

Sentencia C-1436/00

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Problema de interpretación constitucional

La interpretación de una norma legal puede ser tenida como cargo de la demanda de constitucionalidad, cuando dicha interpretación involucre un problema de carácter constitucional.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Problema de interpretación constitucional

ARBITRAMENTO-Finalidad

El arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que, en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o previendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión -fallo arbitral- que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada.

ARBITRAMENTO-Definición

ARBITRO-Límites

La competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos.

ACTO ADMINISTRATIVO-Definición y presupuestos esenciales

El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO-Objeto

ACTO ADMINISTRATIVO-Control de legalidad

ORDEN PUBLICO NORMATIVO-Definición

ACTO ADMINISTRATIVO-Control de legalidad por jurisdicción y no de particulares

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Pronunciamiento jurisdiccional y no de particulares

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO-Pronunciamiento jurisdiccional y no de particulares

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO-Incompetencia de árbitros

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Reseña histórica sobre competencia

CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO PRIVADO-Distinciones

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Examen de cláusulas exorbitantes

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y ARBITRO-Examen de cláusulas exorbitantes/UNIDAD DE JURISDICCION

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Legalidad de actos de la administración

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Cláusula compromisoria/CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Arbitros

Referencia: expediente D-2952

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública".

Actora: Bertha Isabel Suárez Giraldo

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre del año dos mil (2000).

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

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Bertha Isabel Suárez Giraldo, demandó la inconstitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública”.

Por auto del veintiocho (28) de abril de dos mil (2000), el Magistrado sustanciador admitió la demanda, excepto en relación con el inciso 4º del artículo 70, por cuanto esta Corporación, en sentencia C-426 de 1994, declaró su exequibilidad, razón por la que al existir cosa juzgada constitucional, en los términos del artículo 243 de la Constitución, la demanda, en relación con el mencionado inciso, fue rechazada.

En consecuencia, en el mencionado auto, se ordenó la fijación en lista y se dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto en relación con los apartes de las normas que no han sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación. Igualmente, se comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente del Congreso y al señor Presidente de la República, con el objeto que, si lo estimaban oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de los artículos acusados.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales, propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir en relación con la demanda de la referencia.

### II. NORMAS DEMANDADAS.

“LEY 80 DE 1993

(octubre 28)

por la cual se expide el Estatuto de Contratación

de la Administración Pública.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(...)

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

“Artículo 71.- Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su desarrollo, terminación y liquidación.

“En el documento de compromiso que se suscriba se señalará la materia objeto de arbitramento, la designación de los árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos de los mismos.”

III. LA DEMANDA.

En concepto de la demandante, las normas transcritas desconocen los artículos 29, 116, 236, 237 y 238 de la Constitución. Para sustentar su demanda, la ciudadana hace suyos los argumentos expuestos por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de febrero 23 de año 2000, para concluir así:

“En resumen y acogiendo la tesis del Consejo de Estado, los artículos 70 y 71 de la ley 80 son inconstitucionales por desconocer el artículo 29 de la Constitución, el cual enseña que los procesos se deben resolver por el juez competente, siendo competente, de manera exclusiva y excluyente, la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer todo lo referente a los actos administrativos, en sus efectos jurídicos y sus efectos económicos.

“Lo anterior aparece claro en los artículos 236 a 238 de la Constitución de donde se infiere que respecto al acto administrativo, el juez natural es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“Entonces, cuando los artículos 70 y 71 de la ley 80, permiten a los particulares, en condiciones de árbitros, pronunciarse incluso sobre los actos administrativos contractuales, proferidos en uso de las facultades exorbitantes de la administración, se violan los artículos 29, 236, 237 y 238 de la Carta.” ( subrayas fuera de texto).

#### IV. INTERVENCIONES.

En el término constitucional establecido para intervenir en la defensa o impugnación de la norma parcialmente acusada, presentaron escritos los ciudadanos José Camilo Guzmán Santos y Manuel Avila Olarte, en su calidad de apoderados de los Ministerios de Justicia y del Derecho, y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Igualmente, presentó escrito el ciudadano Jorge Hernán Gil Echeverry, solicitando la declaración de exequibilidad de los artículos demandados. Sin embargo, este escrito fue presentado en forma extemporánea, razón por la que no será tenido en cuenta por la Sala.

##### 1. Intervención del ciudadano José Camilo Guzmán Santos.

Según este interviniente, la demandante hace una interpretación errónea de las normas

acusadas, dado que no toda controversia contractual permite acceder a la jurisdicción arbitral, “yerro hermenéutico sin consecuencias en la constitucionalidad de las normas acusadas.”

En materia administrativa, la transacción está prevista como forma anormal de terminación de los procesos relativos a las controversias contractuales y de reparación directa, siempre que se cumplan las previsiones del artículo 218 del Código Contencioso Administrativo.

En este sentido, ha de entenderse que sólo son transables aquellos asuntos frente a los cuales es igualmente procedente la conciliación administrativa, reglada hoy en los artículos 70 y siguientes de la ley 446 de 1998. Así lo ha precisado el legislador y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, al establecer que la competencia de los tribunales de arbitramento está circunscrita a los asuntos objeto de conciliación, sin que puedan hacer pronunciamiento alguno frente “aquellos que incumben inexorablemente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como son los que tocan con el ordenamiento jurídico”.

Concluye este interviniente “.... el artículo 116 constitucional defiere al legislador la reglamentación de la forma como los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia. En tratándose de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho, el legislador, en uso de la cláusula general de configuración normativa, dispuso que los asuntos susceptibles de arbitramento son aquellos de carácter transigible, sin que ello derive en contradicción con la norma superior. Corolario de todo lo anterior, las normas acusadas constituyen un desarrollo legal permitido por la Constitución, en los términos del citado artículo 116.”

## 2. Intervención del ciudadano Manuel Avila Olarte.

Según este interviniente, si se interpreta en su verdadero sentido la demanda presentada por la ciudadana Suárez Giraldo, se puede observar que la inconstitucionalidad de las normas acusadas no es por el contenido de las mismas, sino por la interpretación que de ellas han hecho algunos operadores jurídicos, razón por la que la Corte debería declararse inhibida, al basarse la demanda en una proposición jurídica inexistente.

