuestas en favor de los convocantes públicos (con exclusión del 2005).

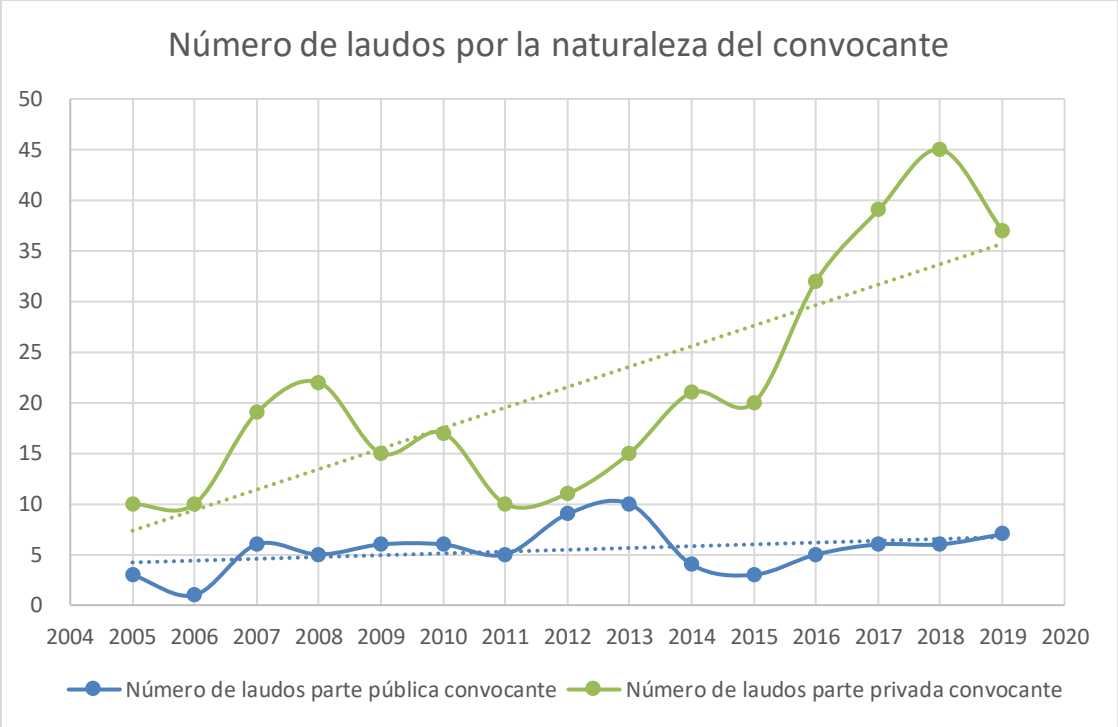


Las anteriores gráficas demuestran que, contrario a la relación condenas/laudos, la tendencia del valor de las condenas se ha mantenido más o menos estable en las dos formas de medición, en medio de variaciones pronunciadas.

2.7.3. Superposición de resultados

La superposición de los dos apartados anteriores permite ver más claramente las diferencias entre los resultados de los particulares y las entidades públicas en arbitraje. Conviene recordar que la mayoría de los convocantes son particulares; la diferencia se aprecia mejor gráficamente:

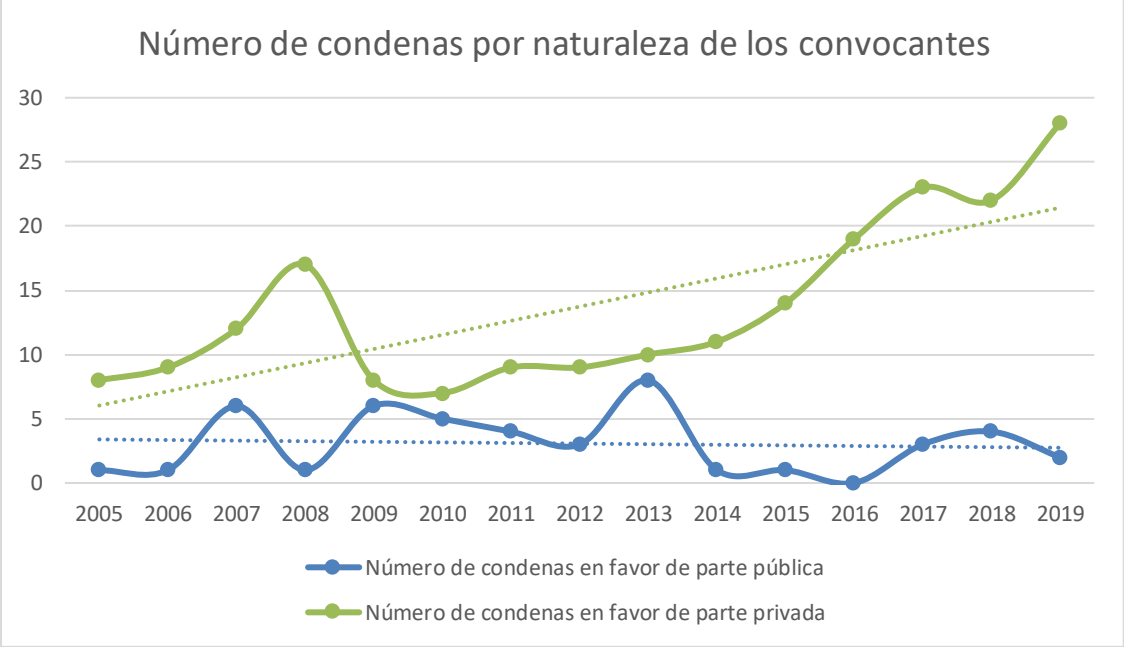
Gráfica 2-34: Número de laudos en el tiempo según la naturaleza del convocante.



Lógicamente, el número de laudos en los que se impuso al menos una condena es mucho mayor para los particulares convocantes. Como se dijo, se profirieron 46 condenas en favor de una parte pública convocante y 203 en favor de los convocantes privados. Sin embargo, proporcionalmente existe una ventaja para los particulares, ya que el porcentaje de condenas/laudos fue 63,78 en su caso, mientras que para las entidades públicas fue 56,1.

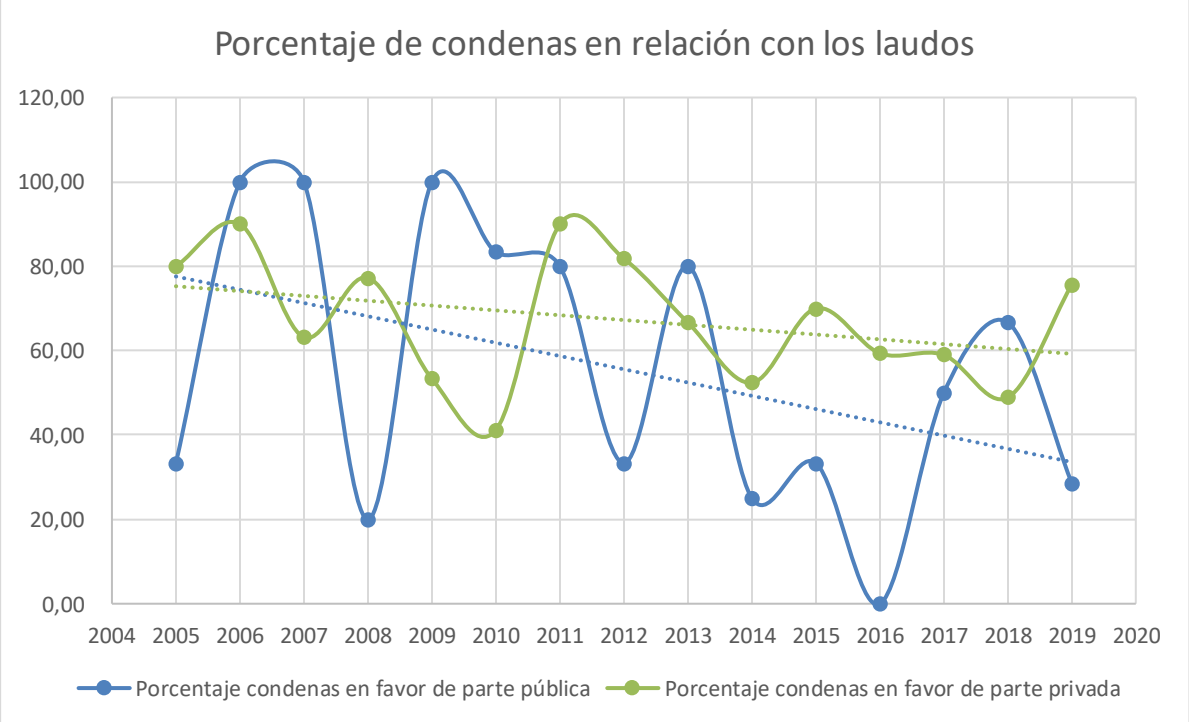
Aparejado al aumento en el número de laudos, el número de condenas por año para los particulares tiene una tendencia ascendente y para las entidades públicas ligeramente decreciente:

Gráfica 2-35: Número de condenas en el tiempo según la naturaleza de los convocantes.



