

ACCION DE TUTELA INTERPUESTA POR MINISTRO CONTRA ARBITRO-Improcedencia/DEBIDO PROCESO DE LA NACION EN LAUDO ARBITRAL-No se presentó vulneración

La acción es improcedente, porque el ordenamiento cuenta con mecanismos adecuados para que las partes contradigan las decisiones arbitrales, que los apoderados de La Nación no utilizaron, y la acción de tutela no ha sido establecida para solventar la incuria procesal de las partes. El accionante y el Ministerio Público pretenden revivir el conflicto resuelto por la árbitro accionada - con sujeción a la ley -, con el argumento de que la posición defensiva propia - asumida por el apoderado legalmente designado por el Ministerio para representarla- fue equivocada o deficiente, sin reparar en que la defensa es una garantía constitucional incondicional concedida por la Carta a todo aquel que comparece o debe ser llamado a un juicio, a fin de asegurarle la representación de sus intereses, conforme cada parte lo considere oportuno y conveniente, sin sujeción al resultado. Quiere decir lo anterior que el derecho a la defensa de la Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no fue quebrantado por la accionada, porque aquella actuó en el asunto por intermedio de un profesional del derecho en quien depositó su confianza, defendió su posición sin restricciones frente a la de su contrario, efectuó sus alegaciones, y realizó la actividad probatoria que consideró útil para influir en el convencimiento del juez, de acuerdo a sus intereses.

Referencia: expediente T-583364

Acción de tutela instaurada por La Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural contra la árbitro Yolanda Higuera de Gómez

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., cinco (5) de diciembre de dos mil tres (2003).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Eduardo Montealegre Lynett, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro de la acción de tutela promovida por La Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural contra Yolanda Higuera de Gómez, en razón del Laudo Arbitral proferido el 3 de diciembre de 1999, para resolver la controversia existente entre la accionante y las sociedades Navarro Vives e Hijos Ltda., Grasas y Derivados GRADESA S.A. y Cooperativa Industrial Lechera de Colombia CILEDCO LTDA.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Las pruebas existentes en el expediente permiten tener como ciertos los siguientes hechos:

a) Mediante Escritura Pública 241, otorgada el 29 de enero del año 2000 ante el Notario Cincuenta y Uno de esta Ciudad, Yolanda Higuera de Gómez, en su condición de árbitro único, protocolizó el expediente que contiene lo actuado en el asunto que resolvió la controversia surgida entre La Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y las sociedades Navarro Vives e hijos Ltda., Grasas y Derivados Gradesa S.A., y Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ciledco Ltda.

b) La litis en comento fue resuelta mediante Laudo Arbitral proferido el 3 de diciembre de 1999, como sigue:

PRIMERO: DECLARASE que el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA (liquidado), hoy MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, al incumplir los contratos 203, 095 y 122, suscritos con las sociedades GRASAS Y DERIVADOS GRADESA S.A., COOPERATIVA INDUSTRIAL LECHERA DE COLOMBIA CILEDCO LTDA y NAVARRO VIVES E HIJOS LIMITADA, respectivamente, ocasionó con ello perjuicios a las precitadas entidades comerciales.

SEGUNDO: En consecuencia se condena a LA NACION- MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL a cancelar a las demandantes, las siguientes cantidades por concepto de daño emergente y lucro cesante:

1) Para la sociedad COOPERATIVA INDUSTRIAL LECHERA DE COLOMBIA CILEDCO LTDA, lo siguiente:

1.1. Por utilidad dejada de percibir hasta el 3-XII-99: \$271'004.011

1.2. Por actualización de dicha utilidad, de acuerdo con la inflación, y hasta la misma fecha: \$218'322.019

1.3. Por inventario físico: \$15'072.820

1.4. Por actualización del valor de los inventarios: \$69.113.518.55

CUARTO (sic): Por haber prosperado sólo parcialmente las pretensiones formuladas por la parte demandante, se dispone que no hay lugar a condena en costas.

QUINTO: Condénase a la NACION – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, a pagar a la parte demandante y a nombre del INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO –IDEMA- (liquidado), la suma de SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$7.500.000.00) correspondientes al valor que ésta canceló por autorización de la demandada, por concepto de reajuste de honorarios de Arbitro.

SEPTIMO: De conformidad con el artículo 173 del Código Contencioso Administrativo, por secretaría comuníquese el presenta laudo al señor MINISTRO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, mediante el envío de copia íntegra y auténtica del mismo.

OCTAVO: Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del Círculo de Santafé de Bogotá.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Para constancia se firma la presente acta por los que en ella intervinieron:

Yolanda Higuera de Gómez –árbitro-

Dr. Gonzalo Perry Sanclemente

Dr Victor Manuel Armella Velásquez

Jhonson Salamanca –secretario -".

c) La árbitro fundamentó sus decisiones, entre otras, en las siguientes consideraciones:

- Expuso la accionada respecto de la existencia de los contratos:

“Consta en el expediente que entre el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA, en liquidación, y las sociedades GRASAS Y DERIVADOS -GRADESA- S.A., COOPERATIVA INDUSTRIAL LECHERA DE COLOMBIA -CILEDCO- LTDA. y NAVARRO VIVES E HIJOS LTDA., se celebraron los contratos tales 203, 095 y 122 de 1996.

Mediante dichas convenciones, las personas jurídicas mencionadas se comprometieron a suministrar al IDEMA determinada cantidad de aceite, leche y café, respectivamente, en las cantidades y calidades descritas en los precitados acuerdos contractuales y el Idema, a su vez, se obligó a recibir los productos en el tiempo y condiciones estipuladas y a pagar el precio dentro de los términos allí señalados.

Los actos jurídicos en cita no han sido impugnados en forma alguna por los suscribientes. Por el contrario, fueron tenido (sic) siempre por ajustadas a la normatividad jurídica que les es propia (..)”.

- Sobre el cumplimiento contractual en la providencia a que se hace mención afirma la falladora:

“Es palpable que el INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA no dio cabal cumplimiento a las obligaciones contraídas, incumplimiento que fue recurrente como consta en los documentos suscritos entre las partes. Así, ante la violación del Idema de las cláusulas contractuales, se debió hacer acuerdos transaccionales con las tres sociedades los días 16 y 19 de diciembre de 1996; en estos actos jurídicos se afirma que en la ejecución de los contratos 203, 095 y 122 de 1996, celebrados con GRASAS Y DERIVADOS -GRADESA S.A.-, COOPERATIVA INDUSTRIAL LECHERA DE COLOMBIA -CIDELCO LTDA-, y NAVARRO VIVES E HIJOS LTDA., “el IDEMA ha incurrido en mora en los pagos que se describen en forma resumida adelante y se sustentan en los documentos anexos a la presente acta, mora que se agravó a partir del siete (7) de julio de 1996, fecha desde la cual el IDEMA no ha efectuado ningún pago al contratista para atender las obligaciones claras expresas y actualmente exigibles”, por lo que se compromete a pagar intereses moratorios sobre facturas adeudadas y los comerciales respecto de los costo (sic) financieros, acordando fechas para efectuar estos pagos e incurriendo nuevamente en mora en los mismos, viéndose, entonces, obligada a hacer otro acuerdo que a la final también incumple, para después de varios meses cancelar lo allí pactado, pero sin actualizar intereses y dejando en claro que ese pago no comprende

los perjuicios que IDEMA pudo causarle (sic) a las sociedades accionantes, respecto de lo cual se dijo:

“Las sociedades GRASAS Y DERIVADOS S.A. GRADESA, NAVARRO VIVES E HIJOS LTDA y COOPERATIVA INDUSTRIAL LECHERA DE COLOMBIA CILEDCO, presentaron al Instituto de mercadeo Agropecuario IDEMA en liquidación, dentro de la oportunidad legal, su reclamación respecto de los perjuicios sufridos por el incumplimiento de los contratos de suministro que tenía suscritos con dicha entidad los cuales serán si ha (sic) ello hay lugar, transados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, o debatido en los correspondientes estrados judiciales”” -comillas en el texto -.

- Respecto de las causales de justificación alegadas por la entidad demandada, sostuvo la accionada:

“Como quiera que la entidad oficial suscribiente de los contratos alega como causa de justificación el no cumplimiento de los mismos, el hecho de que el gobierno nacional hubiese ordenado la liquidación del Idema, débese afirmar al respecto que, una vez demostrado el incumplimiento de las obligaciones adquiridas o de alguna de las mismas, al establecerse que no se ha alcanzado el resultado prometido, incumbe al deudor, si quiere liberarse de la responsabilidad la prueba de su exoneración (..).

(..)

No cabe duda que INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO -IDEMA- al celebrar los contratos tantas veces mencionados, contrajo unas obligaciones determinadas y no unas de prudencia y diligencia. Por tanto bastaba la demostración del incumplimiento de dichos actos jurídicos a efecto de endilgarle la responsabilidad deprecada, ante la inexistencia de una causa extraña que hubiese podido demostrar la Entidad en referencia.

(..)

“Así que estando demostrado el contrato de suministro acordado entre las partes como precedentemente se indica y demostrado el incumplimiento por parte del consumidor -demandado- es indiscutible que el demandante tiene derecho a la indemnización y que la demandada atiene obligación de pagarle (..)”.

En lo referente a lo alegado por La Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en su defensa, agrega la doctora Higuera de Gómez:

“1.- Que no aparece en ese trámite prueba alguna que avale lo afirmado en el sentido de haberse resuelto con autoridad de cosa juzgada ante la jurisdicción contencioso administrativa los asuntos sometidos a ésta decisión arbitral. No se aportó providencia o providencias en que tal cosa se habría resuelto, prueba que, conforme a lo estructurado en el artículo 177 del C. de P.C. corría a cargo de la Entidad oficial en mención, precepto que armoniza con lo dispuesto en el artículo 174 ejusdem, según el cual “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”.

Lo que si resulta evidente son las manifestaciones del IDEMA en un principio, y del MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, una vez liquidado el primero, admitiendo los reiterados incumplimientos en que incurrió en la ejecución de los contratos y de la vigencia de las reclamaciones formuladas a partir de la inejecución de los contratos hasta la fecha.

2. Igualmente debe aclararse que es entendido que la indemnización que se demanda en este caso tiene el carácter de compensatoria, aseveración que nos permitimos afianzar en la siguiente cita jurisprudencial (..) (Sentencia Sala de Casación Civil y Agraria, de marzo 8 de 1993).”.

- Respecto del monto de los perjuicios, considera el Laudo arbitral:

“(..) toda indemnización debe procurar el restablecimiento del daño realmente ocasionado al acreedor tan exactamente como sea posible, La pérdida sufrida y la ganancia que ha dejado de obtenerse por el contratista cumplido debe ser reparada en la medida de su comprobación, pues si bien la reparación del daño no puede convertirse en una fuente de enriquecimiento desmedido por el sujeto lesionado, tampoco debe ser deficitaria, porque de esa manera no se logra el equilibrio contractual.

En el sub judice se accederá al pago total del lucro cesante demandado, por lo que no se condenará a cualquier otra suma que toque en una u otra forma con este aspecto.

Igualmente es pertinente la condena en cuanto al daño emergente demostrado.

Para cuantificar los perjuicios reclamados se hizo designación de un perito cuyo dictamen, por satisfacer las exigencias legales en lo atinente a su fundamentación, claridad y precisión habrá de ser acogido en lo pertinente, destacándose, además, que el mismo no fue objetado por las partes en conflicto.

(..)

(..) Dicho experticio discriminó el daño emergente y el lucro cesante y respecto de éste último puso a consideración del Tribunal las varias fórmulas de que se valió el auxiliar de la justicia para calcular su monto.

d) El 3 de diciembre de 1999, el Secretario del Tribunal hizo constar en el expediente i) que “de la anterior providencia quedaron notificados en estrados los señores apoderados de las partes”; y ii) que hizo entrega a “cada parte procesal de una copia del laudo anterior”, quienes “como constancia de haber recibido firman -Dr. Gonzalo Perry S. Dr. Victor M. Armella V. John Salamanca G.

e) El 17 de diciembre siguiente, también el Secretario del Tribunal hizo constar que “el anterior laudo, de 3 de diciembre de 1999, se encuentra debidamente notificado y ejecutoriado, y el 3 de enero de 2000 el mismo dio cuenta “de la remisión de copias auténticas del laudo de 3 de diciembre de 1999, con la constancia de encontrarse debidamente notificado y ejecutoriado, al señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y al señor Procurador General de la Nación, según lo ordenado en el precitado proveído”.

f) En mayo de 2001, La Nación Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural presentó demanda de revisión en contra del Laudo a que se hace referencia, pero la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado rechazó el libelo al encontrar el recurso improcedente, decisión que fue confirmada por la misma Corporación al resolver el recurso de súplica instaurado por la demandante, porque, al tenor del artículo 36 de la Ley 446 de 1998, “el recurso extraordinario de revisión es procedente contra la sentencia que decide el recurso de anulación del laudo arbitral, mas no contra el laudo mismo”.

2. Material probatorio

En el expediente obra, entre otras pruebas, en 427 folios, fotocopia de la Escritura Pública

241 otorgada el 29 de enero del año 2000 en la Notaría 51 de esta ciudad. Instrumento que protocolizó, entre otros documentos:

a) El “Acta de Terminación de Etapa de Liquidación”, suscrita el 2 de agosto de 1999 por el Secretario General, el Director Jurídico y el asesor del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y por el representante de las sociedades Grasas y Derivados GRADESA S.A., Navarro Vives e Hijos Ltda., y Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ciledco Ltda.

De este documento, la Sala destaca lo acordado entre las partes respecto del sometimiento de sus diferencias a la decisión de un tribunal de arbitro único, así:

“Sobre tales contratos la administración del extinto IDEMA reconoció su incumplimiento en el acuerdo de transacción de diciembre 16 de 1998, posteriormente se dio lugar a varios “otros sies” y documentos de identificación de las citadas transacciones, escritos en los que se establecieron una serie de obligaciones a cargo del liquidado IDEMA hoy MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, los cuales tendían inicialmente a la reanudación de los contratos, pero una vez decretada por el gobierno Nacional la liquidación de IDEMA, tales acuerdos se convirtieron en un proceso de liquidación de los contratos suscritos entre las partes, de los compromisos adquiridos a cargo del INSTITUTO DE MERCADEO AGROPECUARIO IDEMA, hoy MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, han sido atendidos hasta la fecha, el pago de lo adeudado por los productos suministrados al liquidado IDEMA y unos intereses de mora, quedando pendientes por resolver varias pretensiones de los contratistas, unas por definir cuantitativamente y otras desde el punto de vista conceptual.

(..) las partes acuerdan que si es de recibo por el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL y así lo manifiesta este por escrito someter las diferencias sin resolver surgidas de los contratos 203, 085 y 122 de 1996, así como de los documentos y reuniones en las cuales se ha intentado llegar a su liquidación definitiva, a la decisión de un tribunal de arbitramento independientemente (artículo 12 de la Ley 446 de 1998), para el caso constituido por un solo árbitro quien decidirá en derecho (..)

b) La comunicación de 13 de agosto de 1999, dirigida a la doctora Yolanda Higuera de Gómez por el Secretario General, el Director Jurídico y el Asesor del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y por el representante de las sociedades Grasas y Derivados GRADESA S.A., Navarro Vives e Hijos Ltda. y Cooperativa Industrial Lechera de Colombia CIDELDO Ltda.,

informándole i) que “su nombre ha sido seleccionado para desempeñare el cargo de árbitro del tribunal de arbitramento independiente (Ley 446 de 1998) con el objeto de resolver las diferencias surgidas con la ejecución de los contratos 1203, 085 y 122 de 1996 suscritos por el extinto IDEMA”; y ii) que el laudo “deberá contener aspectos conceptuales y aspectos de definición cuantitativa, todo conforme obra en el acta suscrita por las partes en fecha 2 de agosto de 1999”.

Y las respuestas de la designada, manifestando, a cada una de las entidades interesadas, su aceptación e informándoles sobre la instalación del Tribunal el 25 de agosto siguiente, a las 10 a.m.

c) La demanda, presentada por el apoderado de las sociedades ya relacionadas, para solicitar que el Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA (liquidado), hoy MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL fuera condenado, conforme las siguientes pretensiones:

- Por concepto de lucro cesante i) a “las sumas actualizadas, que se determine dejaron de percibir como utilidades esperadas por cada una de las sociedades contratistas, durante el tiempo en el cual no se dio por parte del IDEMA cumplimiento a los contratos y sus prorrogas, según lo que se enuncia adelante (..); y ii) a “los intereses que se establezcan es deudor sobre el valor de los inventarios del punto anterior, liquidados por el tiempo de permanencia de esos inventarios en poder de los contratistas, intereses a liquidar según acuerdo escrito entre las partes a la tasa de D.T:F. más diez puntos”.

- En razón del daño emergente, “el valor actualizado de los inventarios de materias primas, insumos y empaques que los contratistas adquirieron para atender los contratos con el IDEMA y que se encuentran en su poder”.