Sin embargo, afirma que los artículos acusados son desarrollo de la norma constitucional,

según la cual se puede hacer uso de los mecanismos alternos de resolución de conflictos, artículo 116 de la Constitución, para definir controversias que se presenten en el intercambio económico de bienes y servicios. Norma desarrollada no sólo por la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia sino por la jurisprudencia constitucional. Mecanismos éstos que pueden ser utilizados en la contratación estatal sin que se desconozca norma constitucional alguna.

Advierte, así mismo, que la naturaleza de la institución del arbitramento impide que a través de este mecanismo, se pueda entrar a determinar la validez de cualquier disposición jurídica, por cuanto esta competencia está radicada exclusivamente en la rama judicial, razón por la que carece de sustento el cargo de la demanda. Al respecto afirma:

“ ...la decisión con efectos de cosa juzgada sobre la validez de una disposición legislativa o de un acto administrativo no puede estar sujeta, por la naturaleza misma de las cosas, al arbitrio de los órganos estatales y de los particulares que de una u otra se relacionan con la mencionada norma jurídica, de tal forma que puedan habilitar a los respectivos árbitros para que decidan sobre la constitucionalidad o legalidad de las disposiciones jurídicas a las que se ha hecho mención.

“De esta manera, si se interpreta el contenido de los artículos demandados de la ley 80 de 1993 con los mandatos de la Ley Estatutaria, no puede sino concluirse que el arbitramento previsto en esta última ley como mecanismo alternativo de conflictos, es procedente en lo que se refiere a la materia contractual, en las controversias o asuntos que sean susceptibles de transacción.

“Finalmente, debe mencionarse que en la evolución legislativa, en varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, se ha sostenido que la procedencia del arbitramento y de otros mecanismos alternos de solución de conflictos, no es ilimitada en cuanto a los asuntos que se pueden resolver por la mencionada vía.

“...

“En conclusión, en la medida en que la función legislativa y reglamentaria son potestades esenciales del Estado colombiano, la decisión con efectos de cosa juzgada sobre la validez jurídica de los contenidos legislativos y reglamentarios debe ser competencia de los órganos

estatales que conforman la Rama Judicial, razón por la que cual resulta improcedente que la competencia para tomar tal decisión sea trasladada a los árbitros, autoridades y sujetos de derecho que participan en las conciliaciones y particulares, a través del contrato de transacción”.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

Por medio del concepto 2213, de junio 12 del 2000, el Procurador General de la Nación, doctor Jaime Bernal Cuéllar, solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993.

En concepto del Ministerio Público, el arbitramento tiene un claro asidero en la Constitución misma, correspondiéndole al legislador establecer su alcance, tal como lo ha reconocido abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 116 de la Constitución. Competencia ésta que el legislador ha desarrollado, entre otras, mediante la aprobación de la ley 446 de 1998, en la que definió el mecanismo del arbitraje, entre otros mecanismos de solución alterna de conflictos.

En tratándose de la contratación administrativa, sólo debe exigirse para su procedencia, que los asuntos que se sometan al mecanismo del arbitramento, sean susceptibles de ser transados, tal como lo exigen las normas generales que rigen la institución, y el propio artículo 218 del Código Contencioso Administrativo, de donde resulta evidente que la presunción de legalidad de los actos administrativos no se deja ni puede dejarse al arbitrio de las partes, por cuanto “el tribunal de arbitramento se convierte en un juez excepcional que dirige un proceso de conocimiento de asuntos patrimoniales que no involucra ni afecta la legalidad de los actos administrativos, tal como lo ha indicado la jurisprudencia del Consejo de Estado.”

Por tanto, las normas acusadas no se pueden considerar contrarias al ordenamiento constitucional, pues son un desarrollo del artículo 116 del mismo, dado que en ellas no se faculta a los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

La Corte es competente para conocer de la demanda de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º de la Constitución, pues se acusan artículos contenidos en una ley.

2. Lo que se debate.

2.1. La demandante considera que los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993 son contrarios a la Constitución, por permitir que los particulares, investidos de la calidad de árbitros, puedan emitir fallos arbitrales que involucren la legalidad de los actos administrativos que dicte la administración durante la celebración, la ejecución, el desarrollo y la liquidación de contratos estatales. Hecho que vulnera no sólo el debido proceso, sino la facultad que otorgó la Constitución a la jurisdicción contencioso administrativa de resolver los conflictos entre la administración y los particulares, por los actos expedidos por aquélla.

La demandante para apoyar su cargo, hace suyas las consideraciones que hiciera la Sección Tercera del Consejo de Estado, en relación con la falta de competencia de los árbitros para pronunciarse sobre los actos administrativos proferidos por la administración-contratista, cuando sostuvo que:

“ Si bien es factible que las partes de un contrato -en donde una de ellas sea una entidad del Estado-, pueden convenir en someter la decisión de árbitros a las controversias que entre ellas surjan por situaciones de hecho derivadas del desarrollo o ejecución de dicho contrato, en modo alguno puede predicarse lo mismo respecto de la definición de legalidad de los actos administrativos que la entidad contratante expida con motivo de la celebración y ejecución del contrato, por cuanto las diferencias que el contratista pueda tener acerca del contenido y los efectos de este tipo de actos, no son, ni pueden ser, objeto de transacción y, por ende, tampoco de arbitramento, dado que en ello está comprometido el orden jurídico y el ejercicio del poder público, materias éstas que, en modo alguno, están sujetas a la disposición de las partes, vale decir, escapan a la capacidad de negociación, criterio éste adoptado hoy por el legislador en el artículo 111 de la ley 446 de 1998.

“ ....

“De admitirse que un juez pueda pronunciarse sobre los efectos del acto administrativo y que otro sea el que juzgue la legalidad de ese mismo acto, se escindirían la continencia de la

causa; es decir, se desarticularía la unidad que debe imperar en todo tipo de proceso, para que se tramite sólo una acción, ante un solo juzgador y entre los mismos sujetos procesales, evitándose así fallos diferentes entre idénticas partes respecto de los mismos hechos.

“... ”

“ ...no todas las controversias que se susciten entre la administración y los particulares pueden ser objeto de conciliación o de transacción, puesto que de ello deben excluirse aquellas controversias o discrepancias que tengan relación directa con los poderes y prerrogativas del poder público, de las cuales no puede válidamente la administración desprenderse o renunciar, en la medida que tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y de negociación de tales materias. La protección de los derechos de los particulares en este campo encuentra soporte y garantía, de una parte, en los mecanismos de autocontrol de la administración, como lo son la vía gubernativa y la revocatoria directa y, de otra, en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda acudir a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y la ley.