Las diferencias se aprecian mejor cuando se visualiza en el tiempo la relación condenas/laudos:

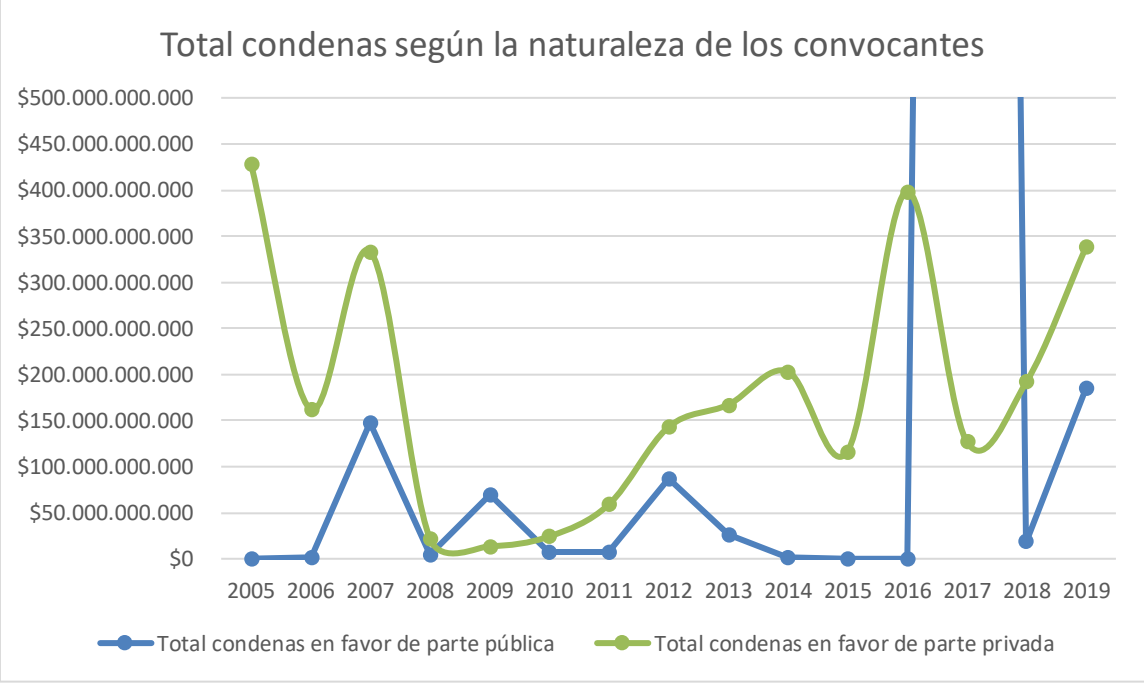
Gráfica 2-36: Relación porcentual entre el número de condenas y el número de laudos según la naturaleza de los convocantes.



La gráfica muestra que, si bien la relación porcentual tiene una tendencia decreciente en ambos casos, es mucho más pronunciada para las entidades públicas. Esto significa que con el tiempo ha desmejorado más rápido, al menos desde la perspectiva del número de condenas por laudos, su desempeño en los tribunales arbitrales. Adicionalmente, en 9 de los 15 años estudiados los privados tuvieron un porcentaje más alto y, en la década 2010-2019 su desempeño fue especialmente superior a aquel de los públicos, pues en 7 de 10 años su relación fue mejor.

En relación con la suma total de las condenas por año, también es esperable que sea más alta para el caso de los particulares por tener mayor número de laudos como demandantes. Nuevamente, se deja fuera del eje el valor de 2017 para una mejor visualización:

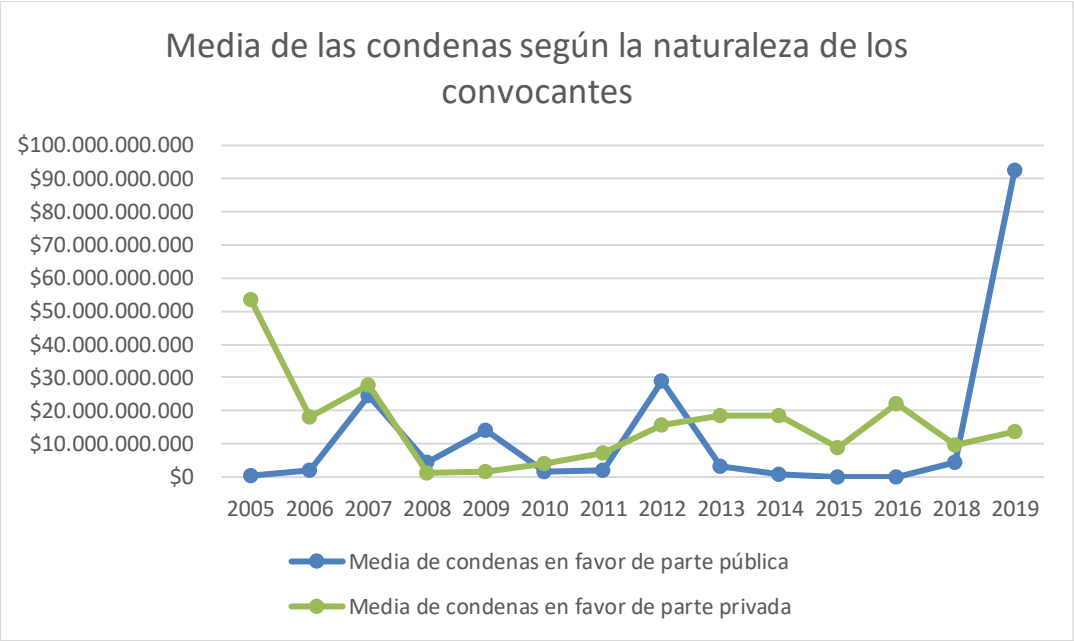
Gráfica 2-37: Total de las condenas impuestas en el tiempo según la naturaleza de los convocantes.



En 13 de los 15 años el total de las condenas fue mayor para los particulares y solo en 2009 y 2017 fue mayor para las entidades públicas. Tomada en consideración la media,

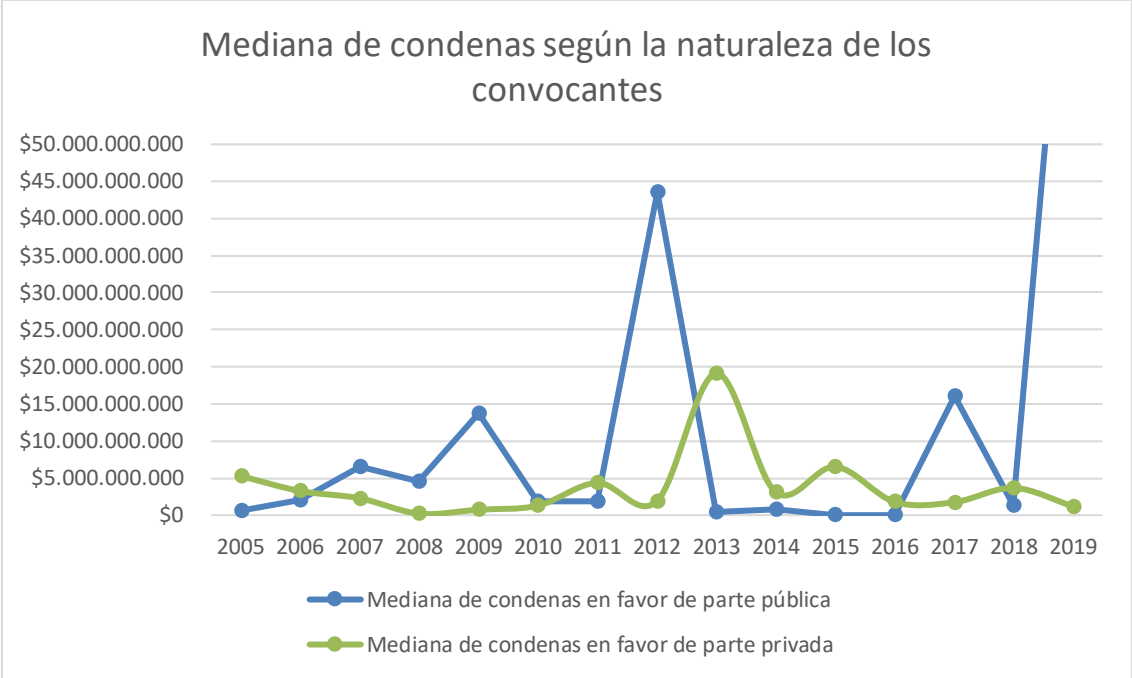
los resultados también son más favorables para los particulares (se excluye 2017 por las razones anotadas).

Gráfica 2-38: Media de las condenas en el tiempo según la naturaleza de los convocantes.



La gráfica muestra que, en 10 de los 15 años estudiados, el promedio de las condenas fue mayor para los privados que para las entidades públicas. Por su parte, la mediana tiene la siguiente representación (se deja fuera del eje *y* la representación de la mediana de 2019 de las entidades públicas, para visualizar mejor la gráfica):

Gráfica 2-39: Mediana de las condenas en el tiempo según la naturaleza de los convocantes.



.

Las medianas de los particulares fueron mayores en 8 de los 15 años analizados. La mayor paridad en este caso viene dada porque el bajo número de condenas en favor de entidades públicas y su valor relativamente alto hace que, en algunos años, la mediana sea muy superior a aquella de los particulares, cuya muestra es mucho más grande.

Podría concluirse de las anteriores superposiciones que en todas las formas de medición reseñadas los particulares tienen mejores resultados que las entidades públicas, ya que el número de condenas en su favor ha aumentado a mayor velocidad, la relación condenas/laudos ha decrecido más lentamente, y (especialmente) la media y la mediana también son superiores en la mayoría de los años.

2.8. Intervinientes

Además de las partes, en los procesos arbitrales pueden intervenir el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (esta última desde 2012).

2.8.1. El Ministerio Público

En relación con el Ministerio Público, se contabilizó si había intervenido o no en el proceso. La participación se tuvo por realizada si el procurador asignado al caso rindió concepto, coadyuvó alguna solicitud, presentó alguna nulidad, entre otros, siempre que se evidenciara que tomó parte activa en el trámite más allá de la notificación. La intervención de esta entidad no es parcializada, pues persigue "*la guarda y promoción de los derechos humanos* [y] *la promoción del interés público*". Los resultados para la intervención de la Procuraduría son:

Tabla 2-25: Intervenciones del Ministerio Público en los procesos.

	Procesos	**Porcentaje**
Sí	395	91,44
No	37	8,56
Total	432	100

De los 37 procesos en los que no intervino, 21 fueron de parte privada contra parte pública. En este subgrupo se profirieron 15 fallos con al menos una condena, es decir, en el 71,43%, tasa superior a la general de los particulares (63,78, ver 2.7.2.). Podría pensarse entonces que la ausencia del Ministerio Público empeora los resultados de las entidades públicas cuando son convocadas.