- A la “actualización de los intereses que en virtud del fallo del amigable componedor designado por las partes el 27 de noviembre de 1997, debían ser cancelados el día siete de enero de 1998, habiéndose efectuado el pago, tan solo en los meses de mayo y junio de 1998.”.

d) El pronunciamiento del apoderado del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, sobre el objeto y las pretensiones de la parte demandante, del que la Sala considera importante

destacar:

- Lo afirmado por el apoderado en comento respecto del objeto del Laudo:

“1. Se determinará si la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe reconocer a favor de los contratistas los perjuicios derivados de las actividades, dejadas de percibir como consecuencia del incumplimiento de los contratos.

2. Se determinará si la Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, debe actualizar el valor pagado a los contratistas como intereses de mora, toda vez que estos fueron liquidados a 30 de diciembre de 1997, fecha en la cual debían ser cancelados, habiéndose dado su cancelación en los meses de mayo y junio a 1999.”

- La posición de la accionante en relación con las pretensiones de quienes demandaban, en la oportunidad que se reseña.

“resulta claro que no hay lugar a indemnización compensativa comprendida en el daño emergente y lucro cesante en la medida en que fueron cancelados los intereses moratorios que comprenden dicha indemnización y que el daño emergente fue debidamente cancelado al saldar la obligación incumplida.

Por otro lado, haciendo referencia al segundo de los escenarios a resolver en este tribunal en el que se solicita determinar si la Nación – Ministerio de Agricultura y desarrollo Rural debe actualizar el valor pagado a los contratistas como intereses de mora consideramos que no es viable para el Ministerio, desde el punto de vista legal, efectuar la solicitada revisión y actualización del valor de los intereses de mora, en virtud de los siguientes hechos:

Existen disposiciones legales que prohíben el pago de intereses causados por intereses anteriores.

Es evidente que la suma por concepto de intereses contenida en el Acta de Liquidación del Instituto de Mercadeo Agropecuario indica de manera indiscutible que el IDEMA pagó a las tres compañías. Dado que los intereses no pueden ser fuente de obligaciones para el pago de otros intereses, si el Ministerio llegare a admitir la causación de esas nuevas obligaciones resultaría concretando una figura denominada por el Código Civil y por la doctrina respectiva como enriquecimiento sin causa.

Es importante tener en cuenta que la suma que finalmente se plasmó en el Acta de Liquidación del IDEMA, bajo el concepto de “intereses”, es el resultado de unos procedimientos de concertación que llegaron, inclusive, a incorporar la intervención de un amigable componedor para obtener la solución directa de la controversia de conformidad con las recientes normas legales producidas por la descongestión de los Despachos judiciales, mecanismo para el cual fue designada como componedor la Dra. SUSANA MONTES DE ECHEVERRY, cuya decisión obliga a las partes. Está incluida en el documento suscrito el 30 de diciembre de 1997, la siguiente estipulación, redactada allí como consecuente con la decisión del amigable componedor así:

“..Cuya decisión favoreció a las sociedades ... pues en su parte pertinente dice: El IDEMA deberá reconocer a las sociedades contratistas intereses a la tasa de mora certificada por la Superintendencia Bancaria y a ello queda obligada en virtud de esta decisión. En virtud de tal decisión el IDEMA en liquidación hará constar en el Acta de Liquidación en la cual quedará como pasivo a cargo de la Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el valor de los citados intereses de mora que han sido liquidados según los anexos que para cada sociedad se adjuntan en el presente documento, a los cuales deberá descontársele los ya cancelados ...”.

El amigable componedor en su decisión suscrita el 30 de diciembre de 1997 declara que “con este pronunciamiento que hace tránsito a cosa juzgada al tenor del artículo 51 del Decreto 2279 de 1989 y por voluntad expresa de las partes, queda resuelta la controversia o discrepancia surgida entre ellas en relación con la metodología y tasa para la liquidación de los intereses por mora a que se refieren los ACUERDOS DE TRANSACCIÓN celebrados el día 16 de diciembre de 1996.

(..)

La cosa juzgada en esta caso ocurrió, se declaró y fue aceptada por las partes como se describe a continuación:

A. Después de suscritos los acuerdos transaccionales y como consecuencia de ellos, el apoderado presentó los tres documentos de los desistimientos ante el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, despacho ante el cual habían formulado las tres compañías las respectivas demandas contra el Extinto IDEMA, para la obtención de los pagos objeto de la controversia en mención. No obstante que ya obraban en el proceso los memoriales del demandante que contenían los desistimientos, el Tribunal dio continuación a los procesos, los cuales culminaron con fallos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado, en los que se dio aprobación a los acuerdos transaccionales. Es claro que la continuación de los proceso no era necesaria y que discrecionalmente el Tribunal les dio continuación, pero los fallos que se produjeron otorgan legalmente a la citada controversia contractual el carácter de Cosa Juzgada.

(..)

Con posterioridad a la iniciación del respectivo proceso en el Tribunal y en relación con las pretensiones que se acaban de transcribir en el párrafo anterior, las tres compañías suscribieron a través del apoderado el siguiente desistimiento dirigido al Tribunal Administrativo: “nos permitimos solicitar a ustedes que, en virtud del acuerdo de transacción suscrito entre las partes respecto de las pretensiones de la demanda, se de por terminado el proceso por mutuo consentimiento y sin condena en costas a cargo de ninguna de las partes”.

En virtud de que el Tribunal y el Consejo de Estado, acogieron y autorizaron los citados acuerdos transaccionales y los desistimientos (..) no es viable al Ministerio, desde el punto de vista jurídico y procesal, entrar a resolver sobre asuntos que constituyen Cosa Juzgada, porque ya fueron resueltos por los jueces correspondientes”. -comillas en el texto- .

3. La demanda

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural instaura acción de tutela, “como último mecanismo de defensa judicial”, con el fin de que se proteja el derecho fundamental al debido proceso de La Nación, quebrantado por la árbitro Yolanda Higuera de Gómez, al proferir el Laudo protocolizado mediante Escritura Pública 241 de 2000, otorgada en la Notaría Cincuenta y Uno de esta ciudad.

Para fundamentar su reclamo, el funcionario en comento, expone, entre otros argumentos:

- Que en el Acta de liquidación final del IDEMA, fechada el 31 de diciembre de 1997, se determinaron las obligaciones a favor de las sociedades Grasas y Derivados GRADESA S.A., Navarro Vives e Hijos Ltda. y Cooperativa Industrial Lechera de Colombia CIDELDO Ltda.
- Que las sumas así determinadas fueron canceladas por La Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a las sociedades acreedoras entre mayo de 1999 y marzo de 2001.
- Que según lo acordado por el Ministerio y las sociedades antes nombradas, los intereses adeudados serían pagados posteriormente, según el dictamen de un amigable componedor.
- Que la entidad no podía ser condenada al pago de perjuicios, como aconteció “por cuanto no fueron cuantificados en el acta de liquidación del IDEMA, ni se dejó constancia alguna de ellos, ni de su existencia o valor o forma de liquidarlos, razón por la cual no constituyeron una obligación para La Nación Ministerio de Agricultura, conforme a lo previsto en el artículo 6 del decreto 1675 y artículo 14 del Decreto 2082 de 1997 y al artículo 11 que ordenaba que los contratos deberían liquidarse previamente a la terminación del proceso liquidatorio”.
- Que pese a que La Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural “ya había pagado en mayo y junio de 1999”, las sumas que adeudaba a cada una de las sociedades demandantes, la accionada profirió laudo arbitral condenando a la nombrada al pago de perjuicios.
- Que los acuerdos suscritos entre los funcionarios del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el representante de las sociedades acreedoras, atinentes a la conformación de un tribunal de arbitramento, para solventar sus diferencias, “desconocieron lo preceptuado por el artículo 118 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 7 del Decreto 2279 de 1989, en concordancia con el Decreto N. 1818 de 1998, artículo 122, en el sentido de que el número de árbitros será impar y que si nada se dice sobre este aspecto, será de tres, salvo en los casos de mínima cuantía que podrá ser un solo. Además de abandonar los intereses de la Nación en manos de un árbitro único sugerido por la contraparte con los resultados ya conocidos, igualmente inobservaron lo preceptuado en los Decretos 1675 y 2082 de 1997, que establecían que la liquidación del IDEMA, terminaría a más tardar el 31 de diciembre de 1997 (artículos 1 y 5 respectivamente), como en efecto sucedió; que los contratos debían liquidarse previamente a la terminación de la liquidación (artículo 14 D.2082) y que al Ministerio de Agricultura pasarían, entre otros, las obligaciones no satisfechas por el liquidador conforme a discriminación y determinación contenidas en el acta de liquidación

final del IDEMA (art. 6 D.1675).

- Que “ni el Secretario General , ni el Director General jurídico del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, dejaron constancia en la llamada Acta de Terminación Unilateral, con base en que facultades legales o delegadas actuaban, en razón a que sus funciones no le (sic) permitían comprometer a la Nación en asuntos de tal trascendencia, que consideramos le correspondía por cuantía decidir al representante legal que era jurídicamente el señor Ministro y no a dichos funcionarios (Resoluciones 00433 de Octubre 29 de 1998 y 363 de mayo 31 de 1993).

- Que no obstante las falencias anotadas la accionada “se declaró competente para conocer y fallar de fondo dentro del proceso arbitral sin tener en cuenta las protuberantes irregularidades en su convocatoria, procedencia y designación misma del árbitro aspectos sobre los cuales no hubo ningún pronunciamiento (..)”.

- Que los dictámenes fueron presentados por perito único i) “los cuales no se soportan con ninguna prueba contable, ni de otro tipo, solo aporta cuadros de proyecciones matemáticas con exorbitantes cifras en pesos”; y ii) “parten de supuestos y hechos errados”.

- Que el experticio no fue objetado, a pesar de las inexactitudes, reconocidas por “el representante de las empresas beneficiarias y el perito en carta de marzo 21 de 2001 (..)”.

- Que “el Director Jurídico encargado como apoderado del Ministerio, a pesar de que en sus dos actuaciones escritas dentro del trámite del proceso arbitral se había opuesto a las pretensiones de las empresas beneficiarias del Laudo, no interpuso los recursos ordinarios, ni el extraordinario de anulación permitiendo que el Laudo Arbitral impugnado quedara plenamente ejecutoriado”.

- Que en razón de los hechos relacionados cursa en la actualidad investigación en la Fiscalía General de la Nación.

- Que La Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural interpuso recurso de revisión el que fue rechazado.

- En general concluye, que i) “el Secretario General y el Director General Jurídico encargados, actuaron sin facultades legales y reglamentarias” al comprometer a la Nación mediante el

Acta de Terminación de la Etapa de Liquidación, que dio origen al Tribunal de Arbitramento; y ii) que la accionada incurrió en vía de hecho iii) “en razón a su origen ilegal por nombramiento de árbitro único”; y iii) “por la valoración probatoria (..) al basar la condena en un peritaje que adolece de serias irregularidades en su confección y cálculo y sin soporte alguno”.

4. Intervención pasiva

La Sala Civil del H. Tribunal Superior de Bogotá avocó el conocimiento del asunto que se revisa, dispuso la notificación de la accionada, y ordenó informar sobre su iniciación a los representantes legales de las sociedades Grasas y Derivados Gradesa S.A., Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda., y Navarro Vives e Hijos Ltda.

4.1 Intervención de la accionada

La doctora Yolanda Higuera de Gómez, aduce que “no es procedente la acción aquí instaurada, toda vez que la dependencia accionante pudo hacer uso del recurso de anulación y del extraordinario de revisión, dentro de los términos fijados en la ley, no sólo el laudo, sino el procedimiento seguido, si a ello hubiese habido lugar”.

Respecto de los hechos relacionados por el accionante afirma i) “que los primeros (..) contienen aseveraciones de tipo legal, en relación con aspectos ocurridos dentro de las dependencias del Ministerio (..), que no me corresponde analizar, pues nunca he desempeñado un cargo en esa entidad; y ii) que en el trámite y decisión del asunto que le fue confiado “se respetó la totalidad de los derechos fundamentales: el debido proceso, el derecho de defensa, la publicidad de la prueba. Todas las providencias se notificaron personalmente a las partes, quienes asistieron a las respectivas audiencias, sin notarse la ausencia de ninguna de ellas, intervinieron en la práctica de pruebas, alegaron, se opusieron a algunas decisiones, a las que se les dio solución inmediata, se respetó la totalidad de fechas fijadas, se falló dentro del término legal etc. Cualquier inconformidad con el fallo debió manifestarse, mediante los recursos que la ley les concedía”.

4.2 Intervención de las sociedades vinculadas

a) Las sociedades Grasas y Derivados GRADESA S.A., y Cooperativa Industrial Lechera de

Colombia CILEDCO LTDA, por intermedio de apoderado, mediante el mismo escrito, intervienen en el asunto que se revisa y solicitan que la protección se niegue por improcedente.

Expone el profesional interviniente, entre otros argumentos, i) que la accionada ha cumplido con el Laudo al que la Sala ha venido haciendo referencia, aunque parcialmente; ii) que el ordenamiento prevé los recursos que pueden interponerse contra los actos de la administración, los que el Ministerio no interpuso; y iii) que, no obstante ser los laudos objeto del recurso de anulación, el Ministerio no hizo uso de esta oportunidad.

Sin perjuicio de lo anterior, hace una relación de los hechos e igualmente se pronuncia sobre los relacionados por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural en su pretensión de amparo, afirma:

- Que “el 30 de diciembre de 1997 no se suscribió ninguna acta de liquidación de los contratos, (..) si bien es cierto que el artículo 11 del decreto 2082 de 1997 ordenó que los contratos que se terminaran por la supresión de la entidad (IDEMA) deberían liquidarse, a mas tardar en la fecha prevista para la terminación del proceso liquidatorio, eso no significa que se hay cumplido (..), lo que sucede es que el Ministro quiere amañadamente darle al acta de modificación de los acuerdos de Transacción un alcance que dicha acta no tiene.

- Que “los perjuicios fueron reclamados oportunamente en la liquidación del IDEMA mediante memoriales de octubre 31 de 1997, en el acta modificatoria de los Acuerdos de Transacción exactamente contrario a lo que señala el Ministro demandante, si se dejó constancia de que se reclamaban y que se trasladaban al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural”.

- Que en representación de las sociedades varias veces citadas, el 18 de enero de 1999, i) presentó un derecho de petición, con el objeto de que se procede a la liquidación de los contratos, “como una medida extrema para lograr que se tome alguna determinación concreta en el proceso de liquidación de los contratos en vista de que durante todo el año de 1998 no se logró a pesar de las manifestaciones de buena voluntad de los funcionarios del Ministerio”; y, ii) en el mismo escrito, sugirió “que se busque en procedimiento de los contemplados en la ley 446 de 1998, precisamente en la solución de conflictos contractuales (..) ya que se había comentado muchas veces con los “Asesores del Ministerio”.

- Que a finales del año 2000 “cuando el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural ya había desplegado durante todo el año a través de diferentes oportunidades gestiones para atender el pago del Laudo Arbitral, entre ellas un completo estudio por la oficina jurídica de ese Ministerio, se me informó en una visita que realicé al Ministerio que éste se encontraba listo a realizar el pago pero que tenía una dificultad por cuanto parte del dinero del rubro de indemnizaciones y condenas, con el cual se debía cubrir el pago del Laudo en los intereses generados a partir de la fecha original en que debía haberse dado el pago, habían sido utilizados por el Ministerio para atender otras condenas y por lo tanto era necesario si las empresas querían obtener el pago en ese año y mes acceder a la reducción de los intereses o en caso contrario se debía esperar una nueva asignación presupuestal que podría tomar al menos seis meses”.

- Que, “puestas las cosas en esos términos, el suscrito apoderado manifestó la voluntad de las empresas para hacer una reducción de los intereses y con tal motivo y tan solo en ese momento al revisar los cuadros de liquidación de los intereses elaborados por el perito se detectó que existía un error aritmético, hoy maliciosamente elevado por el Ministro demandante a la categoría de protuberante exactitud, se tomó entonces la determinación de no realizar el pago y en el 2001 buscar una solución sobre el mencionado error aritmético”.

- Que, “el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, en febrero del 2001 me envió una comunicación, informándome que el Ministerio había encontrado irregularidades en el Laudo Arbitral, las que había puesto en conocimiento de los organismos de control y que mientras estos no se pronunciaran se abstendría de hacer el pago del Laudo”.

Que, en razón de lo anterior, procedió a enviarle al señor Ministro “la comunicación que maliciosamente relaciona en el punto en análisis, en la cual ciertamente le manifiesto que para ese momento hay conciencia del error aritmético y que de conformidad con lo previsto en la ley Art. 310 del Código de Procedimiento Civil (..) las empresas que represento están atentas a facilitar dicha corrección, esa comunicación jamás me fue respondida”

En relación con los fundamentos utilizados por La Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en su pretensión de amparo, el apoderado de las sociedades beneficiadas con el Laudo Arbitral sostiene:

- Que “el artículo 118 de la ley 446 de 1998 no ha sido violado en forma o momento alguno,

el número uno de acuerdo con el diccionario de la real academia de la lengua es un número impar y la norma citada prevé que cuando no se diga nada los árbitros serán tres, pero cuando se diga o acuerde puede ser uno”.