“En tal virtud, como el ejercicio de poder público no es una materia susceptible de transacción, no es posible que la justicia arbitral pueda decidir acerca de la legalidad de los actos administrativos en los cuales la administración ejerce las potestades exorbitantes que en materia de contratación le atribuye la ley... ni tampoco le es factible pronunciarse sobre los efectos de este tipo de actos, y menos restarle eficacia, toda vez que, sólo es posible someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento aquellas controversias contractuales que versen sobre aspectos susceptibles de transacción.

“... ”

“No obstante lo anterior, la Sala estima importante precisar, que no por el sólo hecho de que la administración expida un acto administrativo en uso de sus facultades exorbitantes o de poder público de que está investida, desaparece en forma absoluta la posibilidad de que las controversias contractuales que se susciten entre las partes puedan ser conocidas y

decididas por un Tribunal de Arbitramento, en aplicación de la cláusula compromisoria o el compromiso que aquellas hayan pactado. No, únicamente quedan excluidas de esa posibilidad, las diferencias o querellas contractuales que tengan relación directa con esos actos administrativos que eventualmente la administración haya proferido.” (Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera, febrero 23 de 2000).

2.2. Con fundamento en la decisión parcialmente transcrita, la demandante interpreta que el legislador, en los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, dejó en cabeza de los árbitros la posibilidad de pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos que dicte el Estado en desarrollo de un contrato en donde éste sea parte. Específicamente, de aquellos en donde la administración hace uso de las llamadas cláusulas exorbitantes. Dentro de este contexto, corresponde a esta Corporación determinar si la afirmación que hace la actora es válida o no.

3. La interpretación de una norma legal puede ser tenida como cargo de la demanda de constitucionalidad, cuando dicha interpretación involucre un problema de carácter constitucional.

3.1. Antes de entrar a analizar el cargo de la demanda en contra de los dos preceptos de la ley 80 de 1993 que se dicen contrarios a la Constitución, es necesario aclarar que la Corte no puede declararse inhibida para pronunciarse en el presente asunto, tal como se plantea en una de las intervenciones, con el argumento de la existencia de una proposición jurídica inexistente, porque las normas acusadas expresamente no señalan que los actos administrativos que llegue a dictar la administración con ocasión de la celebración, la ejecución, el desarrollo, la terminación o la liquidación de un contrato estatal puedan quedar sometidos a la decisión de árbitros. En otros términos, porque no existe un texto normativo que deba ser declarado exequible o contrario al ordenamiento jurídico.

3.2. Si bien es cierto que el punto objeto de controversia que ahora ocupa la atención de la Sala se origina en la interpretación que se hace de las normas acusadas y no en su texto literal, la Corte no puede declararse inhibida para conocer de la acusación presentada, toda vez que la interpretación que hace la actora de los preceptos acusados, está involucrando un problema de interpretación constitucional que, a diferencia de otros problemas de hermenéutica, debe ser resuelto por esta Corporación, como ente encargado de la guarda e

integridad de la Constitución.

No se trata de establecer, en el caso sometido a análisis de esta Corte, el alcance de los dos preceptos acusados, asunto que compete a la jurisdicción contencioso administrativa y frente al cual, esta Corporación tendría que declararse incompetente, sino de efectuar una interpretación de ellos acorde con los principios, fines y valores que subyacen en la Constitución, en relación con los límites a la competencia que se le reconoce a los particulares cuando éstos quedan investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, específicamente, frente a los actos unilaterales que dicta la administración en calidad de contratante.

Sobre la facultad que tiene la Corte para fijar la interpretación de una norma legal cuando de la misma se derive un problema de interpretación constitucional, esta Corporación ha precisado que:

“...la Constitución establece una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones (jurisdicción ordinaria, contencioso-administrativa y jurisdicciones especiales) por lo cual, en principio, no corresponde a la Corte entrar a definir los debates sobre los alcances de las normas legales, ya que tal tarea corresponde a los jueces ordinarios que, al tenor de la Constitución, están sometidos únicamente al imperio de la ley (CP art. 230).

“No puede entonces la Corte Constitucional, como regla general, establecer cual es el sentido autorizado de las normas legales. Sin embargo, el anterior principio se ve matizado por los siguientes dos elementos que provocan una constante interpenetración de los asuntos legales y constitucionales. De un lado, es obvio que un proceso de control de constitucionalidad implica siempre un juicio relacional que busca determinar si una norma legal es o no conforme con las normas constitucionales. Este juicio no es entonces posible si no se establece previamente el significado de la norma legal. Ningún tribunal constitucional puede entonces eludir la interpretación de las normas legales. De otro lado, la Constitución es norma de normas y constituye la base de todo el ordenamiento positivo (CP art. 4º), por lo cual los jueces ordinarios están también sometidos al imperio de la Constitución. Esto significa que los jueces ordinarios tampoco pueden dejar de lado la interpretación de las normas constitucionales al ejercer sus funciones. Al respecto, esta Corporación ya había establecido que:

“..el juicio de constitucionalidad requiere de una debida y cabal interpretación tanto de la preceptiva constitucional concernida como de la norma que con ella se confronta”.

El intérprete -y, por supuesto, ello es aplicable al juez constitucional- no puede hacer decir a las normas lo que no dicen, menos todavía si ello conduce a la declaración de inconstitucionalidad del precepto, pues, guardadas proporciones, ello sería tan grave como condenar a una persona por un delito en el cual no incurrió, debido a una errónea identificación de la conducta real del sujeto con el tipo penal correspondiente.

Por otra parte, las normas de la ley deben ser interpretadas y aplicadas del modo que mejor convenga a los mandatos constitucionales “ Corte Constitucional. (Sentencia C-371/94 del 25 de agosto de 1994. M.P José Gregorio Hernández Galindo). (Corte Constitucional. Sentencia C-496 de 1994. Criterio que ha sido ratificado en otros pronunciamiento, sentencias C-371 de 1994; C-065 de 1997 y C-44 de 1998, entre otros.)