Hubo 13 casos de parte pública contra parte privada, con 8 fallos favorables y 5 desfavorables, es decir, el 61,54%, valor también superior al general para esta forma de composición (56,1%, ver 2.7.1.). No obstante lo anterior, es difícil concluir algo a partir de la variación en las tasas indicadas, dada la disparidad entre el número de intervenciones y el bajo número de no intervenciones, lo que puede hacer que se deba a algo contingente más que a una tendencia.

En todo caso, es posible suponer que el alto porcentaje de intervenciones de los procuradores esté, al menos en parte, incentivado por llegar a ser árbitros, ya que la

visibilidad que tengan en estos procesos (relativamente pocos comparados con los de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo) puede rendirle beneficios a futuro.

2.8.2. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE)

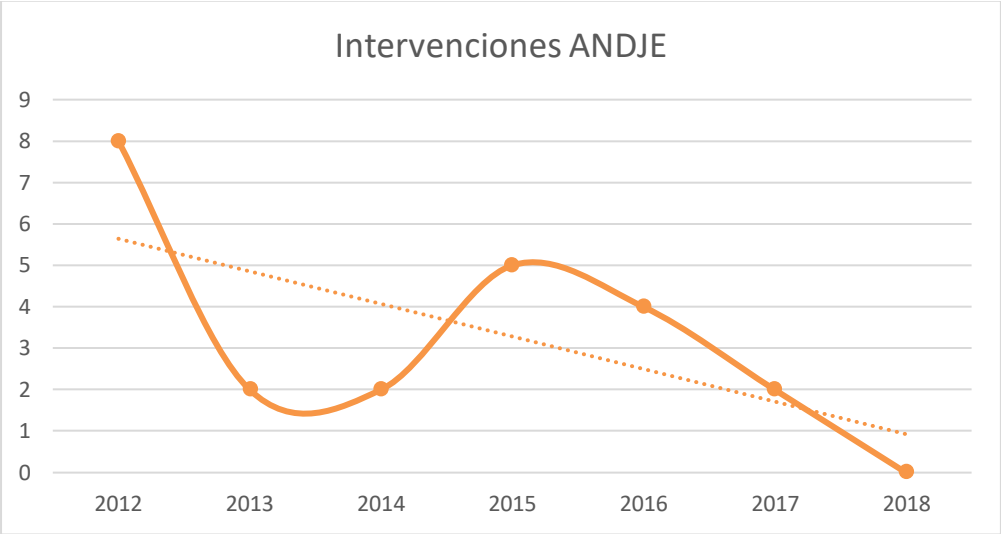
Ley 1444 de 2011 ordenó la creación de la ANDJE con el propósito de, entre otros, adelantar "*la defensa y protección de los intereses litigiosos de la Nación, en las actuaciones judiciales de las entidades públicas*"[65]. Posteriormente, el Decreto Ley 4085 de 2011 estableció sus objetivos y estructura, entre los que incluyó funciones relativas a desarrollo de políticas públicas, de coordinación de la defensa y, finalmente, de representación judicial.

En este último punto, su actividad se limitó a los "*procesos judiciales de cualquier tipo en los cuales estén involucrados los intereses de la Nación*", sin perjuicio de la celebración de convenios con entidades territoriales para el mismo propósito. En todo caso, el Código General del Proceso previó amplias facultades para la intervención de la Agencia, ya no en términos de entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, sino "*donde sea parte una entidad pública o donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado*", por lo que el artículo 612 ordena que le sean notificadas (sin distinción) las demandas contra partes públicas. Por las anteriores razones es pertinente aclarar que: 1) la intervención de la Agencia es parcializada, pues debe ser a favor del Estado, y; 2) solo se analiza en demandas presentadas a partir de 2012.

Con posterioridad a 2012 se presentaron 238 (n) demandas que terminaron en laudo a 31 de diciembre de 2019, es decir, el 55,1% de la muestra analizada (n432). De estos 238, en 23 se dejó constancia de la intervención de la Agencia (que se tuvo por realizada en los mismos términos indicados para el caso del Ministerio), es decir, el 9,67% de los procesos desde la fecha indicada, de los cuales, 19 (82,61%) eran de parte privada convocante contra parte pública convocada, y los 4 (17,39%) restantes de composición inversa. Gráficamente la tendencia de intervenciones es decreciente:

[65] Artículo 5 de la Ley 1444 de 2011.

Gráfica 2-40: Intervenciones de la ANDJE en el tiempo.



El bajo número de intervenciones y la tendencia referida permiten concluir que, al menos desde el punto de vista de la defensa jurídica en procesos arbitrales de contratos estatales la actuación de esta entidad es bastante modesta, sin alcanzar ni si quiera el 10% en la CCB de Bogotá. La gráfica sugiere que, en este tipo de procesos, la Agencia tuvo un impulso inicial desde la fecha de su creación que se fue disolviendo con el tiempo.

Su intervención en los procesos en los que una parte privada demandó a una entidad pública fue mayoritaria cuando la Agencia Nacional de Infraestructura era convocada (ANI). De hecho, la ANI fue demandada 31 veces desde el año 2012 y la Agencia intervino en 10 de estos procesos, es decir, el 32,26%. La lista de entidades públicas convocadas en cuyos procesos intervino la Agencia es la siguiente:

Tabla 2-26: Entidades más veces coadyuvadas por la ANDJE.

Entidad	Número de intervenciones[66]
Agencia Nacional de Infraestructura	10
Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá	3
Transportadora de Gas Internacional s.a.	1
Refinería de Cartagena	1
MinTic	1
Ministerio de Educación	1
Fonade	1
Ecopetrol	1
Agencia Nacional de Hidrocarburos	1

En 10 (52,63%) de los anteriores procesos se impuso una condena y en 9 (47,37%) no. Esta tasa, inferior a la general para este tipo de composición (63,78%, ver 2.7.2.) no ofrece mucha información debido al pequeño número de casos.

En la composición inversa (parte pública vs parte privada), la Agencia solo intervino en 4 procesos en apoyo de las siguientes entidades: la ANI, la Contraloría General de la República, el Banco de la República y el Ministerio de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones. En estos cuatro procesos solo se impuso una condena, esto es, el 25%. Esta tasa de condena es inferior a la general de las partes públicas convocantes (56,1%, ver 2.7.1.), pero, nuevamente, poco relevante dado el pequeño número de casos.

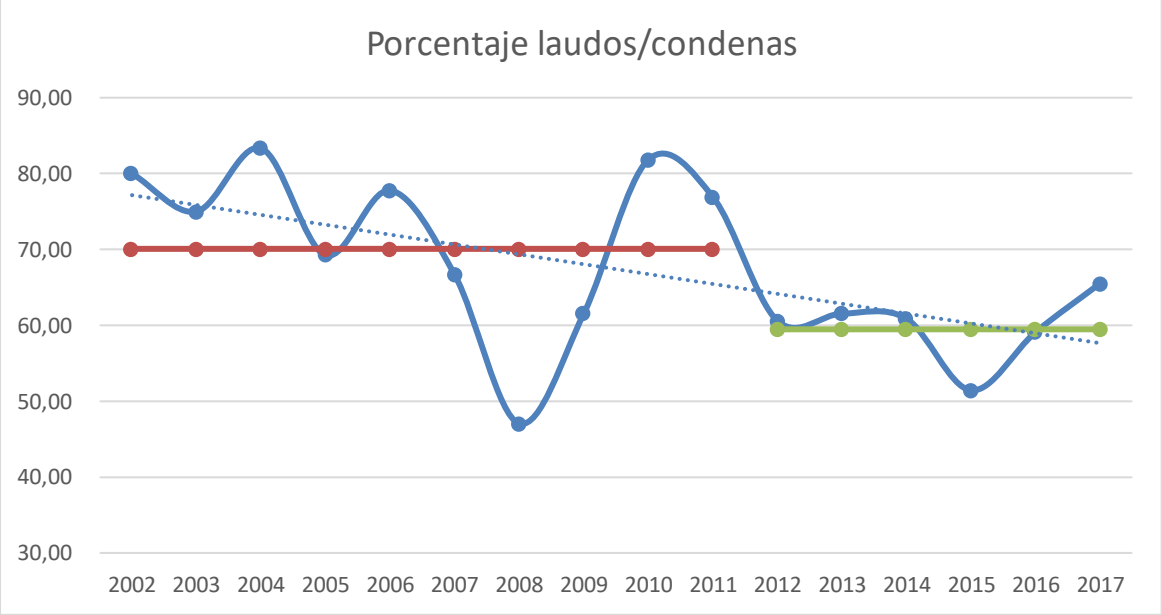
La duración promedio de los procesos en los que intervino la Agencia fue de 2,76 años, es decir, un 38% más que la duración promedio de la muestra total (ver 2.1, tabla 2-2)

Finalmente, dado que la Agencia también tiene a su cargo formulación de políticas públicas y otras misiones diferentes a la defensa judicial, a continuación se evalúa la variación en el tiempo del porcentaje de condenas por laudo, en la composición de parte privada vs parte pública, tomando en consideración no la fecha de la decisión sino la fecha de presentación de la demanda, con fin de verificar si, a partir de 2012, se puede comprobar algún cambio. Conviene precisar que la Agencia no ha sido el único mecanismo establecido para mejorar el desempeño del Estado en los procesos arbitrales; al tiempo de su creación, fueron expedidas varias normas que limitaron la capacidad de ser árbitro

[66] La suma es 21 porque en dos procesos se demandó conjuntamente a: la Ani y la Aerocivil, y a TGI y Ecopetrol.

cuando el demandado fuera una entidad pública (ver 1.3.2). En la gráfica se excluye el año 2018 pues, de acuerdo con la duración promedio de los procesos, en 2019 no se habrían fallado la mayoría de las demandas presentadas en el primer año indicado. La gráfica es la siguiente:

Gráfica 2-41: Relación porcentual de las condenas contra entidades públicas antes y después de la creación de la ANDJE.