- Que, “en cuanto a la fijación para la primera audiencia no existió la violación acusada, pues la árbitro si fijó de manera previa la fecha, lugar y hora para la primera audiencia, tal determinación se lee en el oficio fechado el día 24 de agosto, suscrito por la árbitro y que obra en el expediente”.

- Que la árbitro “si cumplió con la formalidad de manifestar su competencia y si bien no aparece escrito el señalamiento de la fecha para la siguiente audiencia es un hecho que si se dio tal señalamiento, no de otra forma se explicaría la asistencia de las partes a la siguiente audiencia, pero adicionalmente si hubiera existido esa irregularidad, fue subsanada precisamente por la asistencia y deliberación de la siguiente audiencia”.

- Que los árbitros no cuentan con el listado de auxiliares de la justicia, que por lo tanto no les son aplicables las regulaciones atinentes al nombramiento de peritos previstas en el Código de Procedimiento Civil, pero que la accionada “tuvo el cuidado de designar para el caso un perito que estuviera calificado para el encargo (..)”.

- Que el experticio i) “en forma alguna se basó en hechos y/o cuantías de bienes diferentes a los que se solicitó por las partes tener en cuenta para fijar la indemnización”; ii) “que el perito en este caso asistió a las instalaciones que eran parte de proceso arbitral y estableció en ellas la realidad de los inventarios de insumos y materiales vinculados a los contratos entre el IDEMA y las empresas Gradesa Ciledco y Navarro Vives e hijos Ltda.”; iii) que los inventarios tenidos en cuenta por el perito “resultan inconfundibles pues se trata de empaques marcados de manera altamente visible como Aceite Idema, Leche Idema y Café Idema, por tanto no hay manera alguna de equivocación en la apreciación de la prueba”; iv) se basó en las facturas de compra de esos elementos; y v) no fue objetado por las partes.

Para concluir, el apoderado de las sociedades Gradesa S.A. y Ciledco Ltda, afirma que La Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural persigue “por esta acción extraordinaria intentar burlar un fallo y evadir un pago de una obligación en cuyo proceso de constitución tuvo todas las oportunidades y acciones para manifestarse”.

b) La sociedad Navarro Vives e Hijos Ltda., por intermedio de apoderado, corrobora la petición y los argumentos expuestos por el apoderado de Gradesa S.A. y Cidelco Ltda., sintetizados en el punto anterior, y se extiende en consideraciones sobre la improcedencia de la acción de tutela para revivir controversias judicialmente concluidas, fundadas en jurisprudencia de esta Corporación de la que trae apartes.

5. Las decisiones que se revisan

5.1 Decisión de primera instancia

La Sala Civil del H. Tribunal Superior de Bogotá negó la protección invocada; para el efecto recuerda que la acción de tutela, en principio, no procede contra decisiones judiciales, salvo cuanto la decisión “desquicie el ordenamiento legal y socave de manera flagrante y arbitraria los derechos de quienes intervienen en el proceso”.

Analiza el Laudo arbitral y concluye que el quebrantamiento planteado por la entidad accionante no se presenta i) porque “el comportamiento del funcionario cuestionado está enmarcado dentro de la órbita de su competencia”; ii) en razón de que el Ministerio accionante, “tuvo la oportunidad de controvertir el dictamen pero no lo hizo”; iii) debido a que las consideraciones del Tribunal, “consultan racionalmente, los criterios de interpretación de las normas y los fundamentos de orden lógico que deben preceder a la aplicación de la Ley”; y iii) dado que “la decisión del Tribunal de Arbitramento no aflora contraria al ordenamiento legal y por tanto no puede ser tildada como vía de hecho”.

Para concluir la Sala en cita sostiene:

“Finalmente importa sobremanera destacar que, a voces de la propia solicitante de tutela, parte del supuesto de que la improsperidad de su derecho se debió a errores y fallas de su apoderado. Con esto solo se pone de relieve que ella considera que la supuesta violación de sus derechos se debió también a la actuación de los representantes del Ministerio en el trámite del procedimiento arbitral. En otros términos, con ello no pudo sino estar significando que el que violó sus derechos fue la propia negligencia de los funcionarios del Ministerio y no tanto el árbitro”.

5.2 Impugnación

a) El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural interpuso en contra de la sentencia que se reseña el recurso de apelación, consideró que el proveído, si bien analizó el Laudo Arbitral ampliamente, se detuvo “muy someramente” en la “violación del debido proceso por parte de los funcionarios del Ministerio que se refleja de manera palmaria en que los intereses de la Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no tuvieron defensa (..)-

Analiza nuevamente el Ministro el asunto de la competencia, e insiste i) en que los servidores públicos que suscribieron “el ACTA DE TERMINACIÓN DE ETAPA DE LIQUIDACION DEL IDEMA del 2 de agosto de 1999 y el Acta de COMITÉ DE DEFENSA JUDICIAL Y CONCILIACIÓN del Ministerio, en donde decidieron acudir al Tribunal de Arbitramento, como solución directa del conflicto relativo a la indemnización de perjuicios (..), no eran competentes”; y ii) en que “conforme al artículo 118 de la ley 446 de 1998, (..) el número de árbitros será impar y que cuando nada se prevé sobre esto será un mínimo de tres y que solo en procesos de mínima cuantía podrá ser un solo árbitro”.

También destaca que el entonces Director General Jurídico de la entidad “asumió la representación jurídica del Ministerio, con el mismo ánimo y con los mismos propósitos de ilegalidad que venía actuando desde un principio, ya que no interpuso ningún tipo de recurso contra los actos de la Arbitra por ejemplo contra el acto de control de legalidad del Tribunal, contra la falta de audiencia previa de conciliación a la instalación del Tribunal, no objetó el gravoso peritaje y menos interpuso el recurso extraordinario de anulación contra el Laudo Arbitral, pues su presencia en este ilegal Tribunal de arbitramento, se podría concluir que fue dirigida a favorecer a las empresas reclamantes y no para garantizar el derecho a la defensa de los intereses del Estado”.

Para fundamentar su aserto se detiene en el dictamen pericial, el que, asegura, ha debido objetarse por “error grave, teniendo en cuenta las numerosas inconsistencias”, entre éstas señala que “dentro de la investigación penal iniciada por el Fiscal 19 delegado anticorrupción, con ocasión del Laudo Arbitral, se ordenó la práctica de una inspección judicial con dictamen pericial efectuado a las empresas beneficiadas con el laudo, informe que fue rendido el día 13 de julio de 2001 por el perito contable investigador de la fiscalía, quien encontró que la liquidación de perjuicios registrada en el laudo arbitral se encuentra sobrevaluada”.

Y concluye la sustentación de la alzada, como sigue:

“Claramente la violación en vía de hecho, por su clara falta de competencia, por la ausencia del derecho de defensa, por la ilegalidad manifiesta de las actuaciones de funcionarios y árbitro y por la falta de juez natural o legal para el Tribunal de Arbitramento, aspectos estos que son los que claramente ha definido la jurisprudencia y la doctrina para que la vía de hecho tenga cabida en la violación del debido proceso, razones por las cuales solicito muy comedidamente a esa H. Corporación, despache favorablemente la impugnación a favor del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y en especial de los intereses de la Nación”.

b) El apoderado de las sociedades Grasas y Derivados Gradesa S.A., Cooperativa Industrial Lechera de Colombia Ltda. y Navarro Vives e Hijos Ltda., se refiere a la impugnación a que se ha hecho referencia.

Destaca que el Ministro “insiste en su confusión”, i) “entre el acta de liquidación de un contrato y el acto de liquidación del Idema” y ii) “al señalar que la cancelación de las facturas e intereses por mora en el pago de las mismas, es igual a la reclamación de perjuicios por el reconocimiento de incumplimiento contractual”.

Sostiene que existen y obran en el proceso las resoluciones que transfieren al Director Jurídico la representación legal del Ministerio, asunto que habría sido reconocido por el propio Ministro, quien en su escrito “reconoce que el representante jurídico del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural es el Director General Jurídico, por tanto el Ministerio siempre estuvo válidamente representado”.

Resalta las afirmaciones del impugnante, atinentes a que “existieron los medios de defensa de los intereses del Ministerio”, y a que en la actualidad se investiga por parte de la Fiscalía y de la Procuraduría General de La Nación “para que se defina esa eventual irregularidad o ilegalidad en la actuación de tales funcionarios y una vez establecida su responsabilidad, si a ello hay lugar, en desarrollo del Art. 91 de la Constitución Nacional se proceda a repetir contra ellos”; y concluye que “él mismo reconoce que existieron los medios procesales de defensa que impiden el otorgamiento de la acción que se reclama”.

Se refiere, también a las inconsistencias del dictamen en que la accionada fundamentó su veredicto, a las que alude el impugnante, en los siguientes términos:

“Claro que en la argumentación del demandante respecto de los que fue el dictamen pericial, hay otra vez una multitud de inexactitudes, que si bien no son del caso volver a debatir, pues yo lo hicimos ante el a-quo, si vale la pena señalar que el demandante pone en letras del suscrito memorialista, expresiones que no se ajustan ni a la verdad, ni a lo que se ha expresado, nunca he aceptado a nombre de mis poderdantes que la condena haya desbordado toda lógica, pues esta fue de lejos menor a las pretensiones de la demanda, he aceptado si, que hay un error aritmético, para cuya corrección también tiene prevista la ley un procedimiento diferente a la tutela; pero ese error dista mucho de constituir lo que el demandante denomina “numerosas inconsistencias”, las que califica como tales soportándose en la opinión de un auxiliar contable de la Fiscalía, cuya opinión no ha sido procesalmente debatida y como tal solo constituye, una opinión.

5.3 Decisión de segunda instancia

La Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión; consideró i) que “las conductas denunciadas como constitutivas de vía de hecho, debieron dilucidarse en las instancias propias del Tribunal de Arbitramento”, ii) que “fue la incuria del interesado la que excluyó la posibilidad de acceder a los medios de defensa propios del caso en litigio”, y iii) que lo que se evidencia es la intención de convertir la tutela en instancia adicional al proceso de origen para suplir deficiencias inherentes a las partes o, cuando menos, hacer llegar a funcionarios que no tienen competencia funcional en el caso planteado y, por ende, carecen de la amplitud del proceso y de la inmediatez de la prueba, a conclusiones fácticas o jurídicas que se ajusten, ahora sí, al interés del peticionario en tutela”.

“4. Ahora se cuestiona , entonces, la referida actuación con base no sólo en los eventuales errores en los que incurrió la árbitro, - que por lo que se observa, no existen -, sino también en la incorrecta conducta de los funcionarios del Ministerio que estuvieron encargados del caso, y basta decir al respecto que ese es un asunto que incumbe investigar a la justicia penal y a las autoridades encargadas de investigar disciplinariamente a dichos empleados, como en efecto ocurre, para que mediante tales acciones se determina si aquellos funcionarios incumplieron con el deber constitucional inherente a sus respectivos cargos y, en esa medida, se adopten los correctivos de ley que se extienden, incluso, a la pertinente acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Nacional”.

6. Trámite en sede de revisión

6.1 Actividad probatoria

El Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, quien preside la Sala Séptima de Revisión, mediante autos del cinco (5) de septiembre del 2002, del 20 de mayo, 17 de junio, y 7 de julio de 2003 i) solicitó a la Procuraduría General de la Nación información sobre el estado actual de los procesos disciplinarios iniciados en razón del Laudo Arbitral a que se ha hecho referencia; ii) ordenó a la Secretaría General oficiar a la Fiscalía General de la Nación a fin de obtener información sobre las investigaciones iniciadas en igual sentido; iii) inquirió al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural sobre las medidas administrativas o disciplinarias eventualmente adoptadas contra los funcionarios del Ministerio que intervinieron en la convocatoria del Tribunal y representaron los intereses de La Nación en dicho trámite; iv) solicitó a la Contraloría General de la Nación información sobre las actuaciones realizadas por la entidad contra los funcionarios del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que participaron en la convocatoria del Tribunal de Arbitramento; y iv) decretó y practicó inspección judicial sobre el expediente radicado por la Fiscalía General de la Nación con el número 11 1-834.

Ahora bien, en cumplimiento de lo anterior:

a) El Director Nacional de Investigaciones de la Procuraduría General de la Nación informa i) que a la fecha -12 de septiembre de 2002- se tramita en esa dependencia la investigación radicada con el número 009-53623-0, “contra los funcionarios del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, que posiblemente participaron en el trámite que dio lugar a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento y su posterior pronunciamiento mediante falla de Laudo Arbitral”; ii) que dicha investigación fue iniciada mediante auto del 27 de mayo del mismo año, por el Despacho del señor Procurador; y iv) que el asunto está en “etapa de investigación disciplinaria”.

Además el funcionario remite copia de lo actuado, “con el compromiso de mantener la reserva (..)”.

b) El Jefe de la Unidad Anticorrupción de la Fiscalía General de la Nación informa que el asunto se encuentra en etapa de investigación, aspecto éste que el Magistrado auxiliar de la

Sala Séptima, delegado para practicar inspección judicial sobre el expediente, pudo constatar.

c) El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, comunicó a esta Sala que mediante escrito de 29 de diciembre de 2000 el Ministro del ramo solicitó a la Procuraduría General de la Nación “adelantar las investigaciones que corresponda contra los exfuncionarios del Ministerio que participaron en todo el proceso que dio origen al mencionado laudo arbitral”.

d) La Directora de Juicios Fiscales de la Contraloría Delegada Para Investigaciones Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva informó que no figura ningún juicio sobre el asunto, y dio cuenta de haber trasladado del asunto a la Dirección de Investigaciones fiscales, para lo de su cargo.

6.2 Solicitudes de insistencia para selección

a. El Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra presentó a la Sala de Selección correspondiente solicitud de insistencia sobre el presente asunto, entre otras razones, porque “se debe determinar si los errores en que puede haber incurrido el apoderado de una entidad pública podrían convalidar la violación al debido proceso de la Nación (en este caso Ministerio de Agricultura) llegando a acarrear grave detrimento del erario público. Además, es oportuno profundizar en la existencia de vía de hecho en laudos arbitrales por los pocos pronunciamientos existentes al respecto”.

b) El señor Procurador General de la Nación, con fundamento en la atribución conferida en el artículo 7, numeral 12 del Decreto 262 de 2000, solicitó a la Sala de Selección Número Cinco de 2002, en defensa del patrimonio público y del debido proceso, la selección del asunto de la referencia.

Sostiene el representante del Ministerio Público, que “[f]uncionarios del Ministerio de Agricultura y Desarrollo (sic) extralimitando sus competencias y actuando por fuera de las regulaciones que rigen al interior del mencionado Ministerio en relación con la decisión de acudir a medios alternativos de resolución de conflictos, optaron por conformar un tribunal

de arbitramento que determinaría la existencia de los perjuicios reclamados y el monto de los mismos, si ha ello había lugar” -negrilla en el texto -.

Agrega que “además de los errores contables en que en él se incurrieron, pues se dictó por un monto mayor al probado, no se analizó, como era la obligación del árbitro que lo profirió determinar si tenía o no la competencia para dictarlo y lo que es más grave, la competencia de quienes lo constituyeron y sobre todo, si era posible que después de liquidado el IDEMA, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo podía ser condenado a pagar una obligación que expresamente no fue incluida en el acta de liquidación del mencionado instituto, cuando el Ministerio sólo podía y debía asumir éstas”.

Destaca que el mencionado laudo “no fue objeto del recurso de anulación, toda vez que uno de los funcionarios del Ministerio de Agricultura y Desarrollo que intervino en la conformación del tribunal, era el llamado legalmente a interponer el mismo”, y que por la misma razón el Consejo de Estado rechazó la acción de revisión -negrilla original -.

Se detiene la Vista Fiscal en el interés de su dependencia en que “las actuaciones dolosas de algunos funcionarios públicos no pueden servir de fundamento para generar obligaciones lesivas del patrimonio estatal, sin que las autoridades judiciales emitan un pronunciamiento al respecto”.

Finalmente pone de presente que “el Ministerio de Agricultura y Desarrollo (sic) no ha pagado el laudo arbitral a la espera de que la Corte Constitucional, como última instancia, determine si hay razones jurídicas para cumplir la condena que se le impuso, pues si se estudia con detenimiento el asunto, a la Nación se le está obligando a pagar por algo que al parecer no debía con el consiguiente incremento patrimonial de los beneficiarios de dicho laudo (..)”.

6.3 Cambio de ponente

El texto definitivo de esta decisión fue elaborado por el Magistrado Alvaro Tafur Galvis, dado que el proyecto presentado por el Magistrado Eduardo Montealegre Lynett a la Sala Séptima de Revisión, el 5 de diciembre del 2002, no fue acogido por sus demás integrantes.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Sala Séptima es competente para revisar las sentencias que se reseñan, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto Ley 2591 de 1991, de conformidad con la selección de la Sala Número Seis, mediante providencia del 5 de junio del año 2002, y en razón del impedimento formulado por el Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, declarado procedente por los demás integrantes de la Sala Sexta de Revisión en providencia del 27 de junio del año 2002.