3.3. En el presente caso, la ciudadana demandante considera que las normas acusadas interpretadas en el sentido de conferir competencia a los árbitros para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por el Estado-contratista, se torna contraria a la Constitución. Esta interpretación la avalan algunos de los intervinientes en el proceso y el Ministerio Público, al sostener que los preceptos acusados son exequibles bajo el entendido que “el tribunal de arbitramento se convierte en un juez excepcional que dirige un proceso de conocimiento de asuntos patrimoniales que no involucra o afecta la legalidad de los actos administrativos”. Es decir, se opta por una interpretación específica de las normas demandadas, bajo el entendido que cualesquiera otra, desconocería el carácter excepcional de la justicia arbitral, sus límites, en detrimento del ordenamiento constitucional.

En el proceso de la referencia, entonces, corresponde a esta Corporación analizar si la interpretación que hace la demandante de los preceptos acusados, se ajusta o no a la Constitución.

El arbitramento: límites

La Constitución de 1991, facultó expresamente a los particulares para administrar justicia en forma transitoria en calidad de árbitros o conciliadores, con la capacidad de dictar fallos en

derecho o equidad cuando las partes involucradas en el conflicto así lo dispongan y según las prescripciones señaladas por la ley, como una forma no sólo de descongestionar los despachos judiciales sino de lograr que en forma pacífica las partes pongan fin a sus controversias.

En términos generales, el Constituyente dejó en cabeza del legislador, la facultad de desarrollar los institutos de la conciliación y el arbitramento, como mecanismos alternos de solución de conflictos, teniendo como único parámetro, el conservar la orientación, los principios y valores que inspiran la Carta fundamental. Sobre el particular, ha señalado esta Corporación:

“Corresponde al Congreso de la República en ejercicio de la potestad legislativa de que es titular, según el artículo 150 Superior, crear el marco jurídico regulador de los mecanismos alternativos de solución de los conflictos jurídicos dentro de los límites y márgenes que establece el ordenamiento constitucional.

“Lo anterior, implica un adecuado, prudente y razonable diseño normativo, que patrocine un esquema para la resolución pacífica y negociada de los conflictos jurídicos, en virtud del cual se logre descongestionar los despachos judiciales, se permita alcanzar un uso racional, eficaz y eficiente del aparato judicial, y se cambie la cultura del litigio. Dicho esquema, no puede significar en modo alguno la sustitución total de la jurisdicción del Estado ni la renuncia de éste a dispensar la tutela judicial efectiva que se requiere para hacer efectiva la igualdad en los términos de los incisos 2º y 3º del art. 13 de la Constitución.

“Además, los mecanismos que se arbitren deben ser portadores de seguridad jurídica, hasta el punto que tengan la virtud de resolver en forma definitiva el conflicto y que no se pueda acudir luego a la vía judicial salvo cuando la solución de éste sea parcial. Ello implica, por consiguiente, que las actuaciones de los árbitros o de los conciliadores, así como las respectivas decisiones, sean equiparables en cuanto sus efectos a los de una sentencia judicial.

“La facultad del legislador para establecer los contenidos y procedimientos propios de los mecanismos alternativos no implica renuncia o rompimiento de la unidad de la jurisdicción, ni delegación de la función de administrar justicia sino, una opción que se le ofrece al propio Estado y a los integrantes de la comunidad, para que puedan escoger entre la solución

negociada del conflicto o la vía judicial.” (Corte Constitucional, sentencia C-160 de 1999).

El arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos, implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que, en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o previendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión -fallo arbitral- que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada.

El arbitramento, así concebido, está definido hoy 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” (Ley 446 de 1998, artículo 111).

De la definición que hace el legislador, se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitada, tanto por el aspecto temporal como el material, pues como lo ha señalado esta Corporación “no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas, ...” (sentencia C-247 de 1994).

El carácter restrictivo de la competencia de los árbitros, fue recientemente reiterado por esta Corte, al establecer que “Si bien la Corte ha avalado la justicia arbitral como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, ello no puede interpretarse en el sentido que aquélla resulte privilegiada frente a la función permanente de administrar justicia por parte del Estado, ni que ésta puede verse cada vez más sustituida o reducida en su campo de acción” (sentencia C-672 de 1999).

Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos.

“No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores ( CP art 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna.

“No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral.” (sentencia T-057 de 1995).

Estas breves consideraciones, le sirven de marco a esta Corporación para analizar el punto sobre la facultad que tienen los árbitros para pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos de la administración, y, específicamente, de aquellos que dicta el Estado cuando actúa como contratista.

El acto administrativo definido como la manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de éstos, tiene como presupuestos esenciales su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados.

Como expresión del poder estatal y como garantía para los administrados, en el marco del Estado de Derecho, se exige que el acto administrativo esté conforme no sólo a las normas de carácter constitucional sino con aquellas jerárquicamente inferiores a ésta. Este es el principio de legalidad, fundamento de las actuaciones administrativas, a través del cual se le garantiza a los administrados que en ejercicio de sus potestades, la administración actúa dentro de los parámetros fijados por el Constituyente y por el legislador, razón que hace obligatorio el acto desde su expedición, pues se presume su legalidad.

Presunción de legalidad que encuentra su contrapeso en el control que sobre él puede efectuar la jurisdicción. Así, la confrontación del acto con el ordenamiento jurídico, a efectos de determinar su correspondencia con éste, tanto por los aspectos formales como por los sustanciales, la ejerce, entre nosotros, el juez contencioso, que como órgano diverso a aquel que profirió el acto, posee la competencia, la imparcialidad y la coerción para analizar la conducta de la administración y resolver con efectos vinculantes sobre la misma. Esta intervención de la jurisdicción, permite apoyar o desvirtuar la presunción de legalidad que

sobre el acto administrativo recae, a través de las acciones concebidas para el efecto, que permiten declarar la nulidad del acto y, cuando a ello es procedente, ordenar el restablecimiento del derecho y el resarcimiento de los daños causados con su expedición.

En este sentido, debemos decir que la administración debe actuar con sujeción al orden público normativo, entendido éste como “el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, de una institución o de las garantías precisas para su subsistencia...” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas), en donde el legislador ha previsto, como una forma de mantener el respeto por ese orden normativo, las acciones de simple nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo), cuyo propósito principal es la conservación y restitución del principio de legalidad y las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 85 del Código Contencioso Administrativo), en las que no sólo se busca la efectividad del principio de legalidad sino la indemnización de los daños causados con la expedición del acto administrativo correspondiente.

Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral.

Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este

campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 12 de 1991, señaló sobre el particular que “ es la jurisdicción la llamada a despejar la certidumbre que el particular suscite sobre la validez del acto, sobre su acomodo a los moldes jurídicos que trazan el obrar estatal.” Y en relación con la procedencia de la conciliación contenciosa administrativa, frente a la legalidad de los acto, expresó: “Bajo la óptica de la institución de la conciliación administrativa prevista en las normas sub-juice (ley 23 de 1991) y contraída a los casos que en precedencia fueron examinados, no entrañan posibilidad alguna de que la legalidad del acto o su firmeza pendan del mero querer de las partes involucradas en la litis contenciosa, lo cual sería a todas luces inaceptable por inconstitucional.”

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó: “... a diferencia de lo que contemplaba el artículo 59 de la ley 23 de 1991 (según el cual se podía conciliar sobre los aspectos individuales y patrimoniales que pudiesen ventilarse ante la jurisdicción a través de las acciones de nulidad y restablecimiento; reparación directa ....) el artículo 6 de éste ( decreto 2651 de 1991) sólo permite la conciliación en las dos referidas controversias contencioso administrativas (responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual del Estado) para excluir de modo inequívoco, la posibilidad de conciliar controversias contencioso administrativas que se funden en peticiones tendientes a que se declare la nulidad de actos administrativos. Ello debido a que todas las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por fundamento la infracción de normas de derecho público que, como tal, no pueden ser objeto de renuncia, conciliación o transacción.”

En conclusión, el análisis sobre la validez de los actos que dicta la administración no puede quedar librado a la decisión de árbitros.

4. La contratación administrativa. La resolución de los conflictos surgidos en torno a los contratos celebrados entre el Estado y los particulares.

La entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, mediante la cual se dictó un nuevo régimen de contratación administrativa, vino a zanjar las discrepancias en torno a la distinción que hizo la ley, la jurisprudencia y la doctrina desde los años cuarenta, entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, cuya diferencia, en nuestro

ordenamiento, estribaba fundamentalmente, en la inserción en el contrato de la cláusula de caducidad. Distinción que determinó durante años, entre otros aspectos, la competencia de diversos órganos judiciales para conocer y decidir las controversias que se suscitaban en las distintas etapas contractuales, cuando una de las partes era el Estado.

Inicialmente, al considerarse que el Estado, al contratar, lo hacía en igualdad de condiciones con los particulares, la Constitución de 1886 asignó a la Corte Suprema de Justicia la competencia para conocer de los procesos contenciosos donde tuviera parte la Nación. Esta norma determinó, entonces, la competencia de la justicia ordinaria para conocer de los conflictos surgidos de los contratos en los que las distintas entidades estatales hacían parte. Dentro de este contexto, vale señalar que la ley 167 de 1941, expresamente prohibió que las resoluciones de las autoridades que tuvieran origen en un contrato, fueran definidas por el contencioso administrativo.

Sin embargo, en boga la teoría francesa del servicio público y con ésta, la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, se hicieron grandes esfuerzos para modificar la legislación, a fin de que las controversias surgidas con ocasión de los contratos denominados administrativos, que no eran otros que aquellos en donde se pactaba la cláusula de caducidad, fueran de conocimiento de la jurisdicción contenciosa. Así, el Decreto-Ley 528 de 1964, en relación con los denominados contratos administrativos, asignó a la jurisdicción contenciosa administrativa la competencia para conocer de las divergencias surgidas en torno a éstos, en oposición a los denominados contratos privados de la administración, frente a los cuales, la justicia ordinaria quedó facultada para dirimir cualquier conflicto. Posteriormente, esta distinción quedó consagrada expresamente en el decreto 222 de 1993, en donde se estatuyó la competencia del contencioso administrativo para conocer únicamente de los conflictos surgidos frente a los contratos administrativos.

Al expedir la ley 80 de 1993, el legislador decide terminar con la distinción que venía rigiendo los contratos celebrados por la administración, al señalar que los contratos en donde intervienen las entidades estatales, sin distingo alguno, son contratos estatales (artículo 2 y 32), regidos por las disposiciones comerciales y civiles correspondientes (artículo 13), salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley, y asignó la competencia para conocer de las controversias originadas en ellos, exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 75).

De esta forma, a partir del año 1993, los conflictos surgidos de la actividad contractual del Estado, quedó radicada definitivamente en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, el propio legislador, en esta misma ley, facultó a las partes, administración y particular, para sustraer del conocimiento de la jurisdicción contenciosa los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegasen a surgir, al señalar que éstos buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, a través de los mecanismos alternos de solución de conflictos, tales como el arbitramento, la conciliación, la amigable composición y la transacción (artículo 68). Prohibiendo expresamente a las autoridades, impedir el uso de estos mecanismos, o la inclusión en los contratos estatales de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal (artículo 69).

Significa lo anterior que el Estado, al igual que los particulares, puede someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato donde es parte, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos estatales implícitamente ostentan, o se discuta la facultad de la administración para transigir, tal como aconteció hasta no hace pocos años.

Los límites al pronunciamiento arbitral, en este caso, están determinados entonces, por la naturaleza misma del arbitramento y las prescripciones legales sobre la materia, según las cuales, éste sólo es posible en relación con asuntos de carácter transigible.

La pregunta que surge, entonces, es si los árbitros, en estos casos, pueden pronunciarse también, frente a las divergencias que surjan entre las partes en relación con los actos administrativos que dicta la administración con ocasión de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación del contrato, teniendo en cuenta que si bien el Estado en materia contractual se rige por los principios de la contratación entre particulares, con preeminencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad entre las partes contratantes, también se rige por disposiciones extrañas a la contratación particular, las cuales buscan la conservación y prevalencia del interés general, como la satisfacción de las necesidades de la comunidad,

implícitas en los contratos estatales. Al respecto, ha dicho la doctrina que:

“las diferencia entre unos y otros, en este aspecto [refiriéndose a los contratos celebrados por los particulares y entre éstos y el Estado] reside que en que mientras las convenciones hechas en un contrato de derecho privado son inmutables y sus términos inflexibles, las que conforman el contrato administrativo no gozan de esa inmutabilidad e inflexibilidad rigurosa, sino que admiten cierto grado de mutabilidad cuando lo impone el interés público que constituye la finalidad del contrato, mutabilidad que queda restringida a límites reducidos ya que lo estipulado por las partes en el contrato administrativo debe respetarse en su esencia, de modo tal que no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención.” (ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado Integral de los Contratos Administrativos).