La gráfica es similar a aquella que medía porcentualmente la relación entre condenas y laudos (ver gráfica 2-31). Al sacar el promedio de los dos periodos (antes y después de 2012, línea azul y amarilla, respectivamente), se observa que hay una disminución de casi 10 puntos. Probablemente esta diferencia se deba menos a la limitada intervención de la ANDJE, que a las normas que han restringido el arbitraje con participación de entidades estatales y a un mayor escrutinio sobre las decisiones arbitrales en las que estén involucrados intereses públicos[67].

[67] Recuérdese la entrevista de la entonces directora de la ANDJE, en la que afirmaba que el Estado perdía el 74% de los procesos arbitrales en que era demandado. Otro ejemplo de lo anterior fue el caso de la Concesionaria Ruta del Sol en contra de la ANI. Previo a proferirse el laudo se hizo pública una propuesta de conciliación del gobierno, lo que la hizo inviable, y condujo a que se fallara el fondo del asunto, con un resultado significativamente mejor que el que pretendía acordar el Ministerio de Transporte.

Lo anterior puede verse confirmado, al menos en parte, por el hecho destacado más arriba relativo a que tanto para los convocantes privados como para los convocantes públicos existió una disminución porcentual de la relación entre el número de condenas y el número de laudos, que fue mucho más pronunciada para los segundos. Es posible pensar que, si la intervención de la Agencia hubiera sido la causa de la disminución porcentual de la gráfica 2-41, la misma no se hubiera producido de forma concomitante a la disminución, más pronunciada, de la relación condenas/laudos de los convocantes públicos (ver gráfica 2-36).

3. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

En la introducción de este trabajo se mencionaron dos preocupaciones que motivaban su elaboración: la falta de regulación de la profesión jurídica en Colombia y la circulación público-privada. Los dos temas tienen una importante zona de traslape en el arbitraje del contrato estatal.

La manera en la que se intentó ejemplificar lo anterior fue con el análisis de los laudos que resolvieron controversias de contratos estatales (2005-2019), no desde una perspectiva jurídica (*v. gr.* líneas jurisprudenciales o los límites de lo que se puede arbitrar), sino intentando encontrar algunas tendencias en el tiempo y averiguando los orígenes educativos y profesionales de quienes participan en la actividad arbitral. Este enfoque, más sociológico si se quiere, puede justificarse en el hecho de que en el arbitraje con participación de entidades estatales converge interés y patrimonio público, tres subprofesiones jurídicas (árbitros, secretarios y litigantes), cuantiosos intereses privados y la forma más inmediata de circulación público-privada: quien es nombrado árbitro puede *permanecer* litigante, asesor y profesor. De hecho, más que una circulación, es una forma de concomitancia público-privada.

Los resultados descritos en el capítulo anterior demuestran que el arbitraje del contrato estatal en Colombia es una de las subprofesiones jurídicas mejor remuneradas, realizada mayoritariamente por hombres (salvo en los secretarios que ganan mucho menos), egresados de universidades privadas de alto costo ubicadas en Bogotá, litigantes y profesores en su mayoría, en la cual los privados demandan con muchísima más frecuencia, en casi todos los años analizados por más dinero (sea en total, la media o la mediana) y con mejores resultados en la relación del número de condenas por el número de laudos en el tiempo. Las anteriores características encajan en los rasgos sobresalientes

de la profesión descritos por Bedoya Ceballos y García Villegas, que fueron transcritos en la introducción de este trabajo[68].

Los resultados también demuestran la relevancia adquirida por el arbitraje, representada en el aumento del número de laudos en el tiempo, jalonado principalmente por las demandas de los particulares (ver 2.7.3, gráfica 2-34). Este auge ha encontrado justificación en que las disputas puedan resolverse de manera pronta "*depender de la parsimonia de la justicia ordinaria*" (García Villegas & Ceballos Bedoya, 2019, pág. 170); sin embargo, la entrega del Estado a particulares (mayoritariamente litigantes) de la resolución de sus conflictos no es atribuible únicamente a los problemas que pueda tener la Administración de Justicia, sino que hace parte de un contexto más amplio: de la introducción de la lógica de mercado en esferas que estaban tradicionalmente fuera de su alcance, y de una transformación en la ética de la profesión jurídica, de un paradigma republicano a uno (en extremo) contractualista. Lo anterior, a su vez, no solo es negativo para la profesión y el arbitraje, sino que afecta la calidad del régimen democrático que depende, en buena medida, de la forma en la que se estructure la separación entre lo público y lo privado. A continuación, se abordan brevemente estos tres puntos teniendo en consideración los datos reseñados.

3.1. Lógica de mercado en esferas tradicionalmente fuera de su alcance

En el primer capítulo se hizo alusión al concepto de *apartheid educativo* y se mencionó cómo, el hecho de que el mercado fuera el agente regulador de la educación legal ha generado que esta no cumpla uno de sus principales objetivos: "*promover la igualdad sobre*

[68] "La profesión jurídica en Colombia tiene al menos tres características sobresalientes: 1) una marcada incapacidad del Estado para imponer orden, coadyuvada por una fuerte resistencia de los juristas, de las facultades de Derecho y, en general, de la profesión, a emprender acciones de autorregulación; 2) una situación de apartheid poroso de clases sociales que atraviesa toda la profesión, desde la educación hasta el ejercicio profesional; 3) una feminización de la profesión afectada por un "techo de cristal". Además de estas conclusiones fuertes, puede plantearse que existe un orden profesional dominado por las reglas del mercado y por la posición preponderante de los litigantes en todas las subprofesiones jurídicas (sobre todo en los profesores de Derecho, los magistrados de las altas Cortes y los funcionarios de alto perfil)" (García Villegas & Ceballos Bedoya, La profesión jurídica en Colombia, 2019, pág. 197).

la base de méritos, animando el progreso económico y social" (Fuentes Hernández, 2004, pág. 51). Tomadas en consideración estas dos ideas es posible remitirse a un contexto más general: el de la relevancia del pensamiento orientado hacia el mercado (*market oriented thinking)*.

De acuerdo con el filósofo estadounidense Michael Sandel "*el cambio más fatídico ocurrido en las últimas tres décadas no fue un aumento de la codicia. Fue la expansión de los mercados, y los valores de mercado, hacia esferas de la vida en donde no pertenecen"* (Sandel, 2013, pág. 7). Lo anterior significó el paso de una economía de mercado a una sociedad de mercado (Sandel, 2013, pág. 11), que acepta pacíficamente los valores de razonamiento del mercado (Sandel, 2013, pág. 14) permitiendo que estos mecanismos gobiernen espacios de la vida que tradicionalmente estuvieron fuera de su alcance.

Toda la actividad arbitral funciona bajo una lógica de mercado, al ser considerada una "*unidad de negocios"* en la "*que los centros deben ser autosostenibles, se les autoriza si demuestran* [que] *tienen punto de equilibrio, se mide el éxito del centro por los ingresos generados y los árbitros se motivan si tienen honorarios cuantiosos*" (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 155). De hecho, como se dijo más arriba, las instituciones que crean centros de arbitraje lo hacen motivadas por los recursos y las elevadas cuantías (Cámara de Comercio de Bogotá, 2017, pág. 151), lo que genera una tensión entre el razonamiento de mercado y la función público jurisdiccional que justifica las amplias facultades de los árbitros y la derogatoria de las jurisdicciones permanentes en su favor.

Una de las conclusiones relevantes de Sandel es que en la actualidad la influencia de los mercados hace que las personas acaudaladas y las de medios modestos lleven vidas más separadas: vivienda, lugares de trabajo, de compras y de esparcimiento, incluyendo las escuelas a las que asisten los niños[69] (Sandel, 2013, pág. 203). La influencia descrita alcanza a la educación jurídica en Colombia, pues los sectores de la población con

[69] Al respecto, indica Sandel: "La democracia no requiere de igualdad perfecta, pero sí requiere que los ciudadanos compartan una vida común. Lo importante es que personas de diferentes orígenes y posiciones sociales se encuentren entre ellas, y se tropiecen entre ellas, en el curso de la vida cotidiana. Pues así es cómo aprendemos a negociar y a tolerar nuestras diferencias, y cómo llegamos a que nos importe el bien común" (Sandel, 2013, pág. 203).

mayores recursos pueden garantizar su asistencia a instituciones privadas de alto costo y alta calidad, lo que les permitirá posteriormente ingresar a los segmentos mejor remunerados. En su trabajo García Villegas y Ceballos Bedoya hacen énfasis en esta situación en el contexto colombiano:

> "Así las cosas, el mercado tiende a reflejar las desigualdades económicas de la sociedad. Convierte los privilegios en 'méritos', pues hace que el éxito educativo y profesional no dependa tanto de las capacidades propias de cada estudiante como de su capital económico; de lo que se conoce como un 'accidente de cuna'.
> (…).
> "En suma, el origen social de los estudiantes (pre)determina su destino profesional. La educación jurídica colombiana reproduce las desigualdades sociales, pues favorece las calidades y capacidades de ciertos sectores privilegiados por determinadas características de su origen social. Esto significa que en la educación jurídica colombiana de calidad hay una cierta elección de los que ya estaban elegidos (Abogados sin reglas, 2019, págs. 90-91)"[70].

El anterior diagnóstico se ve confirmado en la educación de los árbitros: las probabilidades de ser árbitro sin ser egresado de una universidad privada de alto costo ubicada en Bogotá son muy bajas, y todavía más en el caso de las mujeres.