2. Problema jurídico planteado

Debe la Corte decidir si corresponde al juez constitucional declarar la nulidad del Laudo proferido por la árbitro Yolanda Higuera de Gómez, dado que los funcionarios que acordaron convocar al Tribunal actuaron por fuera de su competencia, y en razón de las violaciones del debido proceso en que habría incurrido el fallador.

Lo anterior, por cuanto que el juez de primer grado denegó la invocación de amparo porque La Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no acudió a los medios de defensa establecidos en el ordenamiento, para que las partes hagan valer sus derechos constitucionales dentro de los procesos en curso, y debido a que el juez de segundo grado confirmó la decisión.

Deberá también la Sala detenerse en la procedencia de la acción de tutela para restablecer los intereses públicos comprometidos en una decisión arbitral, cuando quien fue designado por la entidad para impetrar su defensa asume una posición que a la postre la representada considera deficiente o equivocada, toda vez que la demandante y el señor Procurador General de la Nación afirman que el dictamen en que se basó la decisión ha debido objetarse y la sentencia recurrirse, por quien representó los intereses estatales, e insisten en que esta acción es el último recurso con que cuenta la Nación para no cumplir con la condena que le impuso la accionada el 3 de diciembre de 1999.

3. Procedencia de la acción

La acción de tutela ha sido establecida para el restablecimiento de los derechos

fundamentales quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que el mecanismo se utilice de manera transitoria, para evitar un perjuicio irremediable y grave.

Lo anterior, al tenor de lo reglado en el artículo 86 de la Carta Política, permite descartar la procedencia de la acción de tutela cuando los intervinientes no hacen uso de las oportunidades con que cuenta el ordenamiento, para que las partes contradigan las actuaciones y decisiones de los jueces.

Para resolver la procedencia de la acción, debe en consecuencia la Sala considerar si La Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural contó con las oportunidades previstas en el Decreto 1818 de 1998, para contradecir las decisiones adoptadas por la árbitro Yolanda Higuera de Gómez sobre su competencia y respecto de los aspectos probatorios, atinentes a resolución de las controversias que la entidad mantenía con las sociedades Grasas y Derivados GRADESA S.A., Navarro Vives e Hijos Ltda. y Cooperativa Industrial Lechera de Colombia CIDELDO Ltda.

Lo anterior, porque la falta de medios adecuados para que las partes puedan hacer valer sus posiciones jurídicas dentro de los procesos en curso, aunada a la imposibilidad de hacer uso de ellos, en condiciones de igualdad, son los eventos que dan lugar a la intervención del Juez constitucional en el asunto, a fin de restablecer el debido proceso, sin perjuicio de la cosa juzgada que ampara la decisión, en sujeción a los dictados de los artículos 29, 86 y 230 de la Carta.

En este sentido vale destacar que la estrategia defensiva asumida por cada uno de los apoderados, y el resultado de la misma, es asunto que compete a la parte y a su representante, conforme los acuerdos y estatutos que regulan sus relaciones y la prestación del servicio, sin perjuicio de los mecanismos legales existentes para que los profesionales del derecho respondan por desatender las instrucciones impartidas, o por defraudar la confianza depositada en su gestión.

Siguiendo los anteriores planteamientos, la Sala precisa:

a) El 28 de septiembre de 1999, dentro de la primera audiencia de trámite, a la que asistieron los apoderados de las partes en contienda, la doctora Yolanda Higuera de Gómez,

con el propósito de resolver sobre su competencia se refirió a las previsiones de las Leyes 80 de 1993 y 446 de 1998, destacó el compromiso consignado en el documento mediante el cual los suscribientes resolvieron someter a la decisión de un solo arbitro sus diferencias no resueltas, derivadas de los contratos 203, 085 y 122 de 1996,1 y concluyó:

“AUTO N° 2

“..)

(..) no cabe duda que en el sub judice, por tratarse de controversias surgidas de diferencias y discrepancias originadas en contratos estatales, la Ley 80 de 1993 autoriza a las partes interesadas para que hagan uso de mecanismos de solución directa, como el arbitramento.

Se colige, entonces, por las razones expuestas, que este Tribunal es competente para conocer, tramitar y decidir los asuntos por el ya referenciado acto de compromiso”.

Debe destacarse, también, que la notificación de la providencia que se reseña se surtió en estrados, y que las partes intervinientes “expresaron estar conformes con lo decidido”, no es dable, por tanto, asegurar que la accionada no resolvió sobre su competencia y que quebrantó por ello el debido proceso de la entidad pública comprometida en la controversia, porque lo que en realidad ocurrió fue que la decisión se tomó y fue aceptada y convalidada expresamente, por las dos partes.

b) El mismo día, y una vez ejecutoriada la decisión anterior, la árbitro accionada, “atendiendo lo preceptuado en los artículos 11, 12, 13, 14, 124 y 125 de la Ley 446 de 1998 180 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, entre otras pruebas”, decretó la práctica de inspección judicial “en las oficinas de las tres sociedades en mención, para que con base en los libros de contabilidad regularmente llevados y en cualquier otro documento cuyo examen sea del caso efectuar, se constaten y verifiquen los aspectos en cuyo establecimiento están interesados los peticionarios” -Auto 003-.

A continuación, la nombrada consideró “que los hechos a verificar requieren conocimientos contables”, y asimismo afirmó que procede “designar peritos de esta especialidad con experiencia en el manejo de los productos a que se refieren los contratos origen de las discrepancias puestas a consideración de este Tribunal, quienes deberán conceptuar en

detalle sobre los puntos determinados en el memorial presentado por las sociedades interesada y en relación con las cuestiones que el Arbitro llegare a formular en el momento de la diligencia de inspección, si lo estimare pertinente. (..)".

También la accionada se pronunció sobre la necesidad de designar dos expertos, de conformidad con lo previsto en el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, pero recordó a las partes que "de consuno" y "en la debida oportunidad" podían solicitar que el dictamen fuera rendido por un experto².

Notificadas las partes de la anterior decisión, en estrados, por conducto de sus apoderados, manifestaron su interés en la designación de un solo perito, y nada dijeron sobre la persona designada, como tampoco respecto del procedimiento seguido para ello, como lo revelan los siguientes apartes de sus intervenciones, del Auto N° 4, y de la constancias secretarial:

"A continuación manifiesta el doctor PERRY SANCLEMENTE: "Según lo estatuido por el artículo 234 del C.P.C. y a fin de evitar que este medio probatorio resulte más oneroso por los gastos que implica el transporte y viáticos de las personas que se designen como peritos ya que la peritación se debe practicar fuera de la ciudad de Santafé de Bogotá, amén de los honorarios por los servicios que se presten al respecto, solicito que se designe un solo perito. (..)

Acto seguida solicita el uso de la palabra el doctor Larrazabal. Concedido dijo: "Adhiero a la petición del Dr. Perry, únicamente, en cuanto que se designe un solo perito.

AUTO N°. 004

Se accede a la petición hecha de consuno por las partes en el sentido de designar un solo perito. Para dar cumplimiento a esta decisión, se procede a examinar la lista que para tal efecto tiene la señor Arbitro, atendiendo el contenido de la hoja de vida de los enlistados, a fin de seleccionar a quien tenga más experiencia en el campo de las sustancias relacionas con la prueba pericial. Hecho lo anterior y teniendo en cuenta que el señor ROBERTO CARILLEJO RASH, además de ser experto contable, lo es también en asuntos atinentes a los productos que constituyen el objeto de las sociedades involucradas en el conflicto y que labora en el lugar de domicilio de las mismas se procede a nombrársele como perito contable para el presente asunto.

(..)

(..)

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que las partes fueron notificadas en estrados.”.

No puede en consecuencia el señor Representante de La Nación sostener que la árbitro accionada incurrió en vía de hecho, porque dispuso que el dictamen lo rendiría un solo perito, puesto que fue la aquiescencia de la Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a la propuesta de su contraparte, prevista en la ley³, la condición que originó tal decisión, y la realización de los valores constitucionales comprometidos en los juicios se verían resquebrajados si el Juez constitucional desconociera el consentimiento y la convalidación de las actuaciones procesales, por parte de los sujetos de la litis.

c) Presentado el dictamen pericial, dentro del término, el 29 de octubre de 1999, mediante Auto N° 6, la árbitro corrió traslado a las partes del experticio por el término de 3 días, en los términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, providencia que fue notificada personalmente.

Ahora bien, según lo revela el expediente, el apoderado de las sociedades demandantes se pronunció en tiempo sobre el experticio, sin objetarlo, a fin de advertir el error en que habría incurrido el perito al calcular los intereses de mora⁴, sin que el apoderado de La Nación se pronunciara sobre el asunto; quiere decir entonces que la accionada bien podía acoger el experticio y fundar en éste su decisión, porque las partes convalidaron cualquier error del experto, si es que lo hubo.

d) El 16 de noviembre de 1999 los abogados de las partes sometieron a consideración de la árbitro único sus alegatos de conclusión, así:

El apoderado de las sociedades demandantes, entre otras razones, sobre las pretensiones de sus representadas, expuso:

“(..) el incumplimiento de los contratos en cuestión se da mucho antes del decreto que ordena la liquidación del IDEMA, de hecho el incumplimiento se suscita en los meses de Julio

y Agosto de 1996 y en documentos que obran en el expediente, tal incumplimiento a cargo del contratante, el IDEMA, es aceptado en documentos de Diciembre de 1996 y el decreto que ordena la liquidación definitiva del IDEMA es de Julio de 1997, es decir el incumplimiento de los contratos originales que han motivado este proceso se dio y está así claramente aceptado, sin que existiera la supuesta fuerza mayor que trata de ubicarse en el decreto que ordenó la liquidación, es mas los contratos originales, recordemos que mediante sendos documentos se pactó una prórroga de los mismos, debieron haberse ejecutado entre los meses de MARZO-ABRIL de 1996 y los mismos meses de 1997 resultando incuestionable que para esa época no existía en forma alguna la decisión de liquidación del IDEMA.

Ahora bien, es igualmente cierto que a raíz del incumplimiento por parte del IDEMA se acuerdan en una transacción extraprocesal, a la cual expresamente se le da la calidad de cosa juzgada unas obligaciones; varias de ellas aún no cumplidas y entre las mismas la de prórroga de los contratos para poder subsanar el daño infringido a los contratistas. Esa posibilidad de desarrollar los contratos en el tiempo adicionalmente pactado podríamos aceptar que se vio frustrada por la expedición del decreto que ordenó la liquidación del IDEMA, pero cabe aquí repetir lo que ya manifestamos, “el hecho del príncipe” no puede desconocer los derechos válidamente adquiridos por los particulares y si lo hace y es insuperable por razones de conveniencia colectiva tal determinación, no cabe otra consecuencia diferente a cargo del Estado, que la de indemnizar al particular injustamente atropellado o desconocido en sus intereses. (..)

(..)

NO CABE PUES DUDA QUE EL INCUMPLIMIENTO EXPRESAMENTE ACEPTADO A SU CARGO POR EL CONTRATANTE es fuente de la obligación de indemnizar los perjuicios causados”.

También se refirió a la cuantificación de los perjuicios causados:

“Son muchos los elementos que para un caso como el que nos ocupa, podrían llevarse a consideración para establecer la base de liquidación de los perjuicios, como son a modo de ejemplo, el capital invertido en máquinas para atender el objeto específico de los contratos , las responsabilidades laborales y su costo frente a trabajadores vinculados expresamente por motivo de los contratos, etc. no obstante lo anterior hemos aceptado desde la formulación de nuestras pretensiones limitar este reclamo al valor de la utilidad esperada por los

contratistas, debidamente indexada.

A través de las pruebas decretadas en el presente proceso y con el auxilio del perito designado, se establecieron los márgenes de utilidad que se generaron en los negocios objeto de la razón social de cada una de las empresas que represento. Si bien cabría aún una discusión en el sentido de que el perito no tuvo en cuenta lo que de manera expresa se le solicitó en el sentido de que el margen a establecer era no el general de los negocios de las sociedades, sino el específico (..) en aras de la máxima claridad en nuestras pretensiones, vamos a aceptar como utilidad y de allí derivar el valor de los perjuicios, las utilidades generales establecidas por el perito y que tienen como sustento además de los documentos contables de los cuales el perito obtuvo información, el gran soporte de ser las mismas que se reflejan en las declaraciones de renta de las sociedades, es decir estamos limitando voluntariamente nuestras pretensiones a la misma base utilizada para pagar impuestos, sin las válidas consideraciones ya enunciadas.

(..)

En cuanto a la forma de actualizar el valor correspondiente solicito a la señora Arbitro que acoja la liquidación realizada por el perito, con aplicación de los intereses comerciales, pues es claro que las empresas que represento de haber obtenido su justa retribución en los negocios objeto de los contratos con el IDEMA y siendo como se ha dejado claro que estos constituían una producción marginal, adicional a la requerida para el punto de equilibrio de las empresas, hubieran realizado inversiones que como menos les hubiera generado los intereses comerciales que en una de sus proyecciones ha señalado el perito”.

El apoderado de La Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por su parte, prefirió detenerse en las pretensiones de las sociedades demandantes, y no pronunciarse sobre el material probatorio recaudado, como lo denota el siguiente aparte de su alegato.

“En el caso que nos ocupa ha de decirse que la terminación unilateral del contrato por parte del IDEMA, no puede serle imputable al IDEMA, como un incumplimiento de sus obligaciones, porque tal determinación debió ser tomada de esa manera en razón y por virtud de la LIQUIDACIÓN ORDENADA, MEDIANTE DECRETO 1675 de 1997 que liquidó el IDEMA como persona jurídica de derecho público dentro del contexto de la administración, haciendo evidente que esa liquidación fue ORDENADA POR UNA NORMA SUPERIOR ajena

completamente a su voluntad contractual, que le impedía continuar su objeto social y por ende el incumplimiento de los acuerdos que este hubiese suscrito.

(..)

Es cierto que se adeudaba por parte del EXTINTO IDEMA un capital, pero igualmente es cierto que EL CAPITAL FUE CANCELADO EL DIA TREINTA Y UNO (31) DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE (1997), fecha hasta la cual este capital generó intereses, intereses que fueron cancelados los días veinticuatro (24) de mayo y diez (10) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999) de donde solamente es posible discutir si estos intereses pudieron o no generar intereses, porque no es viable reliquidar intereses sobre un capital que ya fue cancelado y que lo único que quedó pendiente de ser cancelado fueron los intereses producidos por ese capital hasta la fecha de su pago”.

Observa la Sala que la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural aportó al proceso arbitral los elementos fácticos y jurídicos que, a su juicio, debían constituir el soporte del Laudo, es decir ejerció su derecho a presentar alegaciones, de modo que no puede el Ministro accionante aducir que el derecho a la defensa de la entidad que representa, por este aspecto, fue quebrantado.

No resulta tampoco posible retrotraer la actuación, para que los alegatos se repitan, a fin de abogar porque la parte vencida obtenga otro resultado, porque las oportunidades procesales precluyen así las partes no las utilicen debidamente, y no son los jueces los llamados a inmiscuirse en el debate adecuando las actuaciones defensivas de las partes, sino los obligados a resolver las controversias con imparcialidad, con sujeción al imperio de la ley, a fin de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo –artículo 2° C.P.-.

e) Mediante Auto 009, proferido el 16 de 1999, concluida la etapa de alegatos, la árbitro convocó a las partes para la celebración de la audiencia de fallo, que se adelantaría el 3 de diciembre del mismo año, y, el día señalado, quedó resuelto en forma definitiva el conflicto que fuera sometido a consideración de la accionada, ya que – como se dijo- lo decidido no fue recurrido.

Para finalizar la Sala debe destacar que no le compete analizar los aspectos sustantivos debatidos entre La Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y las sociedades contratistas, ya varias veces relacionadas, como tampoco adentrarse en el Laudo que los dirimió, porque dichos aspectos ya fueron dilucidados con efectos definitivos, con sujeción al ordenamiento constitucional, por el juez del contrato, al punto que no es dable volver sobre el asunto.

4. Conclusiones. Las decisiones de instancia deberán confirmarse

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural invoca la protección del Juez constitucional, “como último mecanismo de defensa judicial”, a fin de que se restablezca el derecho fundamental al debido proceso de La Nación, quebrantado por la árbitro Yolanda Higuera de Gómez, al proferir el Laudo protocolizado mediante Escritura Pública 241 de 2000, otorgada en la Notaría Cincuenta y Uno de esta ciudad, pero la acción es improcedente, porque el ordenamiento cuenta con mecanismos adecuados para que las partes contradigan las decisiones arbitrales, que los apoderados de La Nación no utilizaron, y la acción de tutela no ha sido establecida para solventar la incuria procesal de las partes.