Al hablar de “disposiciones extrañas a la contratación particular”, se hace referencia específicamente a las llamadas cláusulas exorbitantes o excepcionales al derecho común, a través de las cuales a la entidad pública contratante se le reconoce una serie de prerrogativas que no ostentan los particulares, y que tienen como fundamento la prevalencia no sólo del interés general sino de los fines estatales. Estos interés y fines permiten a la administración hacer uso de ciertos poderes de Estado que como lo expone el tratadista Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo “determina una posición también especial de las partes contratantes, así como una dinámica particular de la relación entre ellos, que viene a corregir típicamente la rigurosa inflexibilidad de los contratos civiles”. Poderes de carácter excepcional a los cuales recurre la administración en su calidad de tal, a efectos de declarar la caducidad del contrato; su terminación; su modificación e interpretación unilateral, como medidas extremas que debe adoptar después de agotar otros mecanismos para la debida ejecución del contrato, y cuya finalidad es la de evitar no sólo la paralización de éste, sino para hacer viable la continua y adecuada prestación del servicio que estos pueden comportar, en atención al interés público implícito en ellos. Sobre el ejercicio de estos poderes ha dicho el H. Consejo de Estado:

“Son actos unilaterales de indiscutible factura y sólo pueden ser dictados por la administración en ejercicio de poderes legales, denominados generalmente exorbitantes. El hecho que tales actos se dicten en desarrollo de un contrato, no les da una fisonomía propia, porque el contrato no es la fuente que dimana el poder para expedirlos, sino ésta está únicamente en la ley. Esos poderes, así, no los otorga el contrato y su ejercicio no puede ser

objeto de convenio.”(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, abril 13 de 1994).

En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia, pues si bien los mencionados actos a través de los cuales estas cláusulas se hacen aplicables, tienen implicaciones de carácter patrimonial tanto para el contratista particular como para el Estado, asunto éste que no se puede desconocer y que sería la base para que los árbitros pudieran pronunciarse, estas implicaciones son consecuencia del ejercicio por parte del Estado de sus atribuciones y, por consiguiente, el análisis sobre éstas, sólo es procedente si se ha determinado la legalidad del acto correspondiente, asunto éste que es de competencia exclusiva de los jueces e indelegable en los particulares, dado que la determinación adoptada en esta clase de actos, es expresión directa de la autoridad del Estado y como tal, únicamente los jueces, en su condición de administradores permanentes de justicia, tienen la función de establecer si el acto correspondiente se ajusta a los parámetros legales, analizando, específicamente, si las motivaciones expuestas en él, tienen como sustento real, la prevalencia del interés público y el cumplimiento de los fines estatales, aspectos estos que son el fundamento del ejercicio de las facultades excepcionales reconocidas al Estado-contratista. Este análisis, entonces, no puede quedar librado a los particulares, pues a éstos no se les puede transferir la competencia de decidir sobre las cuestiones que tocan con funciones de carácter estatal, atribución ésta, exclusiva de los jueces.

Por consiguiente, y como manifestación del poder público del Estado, el examen en relación con el ejercicio de las cláusulas exorbitantes por parte de la administración, no puede quedar librado a los particulares. Por otra parte, las consecuencias patrimoniales que se pueden derivar de aplicación de estas cláusulas, no pueden ser fundamento suficiente para que se considere procedente la derogación de la jurisdicción contenciosa administrativa. Las consideraciones de tipo económico no pueden justificar una separación de competencias entre la jurisdicción contenciosa y los árbitros, que permita a estos últimos pronunciarse sobre el aspecto económico de la decisión unilateral de la administración, dejando en cabeza de la jurisdicción contenciosa el pronunciamiento sobre la validez del acto respectivo. La unidad de jurisdicción en este punto debe prevalecer, como manifestación no sólo de un

poder que es indelegable, sino en la seguridad jurídica que debe darse a los asociados.

Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. Tal es la orientación, entre otras, de las sentencias de 15 de marzo de 1992 y 17 de junio de 1997, proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Tanto es ello así, que de manera exclusiva y excluyente, el citado artículo 238 de la Constitución autoriza a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para “suspender provisionalmente” los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación por la vía judicial, asunto este que, ni por asomo, podría dejarse dentro del campo de acción de los particulares investidos en forma transitoria de jurisdicción como árbitros.

De idéntica manera, ha de recordarse que la regla general es la de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de los litigios con la administración y sólo por excepción de ellos conocerán los árbitros, en virtud de la autorización constitucional contenida en el artículo 116 de la Carta. Por ello, lo atinente a la competencia de los árbitros es de interpretación restrictiva, sin que pueda llegar a trocarse lo que es la excepción en la regla general, ni tampoco autorizarse como legítima una interpretación que transforme la regla general, es decir la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, en la excepción para concluir en contravía de la Constitución que esta sólo puede actuar en ausencia de los Tribunales de Arbitramento.

Así las cosas, pese a que las normas acusadas de la ley 80 de 1993 no señalan expresamente que los árbitros tienen la competencia para pronunciarse en relación con los

actos administrativos de carácter unilateral que dicta la administración, con fundamento en la autoridad que le es propia y reconocida expresamente por el legislador, para salvaguardar el interés público que está implícito en los contratos estatales y lograr el cumplimiento de los fines estatales, éstas tampoco pueden interpretarse en tal sentido, pues ello desconocería no sólo la naturaleza del mecanismo arbitral, sino las potestades del Estado, en cuanto a la administración de justicia y su indelegabilidad en aspectos que son esenciales a él.

La discusión que plantea la ciudadana demandante no se presentaría si el legislador expresamente hubiese excluido la posibilidad de que los árbitros se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos dictados por la administración contrastista y producto de las cláusulas exorbitantes, tal como lo hiciera en regulaciones anteriores en esta materia, específicamente en relación con la cláusula de caducidad. El decreto 222 de 1983, por ejemplo, que contenía el régimen contractual derogado por la ley 80 de 1993, establecía que la cláusula de caducidad y sus efectos, no era susceptible de decisión arbitral. Y antes de la expedición de este estatuto, la Sección Tercera del Consejo de Estado ya había determinado que la cláusula compromisoria “no podía derogar la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de las controversias que surjan con motivo de la cláusula de caducidad y de las restantes cláusulas exorbitantes, como las que autorizan a la administración a imponer unilateralmente multas por incumplimiento.” (auto de noviembre 2 de 1977).