Adicionalmente, esta administración de justicia por particulares depende, además de la *arbitrabilidad* de la controversia (ver 1.3), de que las partes puedan pagarla, lo que disloca la lógica de turnos propia de un sistema judicial en democracia, permitiendo que quien pueda pagar pueda *saltarse la fila* (*jumping the queue*[71]), opción única (hacer la fila) para

[70] Sobre esta situación, anticipaba Ceballos Bedoya en un trabajo anterior:
"La segunda conclusión es que, si bien esa disparidad en la oferta es ya problemática, lo más grave es que ella está sesgada en términos de clase: las clases sociales no solamente estudian separadamente, sino que reciben una educación con calidades diferentes. Según los datos presentados, los programas de calidad tienen fuertes filtros de ingreso: los del sector privado son filtros económicos, porque son casi siempre los de más alto costo; y los del sector oficial son filtros académicos, porque tienen una capacidad de admisión muy restringida. Son entonces muy pocos los estudiantes que pueden recibir una buena formación como abogados. Pero esas pocas posibilidades están desigualmente repartidas entre las clases sociales, porque mientras un estudiante de clase alta tiene todas las probabilidades de acceder a una educación de buena calidad, un estudiante de clase baja o media-baja muy probablemente tendrá que recibir una educación de baja calidad y poco costosa." (Ceballos Bedoya, 2016).

[71] Al respecto, Michael Sandel anota: "[L]a ética de la fila –'primero en llegar, primero en ser atendido'- está siendo reemplazada por la ética del mercado –'obtienes lo que pagas'.

la mayoría de las personas que acuden a la Administración de Justicia. El grupo Aval podrá resolver prontamente sus controversias en la CCB, no así una víctima del conflicto armado que busque una reparación administrativa. Otra consecuencia indeseable es que los sectores económicamente más fuertes y que eventualmente podrían presionar para reformar el sistema judicial pierden todo interés en hacerlo por cuanto sus disputas se pueden resolver de manera rápida[72]. En cualquier caso, la lentitud del sistema judicial sirve de justificación y a la vez que exacerba esta situación.

Finalmente, es posible suponer que la expansión de la lógica de mercado —en este caso en la educación y el arbitraje del contrato estatal—, operó más profundamente en la profesión jurídica, a la vez que es reforzada, por un cambio en el balance entre dos tradiciones antagónicas de la ética jurídica/legal. Podría pensarse que existe una relación reciproca entre expansión de la lógica de mercado y el paso de una ética legal republicana a una ética legal contractualista[73].

Y este cambio refleja algo más grande -el creciente alcance del dinero y los mercados hacia esferas de la vida que tradicionalmente no estaban gobernadas por las reglas del mercado" (Sandel, 2013, pág. 28).

[72] Sobre un punto similar, Debra Satz concluye:
"Cuando quienes están a cargo de tomar decisiones públicas pueden contratar para sí soluciones privadas en los ámbitos de la educación, la protección policial e incluso la recolección de residuos, esto puede acarrear consecuencias problemáticas en la provisión pública de estos bienes. En la medida en que esto sea cierto, tal vez el mejor modo de asegurar que se tengan en cuenta los intereses públicos es que tanto el público como quienes están a cargo de tomar las decisiones compartan los mismos intereses. En todo caso, tal como lo demuestra el ejemplo, debemos tomar en consideración los efectos que los mercados podrían tener sobre las motivaciones del accionar de las personas. En ocasiones, permitir que las personas se estratifiquen y segmenten en distintos grupos puede atentar contra la solidaridad necesaria para garantizar la provisión de un bien público" (Satz, 2015, pág. 148).

[73] Las dos tradiciones que se enuncian a continuación, el republicanismo y el contractualismo, se reflejan en la profesión jurídica, pero hacen parte de un contexto general más amplio que tiene su inicio en la modernidad y el cambio de concepción del concepto de libertad. Esta transición fue claramente presentada por Benjamin Constant en su discurso *Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos*, así:
"El ejercicio continuo de los derechos políticos, la discusión diaria de los asuntos de Estado, las divergencias, los conciliábulos, todo el cortejo y todo el movimiento de las facciones, agitaciones necesarias, ocupación obligada –si me atrevo a emplear esta expresión– en la vida de los pueblos libres de la Antigüedad, que hubieran languidecido sin este recurso, bajo el peso de una inacción dolorosa, no ofrecerían sino molestias y fatigas a las naciones modernas, donde cada individuo, ocupado de sus negocios, de sus empresas, de los beneficios que obtiene o que espera obtener, no quiere ser distraído más que momentáneamente y lo menos posible. El comercio, en fin, inspira a los hombres un vivo amor por la independencia individual. El comercio atiende sus necesidades, satisface sus deseos, sin intervención de la autoridad" (Constant, pág. 87).

3.2. De una ética legal republicana a una ética legal contractualista

Tradicionalmente, los abogados obtuvieron su prestigio, en buena medida, por la distancia de la profesión con el mercado; se consideraban a sí mismos "*herederos de una concepción aristocrática de su rol pensado desde la óptica del desinterés y de la vocación"*, llegando a ser tenida por oxímoron la expresión "*abogado de negocios"* (*avocat d'affairs)* (Vauchez, 2012, pág. 42).

En un primer momento, la concepción republicana fue central en el ejercicio de la abogacía, y pudo influir con ideas como el patriotismo y un espíritu público de renuncia al interés individual (*selfless public spiritedness*) al núcleo de la profesión[74]. Por el contrario, para el contractualismo "*el ordenamiento jurídico es únicamente un modus vivendi y no es necesario el autosacrificio de nadie para su mantenimiento"* (Kronman, 2017, pág. 286). Los ciudadanos respetan la ley porque su obediencia conviene a su propio interés. El rol —no patriótico, ni de renuncia al interés propio— de los abogados surge de la necesidad de que haya expertos que puedan asistir a los otros ciudadanos en sus actuaciones ante la ley[75]:

De acuerdo Anthony Kronman, la importancia de esta distinción se aprecia mejor en las soluciones que cada tradición ofrece a los problemas centrales para la ética jurídica. En la visión contractualista, la principal preocupación ética surge en torno a la validez; la

[74] "La preparación que los abogados reciben, y el rol que juegan en la administración de la ley, les otorga, según los escritores republicanos, un respeto por la ley y una devoción a ella que otras carreras no alientan en el mismo grado. Por esto, se dijo, los abogados son particularmente propensos a poseer una actitud de espíritu público y están en una posición única para llevar esta actitud hacia la más amplia esfera de la vida privada, y en especial la vida comercial, donde el propio interés es más fuerte y las normas contractuales ampliamente acogidas. De acuerdo con esta visión, que tiene todavía muchos defensores, los abogados están bien equipados y temperamentalmente inclinados por cuenta de su experiencia profesional, para jugar un rol destacado en los asuntos de su comunidad, constituyendo su más confiable clase de patriotas y compartiendo una devoción hacia el bien común (*public good*) que sirve como contrapeso a los más extendidos hábitos de interés propio, cuya preeminencia es siempre una amenaza a la estabilidad política, en la teoría republicana" (Kronman, 2017, pág. 286).

[75] "Los abogados ayudan a sus clientes a perseguir su propio interés al proveerles la experticia legal de la que aquellos carecen. No ponen en esta tarea una devoción por el bien común, mucho menos la imponen a sus clientes (…) En esta visión contractualista de la función del abogado, los abogados no tienen más espíritu público que sus clientes. Tienen más conocimiento de los requisitos legales, pero no mayor devoción al ordenamiento jurídico" (Kronman, 2017, págs. 287-288).

pregunta será por los límites legales que tiene el abogado en sus actuaciones, no se espera de él una contribución directa al bien común, sino que lo hará de manera indirecta al perseguir el interés particular de su cliente. En este esquema priman las ideas de justicia adversarial y de mano invisible (Kronman, 2017, pág. 287). El autor destaca que el atractivo de las ideas contractualistas se debe, en buena parte, al hecho de que eliminan la tensión entre espíritu público (*public spiritedness)* y el interés particular, siempre latente en el esquema republicano.

Es posible pensar que, en Colombia, un país en el que "*la ética no tiene nada que ver con el derecho*", hace mucho tiempo se haya instalado una versión hipertrofiada de la ética contractualista que todo lo mide desde el lente de la validez. El ejemplo más obvio es el nombramiento de Néstor Humberto Martínez como Fiscal General de la Nación: legalmente estaba habilitado para serlo, a pesar de las consecuencias indeseables que pudiera acarrear para la imagen de la Fiscalía por los conflictos de interés en las investigaciones de antiguos clientes suyos.

En todo caso, Kronman reconoce que la caracterización hecha es entre dos polos (ideales) por lo que habrá numerosas posibilidades intermedias; por eso, el autor advierte que ningún entendimiento es completo por sí solo, lo que se evidencia en la facilidad con que ambos bandos pueden ser caricaturizados desde la orilla contraria: "*para un contractualista, la concepción republicana de la profesión jurídica está destinada a parecer antidemocrática, irrespetuosa de la igualdad y la independencia de las personas* (...) *para la concepción republicana la visión contractualista de del rol del abogado luce igual de perniciosa: una concepción estrecha y degradante (a demeaning and small minded view) que convierte a los abogados en herramientas serviles, protectores de la riqueza"* (Kronman, The Fault in Legal Ethics, 2017, pág. 291).

Por la validez de estas críticas, el autor sugiere que ninguna de las dos concepciones contiene toda la verdad sobre los abogados (Kronman, The Fault in Legal Ethics, 2017, pág. 291). En primer lugar, por la variedad de actividades que estos realizan, pues algunas, para ejecutarse de forma responsable necesitan una ética principalmente contractualista (*v. gr.* litigantes); y otras que, sin algo (o mucho) del espíritu republicano resultarían impensables, como es el caso de los jueces. Esta última idea, traduce de otra forma la tensión anotada más arriba entre lógica de mercado y función público jurisdiccional, pues

al ser los árbitros litigantes la mayor parte del tiempo, la ética legal de su actividad principal no encaja con aquella requerida para administrar justicia. Un ejemplo permite ilustrar la anterior situación.