Arguye el accionante, y sus planteamientos son corroborados por la Vista Fiscal, que el Secretario General, y el Director General jurídico del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural actuaron sin facultades al acordar acudir al Tribunal de Arbitramento, y que el apoderado del Ministerio en el asunto i) permitió que el dictamen lo rindiera un árbitro único, ii) no objetó el experticio por error grave, y iii) no interpusieron los recursos ordinarios, y extraordinario, permitiendo que decisiones contrarias a los intereses de La Nación quedaran ejecutoriadas.

En general se acusa al entonces Director Jurídico de la entidad, quien actuó como apoderado de la misma de “(..) favorecer a las empresas reclamantes”, y de no actuar en defensa de los intereses del Estado.

El señor Procurador General de la Nación, por su parte, sostiene que su dependencia está interesada en que “las actuaciones dolosas de algunos funcionarios públicos no pueden servir de fundamento para generar obligaciones lesivas del patrimonio estatal, sin que las autoridades judiciales emitan un pronunciamiento al respecto”.

Como se ve, el accionante y el Ministerio Público pretenden revivir el conflicto resuelto por la árbitro accionada - con sujeción a la ley -, con el argumento de que la posición defensiva propia - asumida por el apoderado legalmente designado por el Ministerio para representarla- fue equivocada o deficiente, sin reparar en que la defensa es una garantía constitucional incondicional concedida por la Carta a todo aquel que comparece o debe ser llamado a un juicio, a fin de asegurarle la representación de sus intereses, conforme cada parte lo considere oportuno y conveniente, sin sujeción al resultado.

Quiere decir lo anterior que el derecho a la defensa de la Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no fue quebrantado por la accionada, porque aquella actuó en el asunto por intermedio de un profesional del derecho en quien depositó su confianza, defendió su posición sin restricciones frente a la de su contrario, efectuó sus alegaciones, y realizó la actividad probatoria que consideró útil para influir en el convencimiento del juez, de acuerdo a sus intereses.

De suerte que las decisiones de instancia deberán confirmarse, toda vez que a los jueces no les compete inmiscuirse en las posiciones defensivas de las partes, así estas representen intereses públicos, sino actuar con imparcialidad adoptando las medidas necesarias para evitar la indefensión de los contendientes, sin valorar las actuaciones concretas de uno u otro, y es deber de las partes procesales cumplir las decisiones judiciales sin dilaciones.

Finalmente, vale recordar que el ordenamiento cuenta con procedimientos administrativos y judiciales eficaces para valorar enjuiciar y reprender a los servidores públicos que actúan por fuera de su competencia y lesionan los intereses que están en el deber de salvaguardar, quienes además deberán ser compelidos a restablecer el patrimonio estatal, procedimientos éstos que, como los antecedentes lo indican, se encuentran en curso, es decir que también por este aspecto la acción que se revisa no puede concederse y las decisiones de instancia tienen que confirmarse.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR las sentencias proferidas por la Sala Civil del H. Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 4 de febrero y el 12 de marzo de 2002, respectivamente.

Segundo. Levantar los términos en el presente asunto que fueron suspendidos mediante providencia del 5 de septiembre de 2002.

Tercero.- Ordenar a la Secretaría General de esta Corporación el envío de las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

Salvamento de voto a la Sentencia T-1228/03

JUEZ CONSTITUCIONAL-En relación con actuaciones de apoderados de las partes (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD Y DERECHO DE DEFENSA-Conflicto (Salvamento de voto)

Como es propio en el Derecho Constitucional, el conflicto de principios no puede resolverse mediante la anulación de los extremos. Debe llegarse a una situación de armonización concreta a fin de solucionar el conflicto. Ha de ponderarse los intereses representados en los

principios en conflicto, a fin de balancear y, de esta manera, establecer condiciones bajo las cuales uno prime sobre el otro, sin menoscabo de su núcleo esencial. Lo anterior conduce a que el juez estaría en la obligación de adoptar las medidas pertinentes, que pueden involucrar la consideración de la conducta concreta de los apoderados, para asegurar que no se presente indefensión. En abstracto resulta complejo establecer los límites a dicha obligación, pero resulta claro que asegurar, como mínimo, que los argumentos presentados sean serios o exigir al apoderado que tenga claridad sobre su estrategia defensiva, no implica anulación de la independencia judicial. En el presente caso, concuerdo con la mayoría en que no se violó el derecho de defensa de la Nación-Ministerio de Agricultura. No se observa que los apoderados del Ministerio hubiesen concurrido al proceso arbitral con el objeto de simular un debate jurídico. Efectivamente se presentaron argumentos dirigidos a cuestionar los alegatos de las empresas demandantes. Sin embargo, no comparto el abandono del derecho de defensa, que apoya la mayoría. Menos aún que la mayoría considere que en caso de demostrarse irregularidad por parte de los apoderados de la Nación deba exclusivamente acudir a una acción que asegure el reintegro de los recursos al Estado. No sólo no existe garantía de que los patrimonios de los agentes que actuaron irregularmente sea suficiente para resarcir el daño al patrimonio público (el patrimonio de todos los colombianos), sino que resulta contrario al sistema axiológico del sistema jurídico colombiano que una persona se enriquezca, gracias a una sentencia judicial dictada en un proceso en el cual una de las partes no tuvo una defensa real.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL EFICAZ EN LAUDO ARBITRAL (Salvamento de voto)

Los apoderados del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, al igual que el Ministro, señalaron que la acción de anulación no podía interponerse, respecto de los alegatos presentados en la demanda de tutela, por no corresponder a asuntos que podían ser debatidos mediante dicho procedimiento. En efecto, los argumentos del demandante no tienen que ver con asuntos procedimentales, a los que se limita la posibilidad de demanda de anulación del laudo, sino con argumentos sustantivos. Es posible que se pudiera considerar que alguno de los cargos son de carácter procedimental, pero en tal caso, la mayoría tenía la carga de motivar por qué consideraba que ello era así y, de esta manera, considerar improcedente la tutela.

SENTENCIA DE TUTELA EXTRA O ULTRA PETITA/PRINCIPIO IURA NOVI CURIA (Salvamento de

voto)

Esta Corporación ha fijado una clara jurisprudencia en el sentido de que el juez constitucional no está atado a las pretensiones de la demanda o limitado a verificar la violación de los derechos fundamentales alegados por el demandante, sino que, en virtud del principio *iura novit curia*, está sujeto a los hechos probados en el proceso y, a partir de ellos, analizar la posible vulneración de derechos fundamentales. Por lo anterior, el hecho de que el demandante no haya advertido en su demanda la posible violación de su derecho fundamental a la igualdad, no elimina la posibilidad de que la Corte entre a considerar el caso.

DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA NACION EN LAUDO ARBITRAL-Violación (Salvamento de voto)

La mayoría, por lo tanto, ha debido realizar el análisis de la argumentación expuesta por la árbitro a fin de determinar si en la interpretación de los derechos constitucionales involucrados en el caso, se respetaron los parámetros constitucionales. En mi concepto, la mayoría omitió considerar la valoración que hizo la árbitro en relación con dos puntos: restricción a la propiedad privada e igualdad. En punto a la igualdad, considero que en el presente caso existían razones suficientes para considerar que se presentó una violación a dicho derecho. Tal violación se produce al interpretar la cláusula de la igualdad de manera incompatible con la Constitución. Resulta incompatible con el ordenamiento constitucional, que se entienda que del derecho a la igualdad se desprende la obligación del Estado de liberar a un particular de ciertas cargas que le son imputables como consecuencia de su posición jurídica dentro del ordenamiento. A dicha violación se suma el hecho de que el juicio sobre la igualdad de cargas públicas no tuvo en consideración los elementos que componen dicho juicio, razón por la cual la argumentación del juez se torna insuficiente.

DISTRIBUCION DE CARGAS PUBLICAS Y DERECHO A LA IGUALDAD (Salvamento de voto)

PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA/PRINCIPIO REBUS SIC STANTIBUS (Salvamento de voto)

La doctrina y la jurisprudencia aceptan que el principio *pacta sunt servanda* hace parte integral del ordenamiento jurídico colombiano, reconociéndose tanto en el plano positivo como en el jurisprudencial. Conforme a este principio, las partes están obligadas a cumplir el

contrato en los términos estipulados, no siendo excusable el incumplimiento. Sin embargo, la jurisprudencia y la legislación colombiana han reconocido, por diversas vías, el principio *rebus sic stantibus*, conforme al cual, el cumplimiento del contrato se sujeta a que se mantengan –dentro de términos razonables– las condiciones imperantes al momento de pactarse el acuerdo. En el ámbito comercial, ello se ha positivizado bajo el fenómeno de la imprevisión.

PRINCIPIO REBUS SIC STANTIBUS EN CONTRATACION ESTATAL (Salvamento de voto)

Entiendo el principio *rebus sic stantibus*, en el caso concreto de la contratación estatal, de manera más amplia. En la contratación pública, en tanto se trata de una forma de colaboración con la administración, no existe un negocio jurídico en los términos comerciales, pues no se presenta una mera equivalencia entre la obligación de dar o hacer y el precio pagado, sino que dicha ecuación involucra, además, la realización de un fin estatal o la contribución a dicha realización. Si bien para el contratista el precio equivale a lo dado o hecho, para la administración lo recibido sólo tiene equivalencia en tanto sea útil para la realización del fin constitucional de la administración. Teniendo lo anterior presente, si desaparece la entidad pública, *prima facie* se altera de manera irresoluble la mencionada equivalencia, en la medida en que la recepción de bien o servicio no tendrá equivalencia alguna con las funciones de la misma, que han desaparecido (si éste es el evento). De allí que, si se aceptara una reparación integral del daño y se exonerara al contratista a soportar cierta carga, se estaría pagando, a manera de lucro cesante, un beneficio que no guarda equivalencia alguna con lo acordado. No puede olvidarse que la administración sólo tiene permitido contratar aquello que resulte necesario para la realización de su fin constitucional o legal. El juez constitucional no puede entrar a valorar hasta qué punto la aplicación del principio *rebus sic stantibus* altera el monto o la forma de reparación, pero sí puede demandar su consideración por parte del juez del contrato.

DAÑO ANTIJURIDICO-Alcance del concepto (Salvamento de voto)

La Corte ha analizado hasta el momento que, tratándose de la supresión de entidades públicas, las cargas derivadas de este hecho se reparten de manera diferencial en la sociedad. Quienes colaboran con la administración –contratistas y trabajadores– tienen el deber de asumir ciertas cargas, conforme se analizó antes. Ello implica que no todo daño

derivado de la supresión puede estimarse como antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución. Existirán componentes del daño que deben soportarse, por tratarse del resultado de un juicio de igualdad en la distribución de las cargas en la sociedad. Esto último, al margen de las consideraciones ya expuestas en torno a los deberes derivados de la igualdad, podría entenderse como nugatorio del derecho a la propiedad.

DERECHO A LA PROPIEDAD-Carácter relativo (Salvamento de voto)

CONTRATO ADMINISTRATIVO-Incumplimiento por supresión de la entidad (Salvamento de voto)

LAUDO ARBITRAL-Vulneró derechos fundamentales del Estado (Salvamento de voto)

En conclusión el laudo arbitral quebrantó derechos fundamentales del Estado, al interpretar en forma contraria a la Constitución el derecho a la igualdad. En efecto, si existía un fin constitucional legítimo como es la reestructuración del Estado, una vez liquidada la entidad no correspondía reconocer integralmente el lucro cesante por la terminación anticipada de los contratos. El contratista debía soportar una carga mayor que la de cualquier ciudadano.

Referencia: expediente T-583364

Acción de tutela instaurada por La Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural contra la árbitro Yolanda Higuera de Gómez

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

1. Con el debido respeto, presento las razones por las cuales me aparto de la decisión mayoritaria. Coincido con la mayoría sobre la inexistencia de las irregularidades que el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y el Ministerio Público señalan que se presentaron dentro del trámite del proceso arbitral. Sin embargo, me veo obligado a apartarme de la decisión mayoritaria por cuanto considero que (i) se presentó una violación de los derechos del Estado colombiano, (ii) es equivocada la apreciación de la mayoría sobre la existencia de otros medios de defensa judicial y (iii), no comparto la postura de la mayoría sobre el papel del juez constitucional (y los jueces en general) respecto de las actuaciones de los

apoderados de las partes.

Según se concluye en la sentencia de la que me aparto, el Estado colombiano (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural) contaba con otro medio de defensa judicial, al cual no acudió. Si bien en la sentencia no se menciona cuál es el recurso, resulta claro que se trata del recurso de anulación del laudo arbitral ante el Consejo de Estado. La mayoría, además, no considera las razones expuestas por los apoderados del Ministerio para abstenerse de acudir a dicho mecanismo. Se limita a señalar que no fue interpuesto oportunamente.

Para la mayoría la conducta de los apoderados del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en este caso empleados públicos, no puede ser objeto de control constitucional, pues al juez no le “compete inmiscuirse en las posiciones defensivas de las partes, así estas representen intereses públicos, sino actuar con imparcialidad adoptando las medidas necesarias para evitar la indefensión de los contendientes, sin valorar las actuaciones concretas de uno u otro”.

Debido a esto último, la mayoría no tenía porqué entrar a analizar las razones por las cuales los apoderados del Ministerio se abstuvieron de iniciar las acciones dispuestas por el ordenamiento para cuestionar el laudo arbitral. En otras palabras, la mayoría realizó el siguiente silogismo:

* No compete al juez inmiscuirse en las posiciones defensivas de las partes.

* Es parte de la posición defensiva de las partes la decisión o no de interponer recursos previstos en el ordenamiento.

En mi concepto el razonamiento es errado, pues la regla general – no “compete [al juez] inmiscuirse en las posiciones defensivas de las partes, así estas representen intereses públicos, sino actuar con imparcialidad adoptando las medidas necesarias para evitar la indefensión de los contendientes, sin valorar las actuaciones concretas de uno u otro”- está formulada de manera equivocada.

Principio de imparcialidad y derecho de defensa.

2. La posición de la mayoría, que se recoge como la regla antes mencionada, es posible reducirla a una ecuación más precisa: el deber de imparcialidad le impide al juez valorar las actuaciones concretas de las partes. Entendido en estos términos, en principio el planteamiento ha de admitirse como correcto.

En efecto, el principio de imparcialidad supone que el juez debe actuar a manera de árbitro entre las posturas que se enfrentan en el litigio, absteniéndose de adoptar medidas o posiciones que permitan alguna ventaja a las partes. El juez, bajo estas condiciones, actúa como mero observador (sin perjuicio de su intervención puntual en materia de trámite y en la práctica de pruebas) frente a las actuaciones (posiciones y tomas de decisión) de las partes. Ello se simboliza ordinariamente con el velo que cubre los ojos de la justicia.

Sin embargo, este planteamiento absoluto conduce a la nugatoria de otro elemento central dentro del debido proceso en clave constitucional: derecho de defensa.

3. El derecho de defensa supone la posibilidad de que las partes enfrenten los cargos o argumentos expuestos por la contraparte. Comprende, en este orden de ideas, el derecho a que el proceso sea público, que efectiva y oportunamente se conozcan los cargos y pruebas, y que tales pruebas y cargos puedan ser controvertidos, etc.

De conformidad con la postura de la mayoría, este derecho es eminentemente formal. Basta que en el procedimiento se prevean las reglas que definen las oportunidades para conocer y controvertir y que se haya garantizado a las partes que tuvieran la oportunidad de conocer y controvertir en los momentos fijados normativamente, para que se entienda satisfecho el derecho.

La concepción del derecho de defensa en términos formales y la visión absoluta del principio de imparcialidad, que se recogen en la regla que apoya la mayoría, eliminan cualquier tensión o choque entre tales elementos: respetar la forma supone que el juez no valora las cuestiones de fondo y, en esa medida, es imparcial.

4. El artículo 2 de la Constitución ordena a todas las autoridades de la República que garanticen la eficacia de los derechos contenidos en la Carta. Ello supone el deber de las autoridades, dentro del marco de sus competencias, de asegurar que los derechos sean más que elementos retóricos, carentes de contenido jurídico real. Es un mandato por superar una

Constitución más que semántica, un sistema de derecho con mera eficacia simbólica.

El derecho de defensa no es, salvo casos excepcionales, un derecho que el titular del mismo pueda ejercer de manera directa. La necesidad de asegurar que la defensa sea real y efectiva demanda la participación de una persona experta en la materia: el abogado. Sólo esta persona se estima tiene el conocimiento, las habilidades y destrezas suficientes para comprender los problemas jurídicos que del caso de su poderdante se derivan y presentarlo y tramitarlo debidamente ante las autoridades, sean judiciales o administrativas.

La selección del apoderado, cuando no es designado por el Estado mismo, responde a un voto de confianza. En antaño, cuando la sociedad era menos compleja y el número de abogados, así como el tamaño de la población, era reducido, dicha confianza se derivaba del conocimiento directo por la fama o el buen nombre del abogado. Hoy, en sociedades complejas y anónimas, dicha confianza no se deposita, salvo contadas excepciones, en dicha fama o buen nombre, sino que se deriva de un acto estatal: autorización para ejercer la profesión de abogado. La confianza ha pasado de ser un acto interpersonal para convertirse en un fenómeno de alcance social. Se confía en que el Estado ha otorgado la autorización para ejercer una profesión a la persona que es idónea para ello. Esto se aplica por igual a médicos, odontólogos, arquitectos, ingenieros, etc. El Estado sólo anuncia a aquellas personas respecto de las cuales la sociedad puede, legítimamente, desconfiar: aquellos sancionados con la pérdida del derecho a ejercer la profesión, sea permanente o temporalmente.