Esta doctrina del Consejo de Estado aún hoy, después de la expedición de la Constitución de 1991, y la inclusión en ella, del artículo 116, está plenamente vigente, pues no existe presupuesto constitucional alguno que permita afirmar que la decisión sobre la legalidad de los actos administrativos, y, específicamente, de aquellos que dicta la administración en uso de sus facultades excepcionales, esté librada al arbitrio de los particulares. Doctrina que, en pronunciamientos más recientes del Consejo de Estado se sigue prohijando, y que esta Corporación no puede desechar. Basta examinar no sólo el fallo que la ciudadana Suárez Giraldo cita para sustentar los cargos de su demanda, de febrero de dos mil, citado en acápite anterior de esta providencia, sino uno más reciente, en donde esa Corporación, entre otras cosas, señaló:

“Es obvio que el examen que pueden realizar los árbitros sobre la correspondencia con el ordenamiento legal de los actos administrativos que tienen relación con el conflicto, es una

facultad puramente tangencial, destinada a establecer su sentido, incidencia y alcance en las materias puestas a su conocimiento, lo cual significa que, en ningún caso, podrán desconocer implícita o expresamente dichos actos y menos aún declarar su ilegalidad” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, junio 8 de 2000).

En virtud de lo dicho, esta Corporación habrá de declarar exequibles los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

#### VII.- DECISIÓN.

Por lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE :

Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

FABIO MORÓN DÍAZ

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (E)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

MARTHA V. SÁCHICA DE MONCALEANO

Magistrada (E)

IVAN ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario (E) Salvamento de voto a la Sentencia C-1436/00

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Ineptitud sustantiva de la demanda (Salvamento de voto)

ARBITRAMENTO EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Materias susceptibles de transacción (Salvamento de voto)

ARBITRAMENTO EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Conocimiento y juzgamiento (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-2952

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Con el habitual respeto reitero mi desacuerdo con la sentencia de la referencia mediante la cual la Corte decidió declarar la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993 en los siguientes términos:

“Decláranse EXEQUIBLES los artículos 70 y 71 de la ley 80 de 1993, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los Particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.”

El núcleo central de las fundamentaciones de la Corte gira en torno de las expresiones que como condicionamiento de la exequibilidad declarada por la Corte se contienen en la parte resolutive de la sentencia en el sentido de afirmar que los tribunales de arbitramento que se constituyan para resolver sobre litigios ocasionados por la celebración, ejecución, desarrollo y liquidación de los contratos “no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales”.

Baso mi desacuerdo en las siguientes razones:

1. En primer lugar, considero que la Corte ha debido declararse inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda.

Efectivamente el texto legal acusado no contiene la “norma” que se ha sometido al juicio constitucional. Esa “norma” resulta de acoger la interpretación propuesta por la demandante en su demanda pero evidentemente no forma parte de la disposición acusada ni se infiere de ella.

Así lo reconoce la Corte y por eso tiene que llegar a una forzada decisión condicionada, que necesariamente, en el caso presente, evidencia una adición normativa por parte de la Corte. Considero que siguiendo la orientación preponderante en esta materia la Corte ha debido

inhibirse de pronunciarse de mérito, como lo sugirió una de las intervenciones dentro del proceso.

2. En cuanto a la fundamentación aducida en la parte motiva de la sentencia sobre el tema de fondo, en reiteración de lo expuesto por mí ante la Sala Plena, es pertinente puntualizar:

2.1. En su confrontación directa con la Constitución las normas acusadas no resultan inconstitucionales, por cuanto de los artículos constitucionales aludidos en la sentencia no pueden extraerse los contenidos y consecuencias que enuncia la sentencia.

Efectivamente, de una parte, con la existencia de los tribunales de arbitramento, como jueces transitorios investidos de jurisdicción sobre contratos estatales, celebrados por la Administración con los particulares como sus colaboradores, no solo no se violan los artículos 113 y 116 de la Constitución sino que, por el contrario se les da cabal cumplimiento y desarrollo. Recuérdese que el artículo 116 autoriza para que en los términos de la ley los particulares puedan ejercer funciones jurisdiccionales como árbitros o como conciliadores.

Si bien es cierto que como corresponde a las contenciones administrativas, las surgidas de los contratos estatales tiene un juez originario (natural), conforme a la ley, también es cierto la propia ley en desarrollo de las disposiciones constitucionales ha previsto que en los contratos estatales se pacte la cláusula compromisoria o celebre compromiso para encomendar al juicio de árbitros la solución y decisión de los litigios que surjan entre las partes contratantes con motivo de la celebración, ejecución, terminación y liquidación de los contratos.

La ley estatutaria de la administración de justicia (270 de 1995), en su artículo 31, al regular de manera general la institución del arbitramento dispone que los tribunales que al efecto y en cada caso se constituyan solo pueden ocuparse de asuntos susceptibles de transacción (artículo 31). Por ello, la lectura que corresponde hoy hacer de las disposiciones acusadas debe llevar a la conclusión de que los tribunales de arbitramento, en materia de contratación estatal, no pueden abarcar materias que no sean susceptibles de transacción. Empero hay que hacer énfasis en que la limitación al respecto surge de la ley estatutaria más no del texto constitucional.

2.2. La sentencia de la cual me aparto considera que la limitación de los tribunales de

arbitramento para conocer de los actos unilaterales que en ejercicio de las potestades públicas “excepcionales a la contratación entre particulares” surge directamente del texto de la Constitución, en especial de las disposiciones de los artículos 236, 237 y 238 de la Constitución Política, toda vez que en ellas se expresan los principios y reglas que organizan la jurisdicción especial en lo contencioso administrativo, sus funciones y potestades.

En la sentencia se destaca el texto del artículo 238 para afirmar que si se encomienda a los jueces administrativos la potestad exclusiva de suspender los actos administrativos, y por ende la decisión sobre su anulación y consecuencial retiro del mundo jurídico, mal puede entenderse que la ley confie a “particulares” el examen de potestades estatales que proyectan la posición predominante del Estado en su actividad y relaciones.

2.3. De otra parte, de las disposiciones de los mencionados artículos 236 y 237, no puede extraerse, a mi juicio, la limitación directa que postula la sentencia toda vez que mediante ellas se prevé que el Consejo de Estado es tribunal supremo de lo contencioso administrativo, “conforme a las reglas que señale la ley”.