En una demanda de un particular contra el Estado, uno de los árbitros era amigo cercano del director jurídico de la empresa convocante, tanto así que ambos eran socios fundadores de la misma firma de abogados (Sacyr, pleitos más que obras, 2020) (W Radio, 2020). Si bien el Estado recusó al árbitro y este renunciaría después (Asuntos Legales, 2020), la respuesta dada al ser cuestionado sobre cómo era posible que hubiera sido nombrado en primer lugar es elocuente:

> "Al indagar cómo se podría permitir la participación de Fonseca como juez de dicho Tribunal de Arbitramento, siendo amigo de quien lo solicita, la justificación que se entregó es que dentro del tribunal hay tres jueces: uno que pone la parte que lo solicita, otro que defiende a quien citaron y el último que ayuda dirimir el conflicto. Fonseca sería el de la parte demandante que en este caso es Sacyr" (W Radio, 2020).

El caso mencionado se trata de un puente que valió más de $100.000'000.000 y cuya calidad ha sido cuestionada por diferentes motivos. El contratista pretendía, entonces, que una persona cercana a la empresa participara en la decisión de su pleito contra el Estado, aceptando abiertamente y de forma natural el concepto de juez parcializado.

Este tipo de situaciones es ilustrativo de cómo la lógica de mercado y la ética legal de corte contractualista (hipertrofiada), no solo inciden en la profesión, sino, además, en la calidad del régimen democrático, que depende, en buena medida, de la forma en la que se estructure la separación entre lo público y lo privado.

3.3. Arbitraje y frontera público-privada

La frontera entre lo público y lo privado tiene una naturaleza especial, con una función simbólica y política esencial para los regímenes democráticos; no se trata de una frontera como las demás, que pueda ser pensada exclusivamente desde la óptica de la eficacia económica o de la modernización burocrática; es *un objeto plenamente político* (Vauchez & France, 2017, pág. 8). Lo que se quiere resaltar es que, en la forma en que se estructure

la separación entre lo público y lo privado, está en juego nada menos que la calidad de un régimen democrático.

Lo afirmado por los autores recién citados tuvo en consideración un trabajo del filósofo estadounidense Michael Walzer. De acuerdo con este, el liberalismo permitió la superación de concepciones organicistas de la sociedad a partir de la idea de construir muros (*walls*), en donde cada separación creaba una libertad (Walzer, 1984, pág. 315). Sin duda, uno de los muros más importantes para el liberalismo es el que separa y protege a los individuos de la intromisión del Estado; no obstante, apunta el autor, es posible pensar en la necesidad de uno que proteja al Estado del poder económico que surge en la sociedad civil, pues cuando esta separación no se sostiene o lo hace de una manera endeble, ocurre lo que denomina *conversiones tiránicas* (Walzer, págs. 318-319), entendidas como la obtención de beneficios y ventajas en la esfera pública a partir de una posición privilegiada en la esfera privada, ocasionando que la requerida igualdad de las personas para la toma de decisiones en la conducción de una democracia sea horadada.

La anterior idea se evidencia con claridad en las investigaciones sobre *lobby*. En su trabajo, France y Vauchez concluyen que, en gran medida, los abogados han servido de grupo *bisagra* entre los poderes económicos y las agencias reguladoras en Francia, por la posibilidad de pasar de lo público a lo privado —y viceversa— con relativa facilidad, gracias a lo que se ha denominado la *fluidez del título de abogado* (*la fluidité du titre d'avocat*) (Vauchez, 2012, pág. 41), definida como:

> "…la capacidad –desigual en los períodos y los espacios– que permite realizar una multiplicidad de roles sociales y profesionales en contacto con los sectores económicos, políticos y administrativos: **litigante en las cortes sin duda, pero también consejero jurídico, árbitro, experto, mediador, conciliador, agente de negocios, fiduciario, ejecutor testamentario, gerente de sociedad comercial, profesor de universidad, o incluso…parlamentario**. Desde este punto de vista, las reglas de incompatibilidades, «deberes de probidad», procedimientos de recusación y otros reglamentos internos y códigos de deontología no constituyen simples cuestiones técnicas: determinan la fluidez del título, o para decirlo de otra manera, su *valeur de sésame* que permite a su titular irradiar mucho más allá del dominio tradicional de la defensa judicial*"* (Vauchez, 2012, pág. 41).

La posibilidad de influir en lo público y lo privado, de tener un conocimiento especializado y, más importante todavía, contactos en las dos esferas, hizo que, en un documento previo, Vauchez describiera a los abogados de negocios (*avocats d'affaires*) como *profesional*[es]

de la clase dirigente (Vauchez, 2012). Así, sostiene, el interés de la sociología política por el estudio de los abogados se justifica, no solo por sus capacidades técnicas, sino, sobre todo, por los escenarios en que hacen las veces de piedra angular entre las élites del poder (*power broker, clef de voûte)* y la administración. Se trata entonces de:

> "...no considerar a los abogados de negocios solamente por la experticia técnica que despliegan en la gestión de los casos, sino también por la multiplicidad de roles y relaciones sociales que están que están en condiciones de sostener sucesiva y/o simultáneamente. En otros términos, no es solo el jurista lo que interesa, también, de manera más amplia, el «profesional de la clase dirigente», que ejerce una actividad de corretaje o de intermediación en los confines de la economía, de la política y de la administración…" (Vauchez, 2012, pág. 40).

La comprensión del problema del cambio de subprofesiones debe superar la óptica individual y tener en cuenta su efecto acumulativo, de manera que se vean claramente los costos democráticos asociados a una separación porosa entre lo público y lo privado (Vauchez & France, 2017). En el análisis de laudos puede verse que el arbitraje es un mecanismo desfavorable en términos generales al Estado, lo que puede deberse a numerosas razones y no solo a la injerencia de los privados. No obstante, es posible complementar los datos con algunas anécdotas que desde una óptica cualitativa permitan entender mejor el efecto acumulativo mencionado.

Numerosos casos generan asombro. Sumado al reseñado caso de Sacyr, el primer ejemplo (y quizá más obvio) es el proceso arbitral en el que la Concesionaria Ruta del Sol (Odebrecht y Corficolombiana), con la coadyuvancia de siete bancos, demandó a la Agencia Nacional de Infraestructura —ANI—. Previo a proferirse el laudo se hizo público, en una columna de opinión, que la ministra de transporte intentó una conciliación en la que el Estado se obligaba a pagar 1.2 billones de pesos. El escrutinio imposibilitó el acuerdo y en la decisión de fondo el tribunal condenó a la ANI por un poco más de 200.000 millones de pesos, valor significativamente menor al del frustrado acuerdo. Llamó la atención que el acuerdo fuera presentado por la ministra y no por el director de la ANI, aun cuando esta última entidad está adscrita a esa cartera. Asimismo, después se conoció que la ministra había sido contratista del grupo Aval, propietario de Corficolombiana (Duzán, Jugando a la ruleta, 2019) (Duzán, La ministra con aval, 2019) (Bejarano Guzmán, La ministra del billón: "¿no ve que estoy pudiendo?", 2019).

El segundo ejemplo fue la suscripción de un pacto arbitral, dos días antes de la inauguración del puente Pumarejo en Barranquilla, cuando ya el contratista había presentado su demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De acuerdo con el columnista, la entidad se negó durante toda la ejecución del contrato, cuyo valor inicial de 614.000 millones fue adicionado en 130.000, a suscribir una modificación para acudir a arbitraje. Además, el director del Invías había dicho públicamente que la justicia ordinaria resultaba el mecanismo idóneo para resolver sus controversias (Vargas Lleras, El desvergonzado, 2020).

El tercer ejemplo, es el de un árbitro con antecedentes penales que adeudaba $600'000.000 a la contraparte del Estado y no se declaró impedido ni reveló esa información (El Espectador, 2014).

El cuarto ejemplo es un proceso arbitral con unas pretensiones cercanas a los $30.000'000.000, en el que el Estado y el particular contratista acordaron conciliar según el resultado de un peritaje. El perito elaboró su informe a partir de la información que le fue entregada por el privado y concluyó que el Estado adeudaba al contratista $400.000'000.000 (El Espectador, 2014)[76]. Este hecho, referido en una entrevista a la entonces directora de la ANDJE, la valió la citación ante un tribunal que probablemente se sintió aludido al estar conformado por las mismas partes. En la diligencia, la presidente del tribunal realizó una serie de preguntas muy específicas sobre las diferencias en el desarrollo y lo debatido en los dos casos. La directora dejó constancia de la extrañeza que le causó ser citada a rendir testimonio en un proceso en el que la ANDJE había decidido no intervenir (Desarrollo Vial de Nariño S.A. contra Agencia Nacional de Infraestructura, 2016).

El anterior es un claro ejemplo de cómo la ética legal contractualista propia de los litigantes difiere de aquella requerida para ser juez. Un juez debe ignorar las declaraciones que puedan hacerse sobre los asuntos sometidos a su conocimiento y fallar de acuerdo con lo

[76] Finalmente, el dictamen no fue aprobado, y el pacto del Estado y el particular en el sentido de renunciar a la objeción del peritaje fue tenido por no válido.

que considere ajustado a derecho. No debe, como hizo el tribunal, citar a rendir declaraciones a quien además no hace parte del proceso, para intentar demostrar que no tenía razón en lo dicho. Este enfoque adversarial es de los litigantes, no de los jueces.

Un quinto y último ejemplo es el de un árbitro "*que en la mitad de los procesos decidió renunciar al encargo, para asumir la representación del contratista en pleitos contra el mismo ente. Es decir, el flamante árbitro cambió de camiseta en la mitad del partido y pasó de juez a contraparte*" (Bejarano Guzmán, Cartel del arbitraje, 2014).