Teniendo en cuenta lo anterior, la imputación de responsabilidad sobre la selección del apoderado no puede derivarse de manera igual en sociedades que han evolucionado. En antaño, en sociedades poco complejas, el conocimiento directo de la fama o el buen nombre genera una real culpa in eligendo. Hoy, dicha culpa in eligendo sólo es imputable frente a la selección de personas a quienes se les ha impuesto un veto.

5. La existencia de una confianza anónima o, en otras palabras, de una confianza que surge de un acto normativo, tiene hondas implicaciones sobre la relación imparcialidad/derecho de defensa. En términos constitucionales, un debido proceso no puede entenderse simplemente como el cumplimiento y respeto por el principio de legalidad. Un debido proceso, en clave constitucional, demanda elementos adicionales. Entre ellos, significativamente, que el

proceso mismo no sea una simulación o una parodia.

La primacía de lo sustancial sobre lo formal (C.P. art. 228) no se agota en el principio de instrumentalidad de las formas. Dicha primacía, que no es más que un desarrollo del artículo 2 de la Constitución, entre otros, obliga a que el juez esté obligado a considerar tanto lo sustancial como lo formal. Así, ha de valorar debidamente el respeto por el procedimiento y, a la vez, que realmente se realicen las actividades previstas en dicho procedimiento. Su horizonte se amplía, si se quiere.

En este orden de ideas, la participación de un abogado en un proceso, que sea respetuoso de los tiempos y oportunidades procesales, pero que realmente no esté dirigida a lograr la defensa de los intereses del apoderado, no puede reputarse como ejercicio del derecho de defensa. El apoderado no puede simular la defensa, ha de ejercerla.

Por lo mismo, no puede someterse a la persona a la carga de asumir de manera absoluta las consecuencias de actuaciones imputables a terceros. Resulta exorbitante para los ciudadanos que, (i) estando obligados a seleccionar un apoderado y (ii) que dicha selección sólo pueda hacerse con base en la confianza que se deriva de la autorización estatal para ejercer la profesión de abogado, deban asumir como propios los actos de simulación que realiza la persona experta en la materia.

Dicha experiencia -o, en otras palabras, el conocimiento técnico del derecho -, libera al poderdante de la carga de asumir como propios los actos “desleales” (por decir lo menos), de su apoderado. El poderdante, precisamente por el carácter de experto de su apoderado (calidad que se presume en virtud de la autorización para ejercer el derecho), está en imposibilidad de poner en duda la actuación de su apoderado. No puede distinguir la simulación de un cabal despliegue de estrategias legítimas de defensa. Solo puede confiar.

6. Esto puede entrar en contradicción con el principio de imparcialidad, pues exige que el juez considere las actuaciones concretas de las partes (es decir, de sus apoderados). Según la regla que apoya la mayoría señala que el juez ha de “actuar con imparcialidad adoptando las medidas necesarias para evitar la indefensión de los contendientes”. Es decir, consideran que es compatible (al menos) con la imparcialidad la adopción de medidas para evitar la indefensión.

Cuando la indefensión se entiende en términos materiales –que, como se explicó, se deriva del mandato constitucional de asegurar la efectividad de los derechos y de las transformaciones de la sociedad en torno a la confianza –, el concepto de indefensión ha de cambiar. En el momento histórico en el cual las circunstancias sociales permitían, en esta materia, señalar la culpa in eligendo por la selección del apoderado de confianza, la indefensión era cubierta, en lo material, por dicha culpa: *nemo auditur propriam turpitudinem allegan*.

Por el contrario, cuando la confianza no tiene un carácter *intuitu personae* y, por lo mismo, no es imputable una culpa in eligendo, la carga de verificar el cumplimiento de los deberes propios de la profesión –lo que implica para los apoderados una suerte de posición de garante de los derechos de los poderdantes, bajo la modalidad de deberes de medio– la indefensión surge cuando se omiten las funciones de vigilancia. El juez, en este contexto, ha de estar vigilante tanto porque se respete el principio de legalidad (y de su violación no se derive indefensión), así como de la efectividad del ejercicio del derecho de defensa, a través del apoderado. Es decir, el juez está obligado a considerar las actuaciones concretas de las partes. Es la calidad de argumentos lo que debe inclinar la balanza hacia algún extremo y no su ausencia.

7. Bajo estas condiciones, cosa que no percibió la mayoría, nos encontramos frente a una colisión entre dos principios. La protección absoluta de uno u otro lleva a la negación de su contraparte. Un exceso de consideración de las actuaciones concretas de las partes termina por hacer desaparecer cualquier posibilidad de un juicio imparcial y, a la vez, una consideración absoluta de la imparcialidad, torna la defensa en un elemento simbólico.

Como es propio en el Derecho Constitucional, el conflicto de principios no puede resolverse mediante la anulación de los extremos. Debe llegarse a una situación de armonización concreta⁵ a fin de solucionar el conflicto. Ha de ponderarse los intereses representados en los principios en conflicto, a fin de balancear y, de esta manera, establecer condiciones bajo las cuales uno prime sobre el otro, sin menoscabo de su núcleo esencial.

Lo anterior conduce a que el juez estaría en la obligación de adoptar las medidas pertinentes, que pueden involucrar la consideración de la conducta concreta de los apoderados, para asegurar que no se presente indefensión. En abstracto resulta complejo establecer los límites

a dicha obligación, pero resulta claro que asegurar, como mínimo, que los argumentos presentados sean serios o exigir al apoderado que tenga claridad sobre su estrategia defensiva, no implica anulación de la independencia judicial.

El proceso debido, sea judicial o administrativo, es un proceso en el cual se debaten razones. En esta medida es un proceso racional, en el cual el mejor argumento ha de prevalecer. Permitir que el debate se presente entre una razón y su ausencia, no implica un juicio entre iguales. Si no existe igualdad, la imparcialidad, por si misma, resulta irrelevante

8. En el presente caso, concuerdo con la mayoría en que no se violó el derecho de defensa de la Nación-Ministerio de Agricultura. No se observa que los apoderados del Ministerio hubiesen concurrido al proceso arbitral con el objeto de simular un debate jurídico. Efectivamente se presentaron argumentos dirigidos a cuestionar los alegatos de las empresas demandantes.

Sin embargo, no comparto el abandono del derecho de defensa, que apoya la mayoría. Menos aún que la mayoría considere que en caso de demostrarse irregularidad por parte de los apoderados de la Nación deba exclusivamente acudirse a una acción que asegure el reintegro de los recursos al Estado. No sólo no existe garantía de que los patrimonios de los agentes que actuaron irregularmente sea suficiente para resarcir el daño al patrimonio público (el patrimonio de todos los colombianos), sino que resulta contrario al sistema axiológico del sistema jurídico colombiano que una persona se enriquezca, gracias a una sentencia judicial dictada en un proceso en el cual una de la partes no tuvo una defensa real.

Existencia de otro medio de defensa judicial.

9. La mayoría considera que la tutela resulta improcedente por cuanto la Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no agotó “los mecanismos adecuados para que las partes contradigan las decisiones arbitrales”. La mayoría no indica cuales son tales mecanismos y tampoco considera su eficacia e idoneidad para debatir los asuntos planteados por el demandante.

Contra el presente laudo arbitral sólo procede el recurso de anulación⁶ ante el Consejo de Estado⁷. No existe reposición o apelación. El recurso de anulación está sujeto a condiciones precisas. De conformidad con el artículo 38 Decreto 2279 de 1989, son causales de anulación

las siguientes:

1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo.
2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite.
3. No haberse hecho las notificaciones en la forma prevista en este decreto, salvo que la actuación procesal se deduzca que el interesado conoció o debió conocer la providencia.
5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga.
6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
7. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.
8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y
9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

Estas causales son taxativas, pues según el artículo 128 de la Ley 446 de 1998, la demanda deberá rechazarse de plano si se alegan causales distintas a las antes señaladas.

10. Los apoderados del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, al igual que el Ministro, señalaron que la acción de anulación no podía interponerse, respecto de los alegatos presentados en la demanda de tutela, por no corresponder a asuntos que podían ser debatidos mediante dicho procedimiento. En efecto, los argumentos del demandante no tienen que ver con asuntos procedimentales, a los que se limita la posibilidad de demanda de anulación del laudo, sino con argumentos sustantivos.

Es posible que se pudiera considerar que alguno de los cargos son de carácter

procedimental, pero en tal caso, la mayoría tenía la carga de motivar porqué consideraba que ello era así y, de esta manera, considerar improcedente la tutela.

Existencia de violación de los derechos de la Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

11. De acuerdo con los hechos en el presente proceso, IDEMA celebró algunos contratos de suministro. Tales contratos fueron incumplidos y en diciembre de 1996 se acordó una prórroga de los mismos y la inclusión de determinadas obligaciones a cargo de IDEMA. Tal prórroga suponía que los contratos se ejecutarían hasta diciembre de 1997. Entre las nuevas obligaciones, se contaba la creación de un fondo, en una entidad fiduciaria, destinada al pago de las obligaciones pecuniarias derivadas de la ejecución del contrato. A mediados del primer semestre de 1997 las empresas contratistas le indicaron a IDEMA que no había cumplido con la obligación de constituir el fondo fiduciario, a lo cual respondió IDEMA que estaba en el trámite de contratación (conforme a la Ley 80 de 1993). En Junio de 1997 se ordenó la supresión y liquidación de IDEMA y se prohibió la realización de cualquier operación distinta a aquellas requeridas para su liquidación. Debido a lo anterior, IDEMA no pudo seguir cumpliendo con los contratos en cuestión.

12. Durante el proceso arbitral, el Ministerio de Agricultura alegó que no le era imputable todo el incumplimiento contractual alegado, pues por una decisión general se liquidó el IDEMA y, por lo mismo, resultaba imposible cumplir con lo pactado. Tanto el apoderado de la parte demandante como la árbitro, desestimaron dicho alegato, pues en su concepto lo ocurrido respondía a un “hecho del príncipe”, que no tenían que soportar las empresas contratistas con el Estado.

Conforme se señala en el laudo arbitral, apoyándose en jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando ocurre una decisión estatal de alcance general, que altera la ecuación financiera del contrato, el contratista tiene derecho a que se restablezca dicha ecuación, pues de lo contrario se le impondría una carga superior a la que han de soportar los ciudadanos con ocasión a la decisión estatal de alcance general. Se trata, en consecuencia, de un desarrollo del principio de igualdad, bajo la modalidad de la igualdad de las cargas públicas.

Esta teoría, que cuenta con amplio desarrollo en la dogmática administrativista y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se basa en que los ciudadanos y las personas tienen el

deber de soportar ciertas cargas que se derivan de las decisiones que tome el Estado, pero éstas han de distribuirse igualitariamente entre los asociados. Cualquier alteración de dicha distribución habrá de compensarse.

Así, la teoría indica que existen riesgos propios al contrato que el contratista con el Estado debe asumir, mientras que cargas, derivadas de una decisión estatal general, se consideran que son anormales, afectándose el equilibrio de las cargas que debe soportar el contratista.

13. De la inequitativa distribución de las cargas, que se verifica en la alteración del equilibrio financiero del contrato, se desprende un derecho de las partes a que dicho equilibrio se restablezca. Ello guarda estrecha relación con los elementos propios de los contratos sinalagmáticos que, aunque respecto de los contratos que celebra la administración suponen ciertas características especiales, responden al principio de conmutatividad⁸, conforme al cual “es imprescindible la equivalencia económica entre las prestaciones, so pena de desconocer los principios constitucionales de justicia y equidad (artículo 230 Superior)”⁹.

La Corte ya ha analizado cómo el mantenimiento de dicho equilibrio, requerido bajo el principio de conmutatividad, hace parte íntegra de las reglas que deben entenderse incorporadas a los contratos que celebra la administración¹⁰.

Lo anterior permitiría pensar que la decisión adoptada en el laudo arbitral se ajusta a los cánones interpretativos y dogmáticos del derecho colombiano. Empero, como se analizará en seguida, y dado que el fallo era en derecho, ha de establecerse la compatibilidad de dicha postura con la Constitución, habida consideración de que el Ministerio invoca como causa parcial para el incumplimiento la supresión del IDEMA.

14. El restablecimiento del equilibrio contractual y el consiguiente respeto por el principio de conmutatividad y por el derecho a la igualdad, se ha desarrollado bajo la consideración de que durante la ejecución del contrato ocurren situaciones anormales que alteran las condiciones financieras de éste, de manera que su ejecución se torna excesivamente onerosa (más allá de las cargas ordinarias que han de asumir todos los ciudadanos y los riesgos inherentes al contrato) para el contratista. La pregunta que se debe abordar es si dicha ecuación se mantiene cuando el “hecho del príncipe” es la supresión de una entidad pública.

Fallo ultra o extra petita.

Por lo anterior, el hecho de que el demandante no haya advertido en su demanda la posible violación de su derecho fundamental a la igualdad, no elimina la posibilidad de que la Corte entre a considerar el caso.

16. Lo anterior podría generar enormes dificultades en materia de tutela contra sentencias judiciales, por cuanto relevaría, en la práctica, a las partes en un proceso de plantear los problemas constitucionales en las instancias.

La Corte comparte que dicha posibilidad existe y, por lo mismo, considera que si tuvo la oportunidad procesal de alegar la violación de los derechos fundamentales y no lo hizo, ha de entenderse que dejó de utilizar un medio ordinario de defensa y, por lo tanto, ha de declararse improcedente la tutela. Cuando se trata de fallos respecto de los cuales no procede recurso o éste está limitado normativamente al estudio de asuntos que no involucran la protección sustancial de derechos fundamentales, no queda otro camino que abrir la tutela contra tales decisiones.

El posible sentido de violación de la Constitución.

17. La calificación de la supresión y liquidación de IDEMA como un hecho del príncipe, que obliga al Estado a indemnizar al contratista a fin de que no se vea sometido a cargas exorbitantes y desiguales, en el fondo es un asunto que supone un juicio de igualdad.

El juicio de igualdad que realicen los jueces o quienes cumplan funciones judiciales –sean particulares o la administración- está sujeto, en cuanto a su validez, a que sea compatible con la Constitución. Lo anterior implica que dicho juicio, al igual que todo análisis jurídico que realicen tales funcionarios, tiene que respetar los parámetros constitucionales o, en otras palabras, existe la carga de que la valoración introduzca los elementos de carácter constitucional pertinentes.

La Corte ha señalado que la interpretación de cláusulas constitucionales de manera incompatible con ella y apoyarse en una argumentación insuficiente, conduce a la inconstitucionalidad de la sentencia y, por lo mismo, a la procedencia de la tutela¹². En sentencia T-114 de 2002, esta sala de revisión señaló:

“6.1. La aplicación de los mandatos del legislador es tarea del juez. La comprensión de tales mandatos no siempre es sencilla, pues por diversas razones, como fallas en la técnica legislativa o la indeterminación propia del lenguaje, exigen al juez que interprete las normas pertinentes. Con independencia del resultado del ejercicio hermenéutico, en tanto que una actividad racional, el proceso de interpretación y su soporte, ha de apoyarse en una argumentación suficiente¹³.”

En dicha oportunidad, la insuficiente argumentación se sumó a una interpretación incompatible con la Constitución, lo que derivó en la concesión de la tutela. Sobre la interpretación de manera incompatible con la Constitución, la Corte en sentencia T-1031 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), señaló:

“En estas condiciones, no puede sostenerse que la autonomía judicial equivalga a libertad absoluta de los jueces para interpretar el derecho. Por el contrario, de la Constitución surgen tres restricciones igualmente fuertes: el respeto por la corrección dentro del sistema jurídico y la realización de los principios, derechos y deberes constitucionales; la jurisprudencia de unificación dictada por las altas Cortes y la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁴.”

La mayoría, por lo tanto, ha debido realizar el análisis de la argumentación expuesta por la árbitro a fin de determinar si en la interpretación de los derechos constitucionales involucrados en el caso, se respetaron los parámetros constitucionales.

En mi concepto, la mayoría omitió considerar la valoración que hizo la árbitro en relación con dos puntos: restricción a la propiedad privada e igualdad.

18. En punto a la igualdad, considero que en el presente caso existían razones suficientes para considerar que se presentó una violación a dicho derecho. Tal violación se produce al interpretar la cláusula de la igualdad de manera incompatible con la Constitución. Resulta incompatible con el ordenamiento constitucional, que se entienda que del derecho a la igualdad se desprende la obligación del Estado de liberar a un particular de ciertas cargas que le son imputables como consecuencia de su posición jurídica dentro del ordenamiento. A dicha violación se suma el hecho de que el juicio sobre la igualdad de cargas públicas no tuvo en consideración los elementos que componen dicho juicio, razón por la cual la argumentación del juez se torna insuficiente.