Es decir que la ley, a partir de esa básica formulación goza de amplia potestad de configuración. Tanto para atribuir las competencias de dicha jurisdicción como para establecer las condiciones dentro de las cuales pueda preverse la posibilidad de que por acuerdo entre el Estado contratante y el particular contratista colaborador se acuerde derogar la jurisdicción de manera excepcional y confiar la decisión del litigio de a jueces transitorios como son los árbitros, dentro de los límites de la ley y conforme al ámbito fijado en la respectiva cláusula compromisoria o en el compromiso.

Si bien es cierto que la competencia para el juzgamiento y decisión de actos administrativos corresponde a la jurisdicción en lo contencioso administrativo y que ésta misma puede, por los motivos y con los requisitos que “establezca la ley” suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, nada se opone a que la ley pueda habilitar a los arbitros que conocen de litigios surgidos de un contrato para que realicen, de manera más o menos amplia, y en ejercicio de la función jurisdiccional del Estado el conocimiento y juzgamiento del contrato, en su conjunto y atendidas las particularidades que le son propias conforme a la ley.

Es sabido que el contrato estatal tiene una finalidad de interés general y que, en los términos de la ley, en sus estipulaciones deben considerarse comprendidas las potestades inherentes al Estado, necesarias para la consecución cabal del objeto contractual. En esa medida, la materia contractual estatal puede llegar a constituir una unidad que no siempre es fácil de escindir y que muy seguramente la escisión que se pretendiera atentaría contra los principios constitucionales y legales propios de la administración de justicia.

Este razonamiento, bien es cierto, puede conducir tanto a negar como a afirmar la posibilidad de confiar el juicio por árbitros de la contratación estatal, pero resulta que la ley dentro de su libertad de configuración ha optado por la posibilidad de que se confie el juicio a particulares, previamente investidos de la jurisdicción estatal, que actúan en cada caso específico, con la sola limitación consistente en que la materia contractual sometida a decisión sea susceptible de transacción. De allí ha de seguirse que el legislador bien podría modificar el mandato estatutario y abarcar otros aspectos.

Por lo anterior y a manera de conclusión, se repite, la limitación de la extensión y proyección de la actividad y ámbito de competencia de los tribunales de arbitramento proviene de mandato legal más no de disposición constitucional directa.

Fecha ut supra

ALVARO TAFUR GALVIS

Salvamento de voto a la Sentencia C-1436/00

TRANSACCION-Extinción de obligaciones (Salvamento de voto)

ARBITRAMENTO EN CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Procedencia (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-2952

Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 70 y 71 DE LA Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto de Contratación de la Administración Pública".

Demandante: Bertha Isabel Suárez Giraldo

Magistrado Ponente:

Alfredo Beltrán Sierra

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala Plena, salvo mi voto en el asunto de la referencia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

La Constitución de 1991, acorde con la tendencia universal del constitucionalismo contemporáneo que propende por la vigencia de los mecanismos alternos de resolución de conflictos, previó en su artículo 116 la posibilidad de que los particulares fueran investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Así, de manera general, como lo dice la Sentencia de la cual me aparto, el constituyente dejó en manos del legislador la facultad de definir la institución del arbitramento, facultad que como bien lo ha señalado la jurisprudencia, no es omnímoda ni absoluta, sino que debe ejercerse dentro del marco de los principios constitucionales.

En ejercicio de esta facultad constitucional, el legislador mediante el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 definió que el arbitramento era un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, deferían su solución a un tribunal arbitral, el cual quedaba transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia. Así, de esta definición legal se desprende que la actuación de los particulares como árbitros encargados de administrar justicia, se encuentra limitada por dos condicionamientos introducidos por el legislador: uno primero, consistente en la temporalidad de las funciones judiciales de que se reviste en este caso a los particulares, y otro referente a que los conflictos de los que pueden ocuparse, son aquellos tienen un carácter transigible. Esta segunda limitación también es señalada por la Ley Estatutaria de Administración Judicial, cuando indica que ejercen función jurisdiccional “(l)os particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley.”

La Sentencia de la referencia, resolvió que los artículos acusados resultan constitucionales, bajo el entendido de que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de un contrato celebrado entre el Estado y uno o más particulares, no tienen competencia para pronunciarse

sobre los actos administrativos dictados por la Administración en desarrollo de sus poderes excepcionales. En fundamento de esta decisión consideró que no existía presupuesto constitucional alguno que sustentara la facultad de los árbitros particulares para decidir sobre la legalidad de los actos administrativos, y especialmente de aquellos dictados por la Administración en uso de las facultades excepcionales de las que se reviste en materia contractual administrativa. El interés público implícito en estas facultades exorbitantes, justificaría la limitación señalada a los árbitros particulares.

A juicio de la suscrita, esa consideración no es de recibo, pues del artículo 116 superior no emana esa limitación, y la que proviene de la reserva de materia transigible tampoco es predicable en el presente caso. En efecto, la transacción según las voces del Código Civil, es “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.” (artículo 2469). De donde la doctrina ha concluido que por los efectos de este contrato, la transacción es un modo de extinguir obligaciones. Es transigible, todo aquello que es disponible por el titular del derecho correlativo a la obligación que se extingue por este medio. Aquellos derechos sobre los cuales el titular tiene la posibilidad jurídica de renunciar, son entonces transigibles.

En el caso de los actos administrativos expedidos en ejercicio de las llamadas cláusulas exorbitantes, resulta evidente que la Administración no puede renunciar al ejercicio de las facultades excepcionales para proferirlos, pues ellas las ostenta por razones que tocan con el interés general. Pero los derechos que adquiere en virtud del ejercicio de dichos poderes, son cosa distinta de los poderes mismos, y ellos sí pueden ser renunciados. Tan es así, que la misma Administración, por fuera del supuesto del pacto arbitral, podría revocar unilateralmente dichos actos, y así renunciar a los derechos que en virtud de ellos hubiera podido adquirir la Administración.

Luego la posibilidad de pactar arbitramento sobre el contenido de los actos administrativos de carácter particular que se expiden en ejercicio de las facultades exorbitantes reconocidas a la Administración en materia contractual, no desconoce per se la reserva de materia transigible señalada por disposiciones de naturaleza estatutaria, ni tampoco se opone a la Constitución que expresamente no menciona ninguna limitante al respecto.

En los anteriores términos dejo expresadas las razones de mi discrepancia.

Fecha ut supra

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada (e)