Todas las características del arbitraje hasta aquí reseñadas (elevadas cuantías, decisión sobre cuestiones relativas al interés y patrimonio públicos, relevancia nacional de los asuntos decididos, convergencia de subprofesiones, participación de contratistas privados, desmejora más rápida de los resultados de las entidades públicas), sumado a los eventos recién descritos, permiten concluir que el arbitraje en contratación estatal es uno de los lugares de encuentro entre las élites económicas, políticas y de la administración[77]. Sin duda los árbitros son profesionales de la clase dirigente que fácilmente *pueden* convertirse en piedra angular o realizar actividades de corretaje entre los intereses privados y lo público para realizar *conversiones tiránicas*, desafortunadamente investidas de la legitimidad propia de una decisión judicial.

[77] Podría pensarse que, en parte, uno de los problemas en este encuentro entre élites económicas, políticas y administrativas, es que en Colombia las últimas dos se confunden, como consecuencia de no haber logrado "*consolidar un aparato burocrático técnico, independiente de los partidos y eficiente*" (García Villegas, Torres Echeverry, Revelo Rebolledo, Espinosa Restrepo, & Duarte Mayorga, 2016, pág. 14)

CONCLUSIONES

En 1993, Ben Ross Schneider publicó un artículo en el que desarrolló el concepto de *aislamiento burocrático*, entendido como la capacidad de los servidores públicos para perseguir preferencias y formular políticas de manera independiente (Schneider, 1993, pág. 331). En su trabajo, advirtió que esta independencia es inversamente proporcional a la influencia de los negocios; es decir, entre menor sea la permeabilidad de éstos en los asuntos estatales, de mejor manera estará garantizado el *aislamiento burocrático*, y viceversa. Según Schneider, "*para entender la forma en que los abogados del Estado actúan es necesario saber dónde han estado y hacia dónde se dirigen*" (Schneider, 1993, pág. 331).

El arbitraje del contrato estatal puede considerarse la antípoda del aislamiento burocrático: los árbitros dedican la mayor parte de su tiempo al litigio y la asesoría, y solo temporalmente prestan un servicio público. Así, el arbitraje del contrato estatal, pensado como espacio físico, es un territorio de convergencia (casi un circuito) en la frontera público-privada. El agravante, según se dijo, es el velo de legitimidad que por ser decisiones judiciales tienen los laudos arbitrales.

El hecho de que el arbitraje del contrato estatal sea en general desfavorable para las entidades públicas puede deberse a muchos factores, entre los que podría enumerarse la deficiente defensa judicial del Estado, el incumplimiento reiterado de sus obligaciones contractuales, condiciones imprevistas para el contratista que hacen más onerosa la ejecución (por indebida planeación o fuerza mayor), *etc*. Sin embargo, el análisis cuantitativo, sumado a los casos descritos en el apartado anterior, permiten inferir que los incentivos para que los privados obtengan una ventaja en arbitraje son atractivos, están ahí, y una ética legal contractualista hipertrofiada no tiene problema en tomarlos. Aunque en muchos casos no se trate de actuaciones ilegales, son prácticas que en buen sentido común no deberían tener lugar.

Vale resaltar nuevamente que "*las reglas de incompatibilidades, «deberes de probidad», procedimientos de recusación y otros reglamentos internos y códigos de deontología no constituyen simples cuestiones técnicas: determinan la fluidez del título*" (Vauchez, 2012, pág. 41). El régimen de impedimentos de los jueces, sumado al espíritu elástico/voluntario del deber de información (ver 1.3.1) parecieran ser insuficientes en el caso estudiado. Como ha ocurrido en el pasado[78], es esperable que cualquier intento de limitar la capacidad de ser árbitro encuentre una fuerte oposición.

[78] Fue cuestionada la constitucionalidad de la limitación para árbitros y secretarios de actuar en máximo cinco tribunales en los que intervenga una entidad pública o quien ejerza funciones administrativas (artículo 8), que los secretarios no puedan tener una relación contractual, de subordinación o dependencia con alguno de los árbitros (artículo 9), y el *deber de información* (artículo 15), de la Ley 1563 de 2012. Al estudiar los cargos la Corte Constitucional concluyó que las tres normas eran exequibles y destacó que los antecedentes legislativos daban cuenta de que su intención era blindar al arbitraje de "'abusos, monopolios, tráfico de influencias y de acaparamientos indebidos'" (Acción Pública de Inconstitucionalidad, 2013).

Bibliografía

Presidencia de la República. (18 de Mayo de 2018). Directiva Presidencial 4 de 2018. *Políticas en materia arbitral*. Bogotá.

Abel, R. L. (1982). The Underdevelopment of Legal Professions: A Review Article on Third World Lawyers. *American Bar Foundation*, 871-893.

Acción Pública de Inconstitucionalidad, C-305 (Corte Constitucional 22 de Mayo de 2013).

Acción pública de inconstitucionalidad, C-138/19 (Corte Constitucional 28 de Marzo de 2019).

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2016). *El Arbitramento y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.* Bogotá.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2016). *Laudos arbitrales periodo 2012-2016. Informe sobre causas y subcausas de litigiosidad y condena.* Bogotá.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2018). *Balance de gestión.* Bogotá.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2019). *Descripción de patrones decisionales en tribunales de arbitramento.* Bogotá.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2019). *Informe de gestión 2019.* Bogotá.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (16 de Febrero de 2020). Registro de arbitramentos públicos. Bogotá.

Almonacid Sierra, J. J. (2011). Los jueces del diablo fronteras de la justicia arbitral en la contratación administrativa. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*.

Ámbito Jurídico. (17 de Septiembre de 2018). *Ámbito Jurídico*. Obtenido de En Colombia hay 355 abogados por cada 100 mil habitantes: https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/educacion-y-cultura/en-colombia-hay-355-abogados-por-cada-100-mil-habitantes

Asuntos Legales. (23 de 10 de 2020). El árbitro Fonseca renunció al tribunal de arbitramento de Sacyr sobre el Puente Hisgaura. *Asuntos Legales*.

Bancaud, A., & Dezalay, Y. (Vol. 12, n°2, 1994). Des "grands prêtres" du droit au marché de l'expertise juridique : transformations morphologiques et recomposition du champ des producteurs de doctrine en droit des affaires. *Politiques et management*, 203-220.

Bejarano Guzmán, R. (29 de Noviembre de 2014). *Cartel del arbitraje.* Obtenido de El Espectador: https://www.elespectador.com/opinion/cartel-del-arbitraje-columna-530503

Bejarano Guzmán, R. (25 de Enero de 2018). *Ámbito Jurídico*. Obtenido de No solo para los árbitros: https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/no-solo-para-arbitros-opinion-de-ramiro-bejarano-guzman

Bejarano Guzmán, R. (17 de Julio de 2018). *Populismo legislativo.* Obtenido de Ámbito Jurídico: https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/constitucional-y-derechos-humanos/populismo-legislativo

Bejarano Guzmán, R. (11 de Agosto de 2019). *La ministra del billón: "¿no ve que estoy pudiendo?".* Obtenido de El Espectador: https://www.elespectador.com/opinion/la-ministra-del-billon-no-ve-que-estoy-pudiendo-columna-875393

Cámara de Comercio de Bogotá. (2017). *Informe final del diagnóstico del arbitraje en el territorio nacional.* Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Cámara de Comercio de Bogotá. (2019). Estadísticas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la CCB: Arbitraje. *Arbitrio*, 131-133.

Cámara de Comercio de Bogotá. (20 de Mayo de 2019). Lista de árbitros B. Bogotá.

Cámara de Comercio de Bogotá. (19 de Marzo de 2020). Lista de árbitros A. Bogotá.

Cárdenas Mejía, J. P. (2019). Introducción a la historia del arbitraje en Colombia. *Arbitrio*, 20-29.

Carrillo Flórez, F. (2019). El arbitraje y el interés público en los contratos estatales. *Arbitrio*, 105-109.

Castro Muñoz, J. J. (6 de Julio de 2018). *Examen para egresados, ¿suficiente?* Obtenido de Asuntos Legales: https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/juan-jose-castro-munoz-530496/examen-para-egresados-suficiente-2746474

Castro, C. (6 de Febrero de 2015). *La Judicatura: la corte que se resiste a morir.* Obtenido de Semana: https://www.semana.com/contenidos-editoriales/equilibrio-de-poderes-asi-cambiara-el-estado/articulo/el-consejo-superior-de-la-judicatura-la-corte-que-se-resiste-morir-en-la-reforma-de-equilibrio-de-poderes/429975-3

Ceballos Bedoya, M. A. (2016). *Educación jurídica, abogados y movilidad social en Colombia [Tesis de maestría].* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. (27 de Febrero de 2020). Laudos parte pública. Bogotá.

Cohecha León, C. (2015). *Declaración de siniestros en la contratación pública colombiana: construcción dogmática de una regulación inconclusa [Tesis de doctorado].* Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.

Constant, B. (Verano 2013). Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos. *Libertades*, 83-95.

Dejusticia. (28 de Junio de 2018). *Así va la solicitud para regular la convocatoria para la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.* Obtenido de Dejusticia: https://www.dejusticia.org/asi-va-la-solicitud-para-regular-la-convocatoria-para-la-comision-nacional-de-disciplina-judicial/

Desarrollo Víal de Nariño S.A. contra Agencia Nacional de Infraestructura, 2800 (Tribunal Arbitral 25 de Abril de 2016).

Dezalay, Y., & Trubek, D. M. (1994). *La reestructuración global y el derecho. La internacionalización de los campos jurídicos y la creación de espacios transnacionales.* Bogotá: Universidad Nacional.