Como consecuencia de lo anterior, interpretó el artículo 90 de la Constitución en un sentido absoluto, sin atenerse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, fijada desde 1996, sobre el daño antijurídico, el cual sólo es predicable cuando no existe un deber de soportar el daño.

19. El deber de soportar determinadas cargas se derivan de la posición jurídica de los contratistas en el ordenamiento jurídico. La propiedad no es un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los derechos constitucionales. Ello implica que por motivos constitucionales legítimos es posible limitar o imponer restricciones a dicho derecho.

En el presente caso, la árbitro partió de la idea de que la liquidación y supresión de una entidad pública daba derecho, por respeto a la propiedad y a la autonomía de la voluntad, a que se indemnizara el lucro cesante causado a partir de la supresión y liquidación de la entidad contratante. Ello implica, para la árbitro, que el Estado tiene la obligación de garantizar que un contratista reciba unos recursos en desarrollo del objeto de una entidad pública, cuya existencia no se justifica (de allí el interés legítimo en su eliminación). Tal postura (i) minimiza, sin que exista razón para ello, el interés constitucional que sustenta la eliminación de la entidad, en la medida en que obliga al Estado a reconocer valores que la supresión pretende que no se generen y (ii) conduce a colocar al contratista en una posición distinta a la de otros que también tienen relaciones jurídicas con el Estado y que si sufren mengua en la protección de sus intereses propios, sin que exista razón jurídica alguna.

A continuación presento los argumentos que sustentan mi postura.

Distribución de las cargas públicas y el derecho a la igualdad.

20. La vida en sociedad apareja el deber de soportar cargas que se despliegan por igual a toda la población. La prohibición de tratar de manera desigual a los iguales se desarrolla en este ámbito bajo la exigencia de que el reparto de tales cargas sea igualitario entre todos los asociados. Con todo, la Constitución introduce varios elementos que alteran dicha ecuación, concebida primariamente como una igualdad conmutativa, adoptando en muchos ámbitos una igualdad distributiva. Esto último se observa claramente, por ejemplo, con el deber de tributar, el cual, según manda el artículo 363 de la Constitución, ha de respetar el principio de progresividad.

De otra parte, en punto al juicio de igualdad aplicable a cualquier distribución de cargas, deben considerarse la situación inicial de igualdad. Si bien cualquier alteración de la distribución de las cargas públicas ha de resultar igualitaria, también ha de tenerse presente que no es posible que se considere de manera igualitaria a todos los asociados. Algunos, por diversas razones, eventualmente habrán de soportar cargas que, a primera vista, pueden resultar mayores.

Así, por ejemplo, en relación con el deber de protección del medio ambiente, bien pueden establecerse cargas diferenciales entre quienes producen desechos en sus domicilios y quienes producen desechos como consecuencia de una actividad económica.

21. Ante la supresión de una entidad pública se generan diversas cargas que los asociados habrán de soportar de manera diferencial. Así, la ciudadanía deberá soportar el hecho de la supresión misma y la necesidad de dirigir recursos para cubrir los costos derivados de la liquidación, recursos que podrían destinarse a satisfacer necesidades diversas de la misma población.

Otros, deberán soportar la frustración temporal o definitiva de proyectos de vida, como ocurre con los servidores públicos vinculados de una manera u otra a la entidad. Lo mismo, en un plano contractual, podría sostenerse respecto de quienes colaboraban con la administración, quienes verían frustrados ingresos esperados, derivados de la ejecución de tales contratos.

Como se puede observar, existe una distinta distribución de las consecuencias derivadas de la supresión de una entidad pública, que responde a la posición jurídica de las personas respecto de la entidad suprimida. La pregunta que debe abordarse es si es necesario considerar a todos iguales o, por el contrario, tener presente tales posiciones jurídicas a la hora de establecer el punto de partida para el juicio de igualdad.

La Corte Constitucional ha avanzado en su doctrina para establecer el punto de partida del juicio de igualdad. En sentencia T-499 de 2002 la Corte indicó que “La igualdad es un criterio de distribución –sea de beneficios (autorizaciones, permisiones, inmunidades¹⁵ o prestaciones) o de cargas (obligaciones, prohibiciones o deberes¹⁶)-. Tales beneficios y cargas están referidas a bienes o intereses (libertad, derechos, recursos, prestaciones, etc.). Las mismas necesidades de bienes, para que pueda hablarse de una situación de igualdad

inicial, hace referencia, precisamente, a los beneficios o cargas sometidas a distribución. Si una persona persigue los mismos beneficios o es sometida a las mismas cargas, puede hablarse de igualdad respecto de necesidades de bienes”.

A partir de lo anterior, resulta claro que la posición jurídica de las personas respecto de la entidad suprimida aparece como un criterio relevante para establecer el punto de partida para realizar un juicio de igualdad. Lo anterior, por cuanto si existe alguna relación jurídica directa -contrato o situación reglamentaria -, la supresión de la entidad alterará definitivamente dicha posición jurídica, mientras que el efecto de la supresión respecto de personas que no tienen vínculo distinto al hecho de ser ciudadanos, es contingente.

Dentro del ámbito de las posiciones jurídicas, pueden distinguirse dos grupos. Uno, conformado por aquellas personas que de una u otra manera colaboran con la administración y, otro, compuesto por aquellas personas que demandan un servicio de la administración. En el segundo caso, la supresión de una entidad comporta la imposibilidad de que la administración preste el servicio demandado, lo cual no necesariamente comporta la imposibilidad de acceder al mismo, sea porque el servicio es trasladado a otra entidad, el requisito administrativo desaparece como consecuencia de la supresión, etc. En el primer caso, por su parte, la supresión de una entidad pública implica la desaparición de una fuente de ingreso para la persona que tiene el vínculo. Sea que se trate de ingresos ocasionales -como ocurre con cualquier contratista- o permanentes -tratándose de trabajadores públicos o empleados y funcionarios públicos -. Resulta claro que las cargas que se impone a los dos grupos, como consecuencia de la supresión de la entidad, es distinta y, por lo mismo, habrán de distinguirse sus posiciones iniciales, de manera que no es predicable una igualitaria distribución de cargas entre ambos grupos.

22. La posición jurídica consistente en colaboración con la administración, sea que se genere mediante una relación contractual o una situación reglamentaria (empleados y funcionarios públicos), comprende la introducción del principio de conmutatividad. En ambos casos, existe una equivalencia entre el pago (sea precio o salario) y la actividad realizada (dar o hacer). Con la supresión de una entidad pública, surge inmediatamente la cuestión de si las personas que tienen esta posición jurídica -derivada de la colaboración con la administración -, tienen el deber de soportar la totalidad de las consecuencias derivadas de la supresión o, por el contrario, algunas resultan excesivas y desproporcionadas.

En abstracto resulta complejo analizar si tales consecuencias resultan excesivas y desproporcionadas. Sin embargo, prima facie, a partir de un juicio de igualdad, dicha distribución, aunque no es una decisión sino consecuencia de otra (la supresión), está soportada en un fin constitucionalmente válido y adoptado respetando parámetros de razonabilidad y racionalidad (la supresión misma), que conllevan a que, el análisis de las consecuencias distributivas de cargas, derivadas de una decisión válida (como la supresión misma), se restrinja al momento de la estricta proporcionalidad. De resultar excesivas o desproporcionadas, resultarán violatorias del derecho a la igualdad y, por lo mismo, demandarán una igualación de tales cargas públicas. Por el contrario, si no resultan desproporcionadas, en principio, generan un deber de soportarlas.

23. Lo anterior podría entrar en contradicción con la jurisprudencia de esta Corporación sobre los deberes constitucionales, pues en diversas ocasiones se ha dictado que “en principio, los deberes que surgen de la Constitución Política sólo pueden ser exigidos a los particulares si media una norma legal que defina su alcance y significado de manera precisa”¹⁷.

Dos puntos deben precisarse. De una parte, que la propia jurisprudencia ha señalado que se trata de una situación prima facie, lo que implica que existen eventos en los cuales pueden exigirse directamente el cumplimiento de deberes constitucionales. Por otra, que una cosa es exigir directamente el cumplimiento de un deber constitucional y otra, que de la persecución de un interés constitucionalmente legítimo, como lo es la supresión de entidades públicas, se deriven deberes de soportar cargas que no impliquen violación del derecho a la igualdad. En el segundo caso, no se trata de la exigibilidad directa de deberes constitucionales, sino de la consecuencia legítima de una limitación a un derecho constitucional.

24. La Corte Constitucional ha considerado el caso de los trabajadores desvinculados de entidades públicas sometidas a liquidación¹⁸ y aquellas sujetas a fusión¹⁹. En ambos casos ha indicado que deben protegerse los derechos de los trabajadores. Si éstos no pueden seguir en la administración, el Estado tiene el deber de compensarles la pérdida de su estabilidad –máxime cuando se trata de trabajadores inscritos en la carrera administrativa. En sentencia C-1341 de 2000, señaló al respecto:

“12. El reconocimiento del trabajo como derecho fundamental de las personas y, en particular, de quienes se encuentran inscritos en carrera administrativa, implica que, una

afectación de la estabilidad laboral, aun cuando tenga una justificación constitucional, es una carga por la cual se debe compensar adecuadamente al trabajador. En efecto, como la ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, la potestad de reformar la administración y, correspondientemente, la de suprimir empleos, tiene un sólido fundamento constitucional, en el principio consagrado en el artículo 209 según el cual la función administrativa está al servicio de los intereses generales. Sin embargo, la validez del ejercicio de esta función, a través de los actos administrativos que para el efecto expida la administración no debe afectar el derecho de los empleados de carrera administrativa de recibir una indemnización adecuada, pues si bien no es absoluta, la estabilidad laboral constituye una expectativa legítima.”

Tratándose de fusión de entidades, en sentencia C-880 de 2003 la Corte estableció que si el trabajador se mantiene dentro de la entidad absorbente, debe garantizarse que no sea “desmejorado en sus aspectos salariales y prestacionales”.

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional se desprende un tratamiento desigual, según el trabajador continúe o no en la administración. En el primer caso, se mantienen las condiciones de su posición jurídica, mientras que en el segundo caso se sujeta a una indemnización que, conforme se analizó en sentencias C-642 de 1999 y C-1341 de 2000, puede ser impuesta unilateralmente por la administración.

El fundamento de dicha indemnización, conforme se estudió en sentencia C-370 de 1999, se encuentra en el principio de igualdad, pues se trata de una carga que no le corresponde soportar exclusivamente al trabajador. En cuanto a la indemnización misma, la Corte indicó en dicha oportunidad, al estudiar la demanda contra la existencia misma de la indemnización, que la violación de los derechos fundamentales de los trabajadores no provenía de la indemnización misma, sino del hecho de que el Gobierno Nacional “al fijar el monto de la indemnización aquélla no guarde las características que se adecuen al concepto mismo de justicia, esto es, proporcionalidad, razonabilidad, igualdad, etc.”

De lo anterior fluye que el trabajador no tiene derecho a una indemnización que restaure plenamente los daños que se derivan de la supresión de su cargo, sino uno que respete los mencionados parámetros.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta que existen servidores públicos respecto de quienes

no procede indemnización alguna como consecuencia de la supresión de su cargo, como ocurre con los empleados de libre nombramiento y remoción²⁰.

25. A partir de lo expuesto, resulta claro para esta Corporación que la supresión de una entidad pública no genera, al menos para quienes colaboran con la administración bajo la modalidad de trabajadores del Estado, un derecho a una plena indemnización de los perjuicios que les cause dicha supresión. La armonización concreta entre el interés legítimo consistente en la reestructuración de la administración y los intereses particulares de sus trabajadores –que están en una situación protegida –, se logra con una indemnización compensatoria, de manera que existe una equivalencia jurídica entre el daño y su reparación. Cabe preguntarse si deben recibir un distinto tratamiento quienes colaboran con la administración bajo la modalidad de contratistas.

Una distinción tal no perseguiría fin constitucionalmente válido. La distinción se basaría, simplemente, en la distinción entre quienes aportan a la administración su trabajo y quienes aportan bienes o servicios. Ambos, como se analizó antes, buscan obtener un ingreso, como retribución a la colaboración prestada a la administración. Desde esta perspectiva, no existe elemento relevante alguno que obligue a la distinción y, por lo mismo, puede sostenerse que tampoco los contratistas de la administración tienen, en el evento de la supresión y liquidación de una entidad pública, derecho a una indemnización plena, sino una compensación.

Sin embargo, podría aventurarse que existe una diferencia fundamental. Las sentencias mencionadas aluden a los empleados públicos, quienes no tienen un vínculo contractual. Tratándose de contratistas, el principio *pacta sunt servanda*, obliga al Estado, al igual que cualquier otro contratista, a honrar sus obligaciones. A continuación, consideraré este argumento.

Principios *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*.

26. La doctrina y la jurisprudencia aceptan que el principio *pacta sunt servanda* hace parte integral del ordenamiento jurídico colombiano, reconociéndose tanto en el plano positivo como en el jurisprudencial. Conforme a este principio, las partes están obligadas a cumplir el contrato en los términos estipulados, no siendo excusable el incumplimiento.

Sin embargo, la jurisprudencia y la legislación colombiana han reconocido, por diversas vías, el principio *rebus sic stantibus*, conforme al cual, el cumplimiento del contrato se sujeta a que se mantengan –dentro de términos razonables– las condiciones imperantes al momento de pactarse el acuerdo. En el ámbito comercial, ello se ha positivizado bajo el fenómeno de la imprevisión²¹.

27. Siguiendo con el análisis iniciado, se podría sostener que distinguir entre contratistas y empleados públicos se justifica en el respeto por el principio *pacta sunt servanda*. Así, a fin de respetar dicho principio, debe introducirse la distinción y garantizar el resarcimiento pleno por incumplimiento del contrato. Ello resultaría admisible si el principio *rebus sic stantibus* no tuviera aplicación alguna en el ámbito contractual. Debe tenerse presente que, tanto en el privado (art. 868 del Código de Comercio²²) como en el público (art. 27 de la Ley 80 de 1993), se han recogido distintas fórmulas que permiten su invocación.

La posibilidad de aplicar, en alguna forma, el principio *rebus sic stantibus*, implica que los contratos no son absolutamente intangibles y que, dentro de ciertas circunstancias, las partes tienen un deber de asumir una serie de cargas, derivadas de las condiciones cambiantes. La asunción de tales cargas es requisito necesario para que el contrato pueda seguir ejecutándose de buena fe y sin enriquecimiento injustificado de algunas de las partes. Esto último es especialmente claro en materia de contratos celebrados con la administración, pues el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 se refiere a la adopción de “medidas para su restablecimiento”, haciendo alusión a la ecuación contractual, lo cual sólo es pensable si se trata de continuar con la ejecución del contrato o, para liquidarlo una vez terminado²³.

En el evento del artículo 868 del Código de Comercio, se establece la posibilidad de que el juez declare por terminado el contrato si la onerosidad resulta insuperable (además de imprevisible). Así, queda en claro que ciertos contratos comerciales pueden ser terminados por causas distintas a la voluntad de las partes. La Ley 80 de 1993 no establece solución clara para este caso, pero por analogía podría ser aplicada la solución comercial. Así, si la onerosidad del contrato se deriva de la supresión de la entidad, bien podría suponerse que se está en una situación en la cual no es posible restablecer el equilibrio financiero del contrato y éste deberá ser terminado. Así, resulta claro que aún en materia contractual el principio *pacta sunt servanda* no es absoluto.

Lo anterior conduce a que, nuevamente, la distinción pierda soporte constitucional. En efecto, aunque pueda predicarse que se busca un fin constitucionalmente válido, no es claro que sea necesario mantener la distinción para efectos de protección del aludido principio *pacta sunt servanda*.

28. Podría sostenerse, empero, que esta argumentación resulta equivocada en la medida en que el principio *rebus sic stantibus* tiene un propósito distinto al de exonerar a una de la partes del deber de reparar integralmente a la otra, en caso de incumplimiento del contrato. Se busca, exclusivamente, el ajuste financiero del mismo.

No comparto dicha postura. Ella es producto de asimilar el principio *rebus sic stantibus* a lo que en derecho colombiano se conoce como imprevisión o mantenimiento del equilibrio contractual y en otras áreas, como en derecho internacional privado, como excesiva onerosidad. Conforme a tal concepción, la ejecución del contrato es obligatoria y, salvo que ocurra la circunstancia que conduce o satisface los requisitos de la imprevisión, esto es, excesiva onerosidad del cumplimiento para una de las partes, el contrato debe cumplirse en los términos pactados. Se busca, ciertamente, mantener la conmutatividad o la equivalencia de las prestaciones acordadas.

Sin embargo, entiendo el principio *rebus sic stantibus*, en el caso concreto de la contratación estatal, de manera más amplia. En la contratación pública, en tanto se trata de una forma de colaboración con la administración, no existe un negocio jurídico en los términos comerciales, pues no se presenta una mera equivalencia entre la obligación de dar o hacer y el precio pagado, sino que dicha ecuación involucra, además, la realización de un fin estatal o la contribución a dicha realización. Si bien para el contratista el precio equivale a lo dado o hecho, para la administración lo recibido sólo tiene equivalencia en tanto sea útil para la realización del fin constitucional de la administración. Así, el suministro de productos de oficina sólo será conmutativo para la administración si la entidad que suscribe el contrato, por razón de sus funciones constitucionales o legales, demanda tales bienes.