Dinero. (5 de Septiembre de 2019). *Colombia, el segundo país del mundo con más abogados.* Obtenido de Dinero: https://www.dinero.com/empresas/articulo/abogados-a-reinventarse/276327

Duzán, M. J. (28 de Julio de 2019). *Jugando a la ruleta.* Obtenido de Semana: https://www.semana.com/opinion/articulo/la-plata-para-pagar-la-deuda-que-odebrecht-le-debe-a-los-bancos-saldria-de-impuestos-por-maria-jimena-duzan/625443

Duzán, M. J. (11 de Agosto de 2019). *La ministra con aval.* Obtenido de Semana: https://www.semana.com/opinion/articulo/angela-maria-orozco-debe-renunciar-columna-de-maria-jimena-duzan/627382

El Espectador. (15 de Noviembre de 2014). *"Cada tribunal de arbitramento cuesta $3.000 millones".* Obtenido de El Espectador:

https://www.elespectador.com/noticias/judicial/cada-tribunal-de-arbitramento-cuesta-3000-millones-articulo-527827

El Espectador. (13 de Junio de 2017). *El Espectador*. Obtenido de Colombia, el segundo país con más abogados en el mundo: https://www.elespectador.com/noticias/economia/colombia-el-segundo-pais-con-mas-abogados-en-el-mundo/

El Espectador. (2 de Octubre de 2018). *"Esperamos un proyecto que exprese los aportes de las cortes": Consejo de Estado.* Obtenido de El Espectador: https://www.elespectador.com/noticias/judicial/esperamos-un-proyecto-que-exprese-los-aportes-de-las-cortes-consejo-de-estado-articulo-810916

El Espectador. (5 de Noviembre de 2020). *La esperada Comisión Nacional de Disciplina Judicial ya tiene lista de preseleccionados*. Obtenido de EL Espectador: https://www.elespectador.com/noticias/judicial/la-comision-nacional-de-disciplina-judicial-ya-tiene-lista-de-preseleccionados/

El Nuevo Siglo. (22 de Febrero de 2020). *Demandas contra el Estado llegan al 40,2% del PIB.* Obtenido de El Nuevo Siglo: https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/02-2020-demandas-contra-el-estado-llegan-al-402-del-pib

El Tiempo. (20 de Octubre de 2020). *5 magistrados de polémica Sala de Judicatura quieren repetir*. Obtenido de El Tiempo: https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/magistrados-de-polemica-sala-inscritos-para-comision-nacional-de-disciplina-judicial-544359

Friedman, L. M. (2006). Algunos comentarios sobre la educación jurídica. En R. Pérez Perdomo, & J. (. Rodríguez Torres, *La formación jurídica en América Latina* (págs. 387-397). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fuentes Hernández, A. (2004). Educación legal y educación superior en Colombia: desarrollos institucionales y legales 1990-2002. *Abogacía y Educación Legal*, 39-51.

García Villegas, M. (2010). Sociología de la profesión jurídica. En M. García Villegas, *Los abogados en Colombia* (págs. 9-25). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

García Villegas, M., & Ceballos Bedoya, M. A. (2019). *Abogados sin reglas.* Bogotá: Planeta.

García Villegas, M., & Ceballos Bedoya, M. A. (2019). *La profesión jurídica en Colombia.* Bogotá: Dejusticia.

García Villegas, M., Torres Echeverry, N., Revelo Rebolledo, J., Espinosa Restrepo, J. R., & Duarte Mayorga, N. (2016). *Los territorio de la paz, la construcción del Estado local en Colombia.* Bogotá: Dejusticia.

Gargarella, R. (2012). El constitucionalismo latinoamericano y la "sala de máquinas" de la Constitución (1980-2010). *Gaceta Constitucional*, 289-306.

Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010).* Buenos Aires: Katz.

Gómez Albarello, J. G. (2018). ¿Una paz maleducada e insostenible? Cómo la política educativa del Estado aleja a Colombia de la justicia, la democracia y la paz. En M. (. García Villegas, *¿Cómo mejorar a Colombia?* (págs. 307-324). Bogotá: Planeta Colombiana S.A.

Gómez Alzate, C. (Marzo de 2019). Arbitraje y defensa jurídica del Estado. (C. d. Bogotá, Entrevistador)

Granado Hijelmo, I. (2005). El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación. *Revista jurídica de Navarra*, 39-56.

Jaramillo, J. (2016). La reforma de la organización electoral colombiana. En M. García Villegas, R. Uprimny Yepes, A. Rodríguez Villabona , & D. I. Güiza Gómez, *Constitución, democracia y derechos* (págs. 134-167). Bogotá: Dejusticia.

Kronman, A. T. (1996). The Fault in Legal Ethics. *Faculty scholarship series*, 489-503.

Kronman, A. T. (2017). The Fault in Legal Ethics. *Dickinson Law Review*, 281-294.

Lynch, D. O. (1981). *Legal Roles in Colombia.* Uppsala.

Mantilla, I. (12 de Julio de 2018). *Ecuaciones de opinión - Abogados al tablero.* Obtenido de Blogs El Espectador: http://blogs.elespectador.com/actualidad/ecuaciones-de-opinion/abogados-al-tablero

Markoff, J., & Montecinos, V. (1994). El irresistible ascenso de los economistas. *Desarrollo Económico, vol. 34, N° 133*, 3-29.

Ministerio de Educación Nacional. (27 de Mayo de 2019). *Instituciones de Educación Superior (IES)*. Obtenido de Ministerio de Educación Nacional: https://www.mineducacion.gov.co/1621/article-217744.html

Newman Pont, V., & Ángel Arango, M. P. (2017). *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política.* Bogotá: Dejusticia.

Ocampo López, D. (2019). Estado de las potestades contractuales de la administración. En M. N. Velásquez Rico, *Reflexiones sobre la contratación del sector público en Colombia* (págs. 95-109). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

OECD. (2010). *Post-Public Employment. Good practices for preventing conflict of interest.* OECD.

Parra Herrera, N. (15 de Agosto de 2018). *La Ley 1905 de 2018, recapitulando algunas críticas.* Obtenido de Ámbito Jurídico: https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/educacion-y-cultura/la-ley-1905-del-2018-recapitulando-algunas-criticas

Pérez Perdomo, R. (2004). Educación jurídica, abogados y globalización en América Latina. *Abogacía y Educación Legal*, 4-14.

Pérez Perdomo, R. (2004). *Los abogados de América Latina. Una introducción histórica.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Presidencia de la República. (23 de Diciembre de 2015). Directiva Presidencial No. 3. *Políticas en materia arbitral*. Bogotá, Colombia.

Presidencia de la República. (18 de Mayo de 2018). Directiva Presidencial No. 4. *Políticas en materia arbitral*. Bogotá, Colombia.

Presidencia de la República. (10 de Noviembre de 2020). *Invitación a presentar hojas de vida para el cargo de magistrado de la comisión nacional de disciplina judicial*. Obtenido de Gov.co: https://dapre.presidencia.gov.co/AtencionCiudadana/convocatorias-consultas/invitacion-cargo-magistrado-comision-nacional-disciplina-judicial-2020

Ramírez Gutiérrez, A. (2019). El "juez natural" de la infraestructura del transporte estatal. *Arbitrio*, 48-53.

Salamanca Ramírez, F. A. (2010). *La educación legal en Colombia.* Bogotá: Universidad Nacional.

Salamanca, F. A. (2010). Educación legal en Colombia. Análisis cuantitativo desde una perspectiva histórica. En M. García Villegas, *Los abogados en Colombia* (págs. 103-143). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Sánchez Duque, L. M. (2010). Los abogados en el Gobierno colombiano desde los albores del siglo XX. En M. García Villegas, *Los abogados en Colombia* (págs. 145-179). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Sandel, M. (2013). *What money can't buy.* Londres: Penguin Books.

Santofimio Gamboa, J. O. (2019). La relación distante, estricta y excepcional de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa frente a las decisiones de la justicia arbitral a propósito de los litigios derivados del contrato del Estado. *Arbitrio*, 35-39.

Satz, D. (2015). *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta: Los límites morales del mercado.* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Schneider, B. R. (1993). The Career Connection. A comparativa analysis of bureaucratic preferences and insulation. *Comparative Politics,* 331-350.

Sentencia de Unificacón, 174-07 (Corte Constitucional 14 de Marzo de 2007).

Silva García, G. (2006). Perspectivas sobre la educación jurídica. En R. (. Pérez Perdomo, & J. Rodríguez Torres, *La formación jurídica en América Latina* (págs. 30-100). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Silva García, G. (2006). Prospectivas sobre la educación jurídica. En R. Pérez Perdomo, & J. Rodríguez Torres, *La formación jurídica en América Latina* (págs. 29-100). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Soriano, R. (2011). La corrupción política: tipos, causas y remedios. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 382-402.

The World Bank. (10 de 11 de 2020). *Colombia*. Obtenido de The World Bank: https://data.worldbank.org/country/colombia?type=shaded

Tilly, C. (1992). *Coerción, capital y los Estados europeos, 990-1990.* Madrid: Alianza.

Vargas Lleras, G. (1 de febrero de 2020). *El desvergonzado.* Obtenido de El Tiempo: https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/german-vargas-lleras/el-desvergonzado-columna-de-german-vargas-lleras-457934

Vargas Lleras, G. (18 de Octubre de 2020). *Sacyr, pleitos más que obras.* Obtenido de El Tiempo: https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/german-vargas-lleras/sacyr-pleitos-mas-que-obras-columna-de-german-vargas-lleras-543856

Vauchez, A. (2012). L'avocat d'affaires : un professionnel de la classe dirigeante ? *Savoir/Agir*, 39-47.

Vauchez, A., & France, P. (2017). *Sphère publique, intérêts privés: Enquête sur un grand brouillage.* Paris: Sciences Po.

W Radio. (20 de Octubre de 2020). *¿Quién es el juez del Tribunal de Arbitramento entre Sacyr y Colombia?* Obtenido de W Radio: https://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/quien-es-el-juez-del-tribunal-de-arbitramento-entre-sacyr-y-colombia/20201020/nota/4079239.aspx

Walzer, M. (1984). Liberalism and the Art of Separation. *Political Theory*, 315-330.

Zapata, A. (2 de Febrero de 2016). *La nueva directiva presidencial sobre arbitramento en entidades de la Rama Ejecutiva.* Obtenido de Ámbito Jurídico: https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/educacion-y-cultura/la-nueva-directiva-presidencial-sobre-arbitramento