Lo anterior, en la medida en que la equivalencia de prestaciones, aquello que define el equilibrio contractual, sólo tiene sentido en la medida en que incorpora una noción amplia de negocio jurídico, de manera que el contrato tenga sentido dentro de los propósitos de la actividad que realizan las partes.

Teniendo lo anterior presente, si desaparece la entidad pública, prima facie se altera de manera irresoluble la mencionada equivalencia, en la medida en que la recepción de bien o servicio no tendrá equivalencia alguna con las funciones de la misma, que han desaparecido (si éste es el evento). De allí que, si se aceptara una reparación integral del daño y se exonerara al contratista a soportar cierta carga, se estaría pagando, a manera de lucro cesante, un beneficio que no guarda equivalencia alguna con lo acordado. No puede olvidarse que la administración sólo tiene permitido contratar aquello que resulte necesario para la realización de su fin constitucional o legal.

El juez constitucional no puede entrar a valorar hasta qué punto la aplicación del principio *rebus sic stantibus* altera el monto o la forma de reparación, pero si puede demandar su consideración por parte del juez del contrato.

Sin embargo, cabría otra observación. Esta línea de argumentación no está cuestionando el mantenimiento del equilibrio del contrato, sino se centra en la causa del contrato. Ello no tiene sentido, pues el desaparecimiento de una entidad pública no acarrea problemas relacionados con la causa del contrato.

Contrario a esta posición, observo una estrecha relación entre la supresión de una entidad pública y la causa del contrato. Para el particular que colabora, dicha causa podrá ser, de manera legítima, la persecución de un fin egoísta: enriquecimiento. Por su parte, la causa del contrato para la administración, es la realización de un fin constitucional o legal. Más allá no puede contratar. Si, por ministerio del Constituyente o de la ley desaparece la entidad pública y se estima que la función realizada no resulta relevante para atender los fines estatales (C.P. art. 2), desaparece la causa del contrato. Inclusive, para la administración, atender a dicha causa resulta ilícito, pues conduciría a destinar recursos hacia una finalidad no prevista normativamente, cuando la administración sólo puede hacer lo que la ley le autoriza (de allí que se hable de competencia, y no de capacidad jurídica). Si no está autorizado, no lo puede hacer. Si no existe causa, se trataría de una forma novedosa de auxilio proscrito por la Constitución.

29. Finalmente, podría oponerse a las consideraciones sobre la causa del contrato, que en realidad lo que se está analizando es una suerte de fuerza mayor, que implica la resolución del contrato, razón por la cual las consideraciones son equivocadas, aunque las

consecuencias puedan ser similares.

La Corte ha evitado adentrarse en consideraciones sobre la teoría general de las obligaciones y de los contratos, pues en principio le son ajenas a su función. Con todo, en el presente caso, se tornan indispensables ciertas consideraciones básicas. El argumento sobre la existencia de una fuerza mayor (o un caso fortuito, no entro a hacer distinciones), bien podría consultar la realidad de lo que ocurre al suprimirse una entidad pública. Conforme a la teoría de responsabilidad, la fuerza exonera a las partes de toda responsabilidad y, en materia contractual, supone la terminación del contrato y la inexistencia de responsabilidad derivada del incumplimiento posterior al hecho que se califica de fuerza mayor.

La Corte Constitucional no niega que en ciertos eventos decisiones generales puedan convertirse en una suerte de fuerza mayor, respecto de la ejecución de determinados contratos. No obstante, tal valoración sólo puede hacerse en el caso concreto. De otra parte, tratándose de relaciones entre el Estado y los demás integrantes de la sociedad, la “fuerza mayor” derivada de decisiones generales no necesariamente implica la inexistencia de responsabilidad. La Constitución, por ejemplo, en el artículo 336, ordena que al establecerse un monopolio, se indemnicen previamente a las personas que se han visto impedidos para realizar la actividad que se monopoliza. Lo mismo, tratándose de la expropiación. En el ámbito administrativo, por su parte, en algunas ocasiones el juez contencioso administrativo ha admitido la existencia de responsabilidad estatal por el hecho del legislador. Así las cosas, la expedición de actos generales no necesariamente implica una absoluta eximente de responsabilidad.

Este último punto obliga a considerar el artículo 90 de la Constitución, que establece el deber del Estado de resarcir todo daño antijurídico.

Artículo 90 de la Constitución y el alcance del concepto de daño antijurídico.

30. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha avanzado ampliamente en la interpretación del concepto de daño antijurídico. Conforme al precedente de la Corporación, la responsabilidad Estatal se configura bajo los siguientes elementos²⁴:

- ocurrencia de un daño antijurídico o lesión

- que este daño o lesión sea imputable a un ente público.
- que exista una relación de causalidad (sea natural o a título de imputación) entre el daño y la acción u omisión.
- que la persona afectada no esté en la obligación jurídica de soportarlo.

La Corte ha analizado hasta el momento que, tratándose de la supresión de entidades públicas, las cargas derivadas de este hecho se reparten de manera diferencial en la sociedad. Quienes colaboran con la administración -contratistas y trabajadores- tienen el deber de asumir ciertas cargas, conforme se analizó antes. Ello implica que no todo daño derivado de la supresión puede estimarse como antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución.

Existirán componentes del daño que deben soportarse, por tratarse del resultado de un juicio de igualdad en la distribución de las cargas en la sociedad. Esto último, al margen de las consideraciones ya expuestas en torno a los deberes derivados de la igualdad, podría entenderse como nugatorio del derecho a la propiedad.

Derecho a la propiedad y su carácter relativo.

31. La última objeción, supone que el derecho a la propiedad es (i) absoluto y (ii) está soportado en una concepción tradicional de la misma. En efecto, se entiende que la propiedad, tal como se protege en la Constitución, implica la ausencia de imposición de cargas sobre el mismo, salvo aquellas que el legislador expresamente imponga (tal como se derivaría del artículo 28 de la Ley 153 de 1887). Así, se parte de la asunción de que frente a la colisión entre derechos fundamentales y la propiedad siempre prima éste, lo que se extendería a las cargas en la materia.

Esta postura absoluta frente a la propiedad no consulta el diseño constitucional. La Corte ha señalado incesantemente que no existen derechos constitucionales absolutos²⁵ y ello se extiende, naturalmente, a la propiedad. Esta, al igual que todos los derechos reconocidos en la Constitución, está protegida de manera absoluta en su núcleo esencial, pero pueden ser objeto de mayores o menores restricciones. Tales restricciones están comprendidas dentro de los deberes constitucionales.

Sobre este punto, debe tenerse presente que la consagración constitucional de derechos y su goce, está acompañado de las obligaciones derivadas del respeto absoluto y cuidadoso de los deberes constitucionales. El marco axiológico de la Constitución, así como exige de todas las personas y del Estado en particular, el respeto por los derechos de las personas, también se apoya en la necesidad de que quienes ejerzan sus derechos asuman las cargas sociales derivadas de tales derechos: los deberes constitucionales. No en vano, el artículo 2 de la Carta no se limita a exigir del Estado que garantice la eficacia de los derechos -deberes de respeto y protección -, sino que además exige lo mismo de los deberes constitucionales: proteger a las personas del incumplimiento de los particulares hacia los mismos.

32. A partir de lo anterior, se abre un panorama distinto en materia del resarcimiento del daño antijurídico. La prohibición absoluta de expropiar sin indemnización (C.P. art. 58), define, en buena medida, el núcleo esencial de la propiedad. De éste, y en armonía con el artículo 90 de la Constitución antes analizado, se deriva una prohibición del Estado de generar un daño que conduzca a un empobrecimiento o reducción del patrimonio de la persona, lo que en teoría de la responsabilidad equivale al deber de resarcir el daño emergente. No ocurre lo mismo con el lucro cesante, el cual deberá ser resarcido en función a la existencia o no de un deber de soportar determinadas cargas. En este caso, con la supresión de una entidad pública existe dicho deber y, por lo mismo, no es exigible (al menos plenamente) el lucro cesante.

El incumplimiento de los contratos en el presente caso.

33. Como se indicó anteriormente, el Ministerio de Agricultura alegó que no pudo cumplir los contratos debido a la supresión del IDEMA. Según consta en el expediente del proceso arbitral, mediante los acuerdos de transacción suscritos en el mes de diciembre de 1996, los tres contratos se prorrogaban hasta el mes de diciembre de 1997 e incluía obligaciones tales como la constitución de una “fiducia de caja” para atender las obligaciones de IDEMA. Por su parte, durante el mes de marzo de 1997, en cada contrato, se celebró “otro sí” al contrato de transacción suscrito en diciembre de 1996, debido a que el IDEMA no había cancelado los valores acordados -debido a que el gobierno central no le había transferido los recursos oportunamente y a que el IDEMA no había constituido la fiducia, aunque “ya tiene convocada la respectiva licitación”. Tales procesos se interrumpieron el día 27 de junio de 1997, cuando el Gobierno Nacional ordenó la supresión del IDEMA.

En concepto de la árbitro, tal supresión es un “hecho del príncipe” que no debe ser soportado de manera alguna por parte de los contratistas demandantes en el proceso arbitral. Sin embargo, conforme se ha concluido en los anteriores acápite, si les era exigible a tales contratistas soportar ciertas cargas relacionadas con sus contratos, a partir del momento en que se ordenó la supresión del contrato.

A partir de la supresión del IDEMA para la administración le era ilícito constituir una fiducia de caja destinada a pagar el suministro de unos bienes que no respondían a fin estatal alguno. Había, si se quiere, desaparecido la causa del contrato. Desde otra perspectiva, ocurrió un hecho de tal magnitud que obligaba a revisar las obligaciones de la administración. Condiciones que, aunque eran generadas por el Gobierno Nacional, afectaba de manera absoluta la equivalencia de prestaciones del contrato y obligaba a la aplicación, si quiera, del principio *rebus sic stantibus*.

34. En el análisis hecho por la árbitro, tales consideraciones no existieron. Ella, se limitó a reconocer el daño emergente y a considerar el lucro cesante probado. Su análisis partió de una sentencia de casación (del 8 de marzo de 1993), en la cual la Corte Suprema de Justicia indicó que “demostrado el incumplimiento por parte del consumidor -demandado -, es indiscutible que el demandante tiene derecho a la indemnización, y que la demandada tiene obligación de pagarle”. Como la árbitro partió de la teoría del hecho del príncipe, expuesta en las consideraciones adicionales en este caso, no encontró excusable, de manera alguna, el incumplimiento posterior a la orden de supresión del IDEMA.

De lo anterior fluye con claridad que la árbitro condenó a la Nación-Ministerio de Agricultura por daño ocurridos con posterioridad a la supresión del IDEMA, en contravía de derechos constitucionales fundamentales. Calificó de antijurídico un daño que, de manera parcial, correspondía asumir a los demandantes.

Tal calificación no era posible, pues ha debido analizar, además del deber de soportar de manera parcial el daño, la causalidad en la materia. La causalidad, entendida como un fenómeno del ser, es un hecho de la naturaleza que se caracteriza por la sucesión y conexión de dos actos: una conducta y la modificación del mundo exterior como consecuencia de ella. Por esta razón, sólo puede hablarse de causalidad en sentido natural, frente a comportamientos activos. Con respecto a las omisiones, no es factible hacer un juicio de

valor en este sentido. Por ello, en el juicio de imputación debe prescindirse de una causalidad real y hablarse de una causalidad hipotética. En un amplio sector de las estructuras de la responsabilidad, la pregunta es entonces la siguiente: ¿la realización de la conducta exigida por el ordenamiento habría evitado con probabilidad el resultado producido? Si la respuesta es afirmativa, se configuraría uno de los elementos básicos de la imputación: la causalidad, que en la omisión no es un dato naturalístico, sino normativo.

En el presente caso se observan elementos relevantes en torno a la omisión (que se califica de incumplimiento) de IDEMA. No se discute que para diciembre de 1996 IDEMA había incurrido en mora. Precisamente ello fue objeto de otro sí, la modificación de las obligaciones de las partes y un reajuste del término. Empero, ¿con posterioridad incurrió IDEMA en una omisión de la que se deriva incumplimiento? ¿Podía IDEMA dejar de observar las normas sobre contratación administrativa para efectos de constituir la fiducia de caja? ¿Constituye una conducta omisiva, calificable de incumplimiento, no realizar lo acordado, por así demandársele una norma general? Tales hechos, como se ha analizado, alteran por completo la relación de causalidad y la árbitro ha debido tenerlas en consideración.

En conclusión: el laudo arbitral quebrantó derechos fundamentales del Estado, al interpretar en forma contraria a la Constitución el derecho a la igualdad. En efecto, si existía un fin constitucional legítimo como es la reestructuración del Estado, una vez liquidada la entidad no correspondía reconocer integralmente el lucro cesante por la terminación anticipada de los contratos. El contratista debía soportar una carga mayor que la de cualquier ciudadano.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

1 Sobre la constitucionalidad de los acuerdos compromisorios se puede consultar la sentencia C-1038 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, y sobre la incompetencia de los Tribunales de Arbitramento para pronunciarse sobre los actos de la administración la sentencia C-1436 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

2 “En los procesos de mayor cuantía la peritación se hará por dos peritos; en caso de

desacuerdo se designará un tercero. Sin embargo, las partes de consuno, dentro de la ejecutoria del auto que decreta la peritación, podrán solicitar que ésta se rinda por un solo perito” –artículo 234 Decreto 1400 de 1970-.

3 El artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue reformado mediante el artículo 24 de la Ley. 794 de 2003, dice respecto del número de peritos, “Sin importar la cuantía o naturaleza del proceso, todo dictamen se practicará por un (1) solo perito”.

4 “(..) por cuanto equivocadamente toma como base para la liquidación los señalados en el certificado de la Superbancaria bajo el título “BANCARIO CORRIENTE”, cuando la ley es bien clara al indicar que para establecer los máximos intereses de mora susceptibles de cobrar sin incurrir en usura, se toman como referencia los intereses de los “CREDITOS ORDINARIOS” y la certificación de la Superbancaria mediante un llamado con un (1) informa igualmente que esos son los que sirven de base para establecer el límite de usura. En consecuencia si bien los demás parámetros utilizados por el señor perito los encuentro ajustados, no así la mencionada base para la liquidación de los intereses de mora, que no son otros que la mitad mas que los cobrados por los bancos para créditos ordinarios o de libre asignación.

El error del señor perito se ve reflejado en todos los cálculos para intereses de mora, pero por tratarse de un punto de simple aplicación de fórmula matemática no veo motivo para objetar el dictamen pericial y solo basta con solicitar respetuosamente a la señora Arbitro, que al momento de liquidar dichos intereses se sirva aplicar la tasa correcta.

5 Ver sentencia T-210 de 1994, T-425 de 1995, T-669 de 1996, T-784 de 2000, C-1287 de 2001, entre otras.

6 Artículo 37 Decreto 2279 de 1989.

7 Artículo 36 -inciso 5- de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo.

8 Sentencia C-892 de 2001.

10 Sentencia C-892 de 2001.

11 Ver sentencias T-532 de 1994, T-310 de 1995, T-450 de 1998, T-794 de 2002, entre otras.

12 Ver sentencias T-114 de 2002 y T-441 de 2003.

13 Sentencia T-607 de 2000.

14 Sentencia T-260 de 1999

15 Si se entienden los derechos como inmunidad contra el poder, como se desprendería de las obligaciones de respetar y proteger que las Naciones Unidas predicen de los derechos humanos, tanto los civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales.

16 Si se asume que deberes y obligaciones son cosas distintas.

17 Sentencia C-246 de 2002.

18 Sentencia C-291 de 2002.

19 Sentencia C-880 de 2003.

20 Esta es una postura definida desde la sentencia C-479 de 1992.

21 Artículo 868 del Código de Comercio. En el ámbito jurisprudencial se pueden consultar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, sentencias de Casación del 29 de octubre de 1936 -XLIV, pag. 457- y del 23 de mayo de 1938 -XLVI, pág 544-. En el Consejo de Estado, por ejemplo, el concepto del 14 de agosto de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia de César Hoyos Salazar.

22 Algunos doctrinantes colombianos consideran que es extensible al derecho civil, como por ejemplo Jaime Arrubla -Tal es su posición en Contratos Mercantiles-. En todo caso, la Corte Suprema de Justicia lo había admitido en las sentencias antes indicadas.

23 Si esta es una posibilidad o no, la Corte no lo estudia por tratarse de un asunto que debe resolver la justicia contenciosa administrativa. Se indica, simplemente por tratarse de una posibilidad que surge de la disposición.

24 Ver sentencias C-333 de 1996, C-100 de 2001, C-832 de 2001, C-619 de 2002, C-918 de

2002, entre otras.

25 Sentencia C-916 de 2002.